

# O “ESTILO” JURÍDICO ALEMÃO - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ALGUNS DOS SEUS FATORES DETERMINANTES<sup>1</sup>

*GERMAN LEGAL “STYLE” - BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT SOME OF  
ITS MAIN FEATURES*

**Eugênio Facchini Neto**<sup>2</sup>

Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS)

**Mártin P. Haeblerlin**<sup>3</sup>

Professor de Teoria Geral do Direito e Teoria Geral do Direito Civil  
(Laureate/UniRitter)

**RESUMO:** O presente trabalho procura identificar as principais características do “estilo” jurídico alemão, quase todas ligadas ao seu passado histórico. Mostra a enorme influência do Direito romano no Direito alemão, especialmente por ocasião da sua recepção na parte final da Idade Média, bem como em razão do aprofundamento dogmático realizado pela Escola das Pandectas, ao longo do século XIX. Mostra a importância da doutrina (*Professorenrecht*) na formação

<sup>1</sup> Esclarecimento metodológico: O presente texto foi apresentado pelo doutorando Mártin P. Haeblerlin, originariamente, sob a forma de trabalho escrito de conclusão da disciplina Teoria da Jurisdição em Perspectiva Comparada, ministrada pelo Professor Eugênio Facchini Neto, no âmbito do Curso de Doutorado em Direito, na PUC/RS. O trabalho continha originariamente 26 laudas. Trabalhando em cima desse texto originário, o coautor Eugênio Facchini Neto o reduziu, inicialmente, a 16 laudas e posteriormente acrescentou suas contribuições, dando ao mesmo a sua versão e extensão final, com 36 laudas em sua formatação anterior à impressão. Consequentemente, pode-se dizer que se trata de um texto efetivamente escrito a quatro mãos.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália). Mestre em Direito Civil (USP). Professor e Ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura - Ajuris. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJ/RS. Coordenador-Geral do Centro de Estudos do TJRS.

<sup>3</sup> Doutorando em Direito (PUCRS), com período sanduíche em Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Bolsista PUC/RS (Probolsa) e Capes (Processo nº 5340-13-6). Mestre em Direito (PUC/RS). Advogado.

e no desenvolvimento do Direito alemão, expõe a típica *forma mentis* do seu jurista e sua formação acadêmica. Detém-se, também sobre a estruturação do poder na Alemanha moderna, sua organização judiciária e as fontes do Direito alemão, com especial destaque para seu Código Civil e para sua Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito alemão; características; estilo; história; jurista alemão – BGB.

**ABSTRACT:** *This paper attempts to identify the main features of the German legal “style”, most linked to its historical past. It shows the great influence of Roman law in German law, especially through his reception at the end of the middle ages, as well as through the contributions of the dogmatic School of the Pandects, in the 19th century. It indicates the importance of the doctrine (Professorenrecht) in the formation and development of German law, it exposes the typical forma mentis of his lawyer and his academic formation. It also describes the division of powers in modern Germany, its judicial organization and the sources of German law, with special emphasis on its Civil Code and its Constitution.*

**KEYWORDS:** *German law; characteristics; style; history; german jurist.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Origem histórica e evolução do ordenamento jurídico alemão; 2 A *forma mentis* do jurista alemão; 3 Institutos jurídicos alemães autóctones ou característicos; 4 Estrutura político-jurídica do Estado alemão e as fontes do direito; 5 Os fatores ideológicos no Direito alemão; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 German legal system’ historical origin and development; 2 German jurist’ forma mentis; 3 Some autochthonous or characteristic German legal Institutes; 4 Political-legal structure of the German State and its sources of law; 5 The ideological factors in German law; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

**H**á três expressões, no título, cujos usuais significados escondem algumas remissões técnicas e opções terminológicas.

A primeira é a expressão “**estilo**”. Por “estilo” não se designa, simplesmente, um modo de expressão de algo ou o seu jeito de ser. Pretende-se, com a expressão, tomar posição diante das opções “**sistema**” (conjunto de regras de direito aplicáveis a uma comunidade social, dentro de um território geográfico), “**família**” (conjunto de sistemas relacionados por sua estrutura e história) e “**modelo**” (conjunto de concepções técnicas que podem

ser encontradas em diversos sistemas ou famílias)<sup>4</sup>, que concorrem com “estilo”. A opção explica-se por exclusão. Uma vez que a pretensão é tratar de diversas peculiaridades (não apenas regras) apenas do Direito alemão (não de outros sistemas ou famílias relacionadas), a expressão “estilo”, utilizada por Konrad Zweigert e Hein Kötz<sup>5</sup>, faz-se mais adequada, pois “parece-nos relevante que ordenamentos jurídicos individuais, ou grupos de ordenamentos jurídicos, tem cada qual o seu próprio estilo”<sup>6</sup>. Ademais, como ensinam esses autores, o conceito de “estilo” não pode ser circunscrito à linguística e à arte, pois é inegável que outras ciências têm se servido do conceito<sup>7</sup>.

A segunda, que está ali para delimitar o campo de abrangência de nossa análise, é a referência ao estilo “alemão”. Nesse tocante, a delimitação serve, primeiro, para lembrar a necessidade de distinguir um sistema jurídico romanístico de um sistema jurídico germânico, optando por não os amalgamar, assim, em um sistema único dito romano-germânico, ou de “civil law”, como é utilizado pelos juristas da *Common Law* para identificar genericamente os sistemas jurídicos da Europa continental e dos países por ela influenciados<sup>8</sup>. Segundo, serve para especificar o fato de tratarmos, aqui, tão somente do “estilo” alemão, de modo que a análise não compreende outros “estilos” germânicos (austríaco e suíço), não obstante as inegáveis semelhanças entre esses.

Por fim, a terceira é a expressão “**fatores determinantes**”, utilizada não em sua generalidade, mas com um sentido específico, atribuível também a Zweigert e Kötz. Por fatores determinantes entendem-se: a) a origem histórica

<sup>4</sup> Utilizamos a distinção de Ugo Mattei e Pier Giuseppe Monateri, segundo os quais: sistema é “*l’insieme delle regole di diritto applicabili in una determinata comunità*”; família é “*l’insieme di sistemi profondamente legati da strutture giuridiche comuni e dalla loro storia*”; modelo é um “*insieme di concezioni giuridiche più o meno tecniche che possono ritrovarsi in diversi sistemi ed anche in diverse famiglie giuridiche*” (MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe. *Introduzione Breve al Diritto Comparato*. Verona: Casa Editrice, 1997. p. 13-4).

<sup>5</sup> ZWEIFERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Principi fondamentali. Trad. Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè Editore, v. I, 1998. p. 76-84.

<sup>6</sup> “*A noi sembra rilevante il fatto che singoli ordinamenti giuridici, oppure gruppi di ordinamenti giuridici, abbiano ciascuno loro proprio stile.*” (Zweigert e Kötz, op. cit., p. 83, tradução livre)

<sup>7</sup> Idem, p. 83.

<sup>8</sup> A opção pela divisão em um sistema romanístico (França, Itália, Holanda, Bélgica, Portugal, Espanha e América Latina, entre outros) e um sistema jurídico germânico (Alemanha, Áustria e Suíça) é respaldada em Zweigert e Kötz (Idem, p. 164), que também distinguem um sistema de direito escandinavo (abrangendo os ordenamentos jurídicos da Dinamarca, Suécia, Noruega, Finlândia e Islândia), com peculiaridades suficientes para serem distintos tanto do sistema romanístico quanto do germânico, não se confundindo igualmente com o sistema da *common law*.

e a evolução de um ordenamento; b) o modo de pensar característico do jurista; c) os institutos jurídicos característicos; d) as fontes de direito e sua interpretação; e) os fatores ideológicos.

Aclarados esses pontos, permite-se passar ao estudo dos fatores determinantes do “estilo” jurídico alemão. Frente à necessidade de limitação de escopo, nossa análise enfocará com maior detença os fatores da *origem histórica e evolução do ordenamento* e do *modo de pensar*, apenas pincelando breves considerações sobre os demais.

## 1 ORIGEM HISTÓRICA E EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO ALEMÃO

Nesse capítulo analisaremos a origem histórica do Direito alemão naquilo que interessa para a formação do “estilo” jurídico germânico. Abordaremos a situação do direito costumeiro na alta Idade Média, a redação dos costumes na baixa Idade Média e a recepção do Direito romano a partir do final da Idade Média e início da Idade Moderna. Concluiremos com uma análise das influências, da elaboração e da estrutura do Código Civil alemão – o BGB.

### 1.1 ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO ALEMÃO

Michel Fromont identifica sete grandes eventos históricos do Direito alemão, nomeadamente: formação e declínio do Sacro Império romano-germânico; recepção do Direito romano; formação dos grandes Estados territoriais; unificação da Alemanha; codificação; passagem da monarquia absoluta ao regime parlamentar; e surgimento do controle jurisdicional das leis<sup>9</sup>.

Em sua origem, o Direito alemão não foi influenciado pelo Direito romano, uma vez que a maior parte do território germânico permaneceu fora do império romano. Naqueles territórios vigorava um direito costumeiro pouco desenvolvido e bastante rudimentar, para o que contribuiu a ausência de um poder centralizado. Essa realidade, provinda já da antiguidade, permaneceu na alta Idade Média (aproximadamente entre os séculos V e XI) e prosseguiu até boa parte da baixa Idade Média (a partir dos séculos XI/XII). Apesar da fundação

<sup>9</sup> FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 11. Já Claude Witz, professor da Université Robert-Schuman (Strasbourg) e “détaché” à l’Université de la Sarre, destaca outros aspectos históricos relevantes, parcialmente coincidentes com aqueles referidos pelo Professor Fromont: I) recepção do Direito romano; II) o jusracionalismo e as primeiras codificações; III) o século XIX e a unificação tardia do direito alemão; IV) de 1900 ao fim da República de Weimar; V) o período nacional-socialista; VI) O Direito alemão de 1949 aos nossos dias (WITZ, Claude. *Le Droit Allemand*. Paris: Dalloz, 2001. p. 8 e ss.).

do Sacro Império romano-germânico (*Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation*) no século X, o poder imperial não conseguiu se impor de forma incontrastada sobre todo o território germânico, diante do considerável poder político e militar dos grandes senhores feudais<sup>10</sup>. Foi somente a partir do final do século XV que efetivamente se pode falar de uma recepção do Direito romano na Alemanha, como se verá na sequência. Segundo Van Caenegem, tanto a Alemanha quanto a Escócia, no século XVI, introduziram o *ius commune* (ou seja, o Direito romano justinianeu, tal como estudado nas universidades medievais) para colmatar as insuficiências do direito costumeiro<sup>11</sup>.

Os direitos dos povos germânicos eram majoritariamente de matriz consuetudinária, embora algumas monarquias germânicas – especialmente os povos visigodos e francos – tenham conhecido algumas leis não romanas, produzidas ora pelos monarcas, na forma de legislação real (*Reichsrecht*), ora pela redução a escrito do direito consuetudinário (*Volksrecht*), sob a designação de lei (*leges barbarorum*).

São desse período – alta Idade Média – a *Lex Salica*<sup>12</sup> (elaborada por Clóvis [Clodoveo] por volta de 496 e, posteriormente, revisada por Carlos Magno em 802, destinada aos povos francos sálios) e mais aproximadamente uma dezena de *leges barbarorum* que vigoravam no âmbito do império carolíngio, como a *Lex Ribuariorum*, *Lex Burgundionum*, *Lex Alamanorum*, *Lex Frisionum*, *Lex Saxonum*, *Lex Baiuvariorum*, etc. – redigidas entre os séculos V e IX. Essas leis tiveram um papel importante na conservação das tradições jurídicas dos povos germânicos. Na verdade, essas *leges* não são “códigos”, tais como hoje os concebemos –

<sup>10</sup> Sobre tais aspectos, v. CUNIBERTI, Gilles. *Grands Systèmes de Droit Contemporains*. Paris: LGDJ, 2007. p. 27/28.

<sup>11</sup> VAN CAENEGEM, Raoul C. *Introduzione storica al diritto privato*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 214.

<sup>12</sup> Os povos francos sálios constituíam uma das duas confederações de povos francos, habitando as margens do rio Issel. Para os povos francos situados às margens do Rio Reno, aplicava-se a Lei Ripuária (sobre isso, v. BART, Jean. *Histoire du Droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 8). A Lei Sállica buscava regular todos os aspectos da vida em sociedade, cobrindo matérias que hoje seriam denominadas de direito penal, tributário e civil, embora de forma assistemática e com notáveis lacunas. Uma das matérias tratadas, de grande influência na idade média, foi a disciplina da herança bem como as regras de sucessão dinástica. Ao final do medievo e início da idade moderna, a expressão lei sállica passa a designar as regras de sucessão do trono da França – regras que posteriormente foram imitadas por outras monarquias europeias. Segundo Scovazzi, a *Lex Sállica* surgiu sob a forma de um *pactus* vinculante entre a monarquia e o povo e constitui o documento mais importante para o conhecimento do antigo direito germânico ocidental, seja pela completude, autenticidade, bem como pela influência que teve no desenvolvimento jurídico posterior (SCOVAZZI, Marco. *Le origini del Diritto Germânico* – Fonti, Preistoria, Diritto Pubblico. Milano: Giuffrè, 1957. p. 47/48).

aliás, sequer são leis, no sentido formal. São, na realidade, “registros escritos de certas regras jurídicas, com origem no costume, próprias deste ou daquele povo, compilações muito incompletas, espécie de manuais oficiais para uso dos agentes da autoridade e dos membros dos tribunais”<sup>13</sup>.

Durante o início da baixa Idade Média, especialmente entre os séculos XII e XIII, os territórios germânicos caracterizaram-se pelo seu extraordinário fracionamento jurídico e pelo predomínio praticamente absoluto dos costumes, já que as antigas *leges barbarorum* haviam caído em desuso e delas substancialmente não mais se havia registro. A tradição jurídica escrita converteu-se paulatinamente em uma tradição oral, fragmentada e diversa, no âmbito dos principados (*Landrechte*), das comunidades rurais (*Bauernrecht*), dos feudos (*Hofrecht*), dos centros urbanos (*Stadrecht*), das corporações de artes e ofícios (*Zunfrecht*), etc., segundo a reconstrução histórica feita por Cavanna<sup>14</sup>.

Essa fragmentação jurídica, com prevalência dos costumes, foi uma consequência do esfacelamento do império carolíngio. O fato da coroação do Otto I (ou Otão I), em 962, como Imperador do S3acro Império romano-germânico não chegou a sinalizar, senão por curto período de tempo, uma centralização política, administrativa, legislativa e judiciária. Isso porque o poder imperial, além de contrastado pelo poder dos grandes senhores feudais, era débil em razão de ser eletivo o cargo de imperador<sup>15</sup>. Em 1356, com a Bula de Ouro, fixou-se em sete o número de príncipes eleitores<sup>16-17</sup>. A escolha deveria

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 172.

<sup>14</sup> CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa - Le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982. p. 445/6.

<sup>15</sup> Na verdade, o processo de eleição era complexo e sofreu uma evolução ao longo da história. Até metade do século XIII, o eleito torna-se Rei por efeito da unção dos bispos e assunção ao trono de Aquisgrana; tornando-se Imperador por efeito da sucessiva unção papal. A partir das alterações promovidas pela Dieta de Rehns (1338) e especialmente pela Bula de Ouro (1356), o Rei alemão é por si só “*in imperatorem promovendus*”, reduzindo-se a aprovação papal a uma simples formalidade. Sobre isso, v. CANNATA, Carlo Augusto. *Linneamenti di storia della giurisprudenza europea*. II - Dal medioevo all'epoca contemporanea. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1976. p. 68, n. 3.

<sup>16</sup> O chamado *Kurkollegium*, integrado por três príncipes eclesiásticos, os Arcebispos de Colônia (Köln), de Mainz e de Trier, e por quatro príncipes laicos, o Rei da Baviera, o Marquês de Brandeburgo (Brandenburg), o Conde do Palatinado e o Duque da Saxônia.

<sup>17</sup> A respeito da sistemática da eleição do Imperador, seus impasses e eventuais intervenções do Papado, v. PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Il diritto nella storia d'Europa - Il medioevo*. Parte prima. Padova: Cedam, 1995. p. 241 e ss.

obter a unanimidade<sup>18</sup>. Essa ausência de um poder centralizado forte fez com que não houvesse forças autóctones fortes (seja uma hierarquia de cortes judiciárias com autoridade, como ocorria na Inglaterra, seja um atuante poder normativo centralizado, como ocorria na França) o suficiente para se opor ao Direito romano justinianeu, naquilo que se convencionou chamar de “recepção do Direito romano” na Alemanha<sup>19</sup>.

Esse período de absoluto predomínio da tradição oral em solo germânico, fragmentada territorialmente, só vem a ser quebrado no século XIII, com o aparecimento do *Sachsenspiegel* (“Espelho da Saxônia”), composto entre 1215 e 1235, por Eike von Repgow, em idioma alemão. Tratava-se de uma descrição aprofundada dos costumes da Saxônia e das decisões da corte da Saxônia oriental. A obra teve um enorme acolhimento, difundindo-se por boa parte da Alemanha. Versões e adaptações foram feitas, uma das quais também alcançou relativo sucesso – o *Schwabenspiegel*, de aproximadamente 1275. Do mesmo período também é o *Frankenspiegel*<sup>20</sup>. Tais compilações tiveram o grande mérito de perpetuar, por escrito, muitas das instituições jurídicas germânicas daquele período. Todavia, diante da falta de uma classe de juristas cultos, não estavam presentes as condições propícias ao desenvolvimento de um “direito comum” alemão, com base nas tradições jurídicas autóctones. Os “juristas” alemães daquele período não eram propriamente técnicos, cuja autoridade decorria de sua preparação teórica: eram pessoas cuja experiência de vida e o prestígio da classe social a que pertenciam forneciam as bases sociais da aceitação de sua atuação. Quando a cultura jurídica dos glosadores e comentadores se difundiu por toda a Europa, mercê dos ex-alunos que haviam estudado nas universidades italianas e retornavam aos seus países, aqueles juristas práticos alemães não tiveram a menor possibilidade de resistir à manifesta superioridade do Direito romano<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Inicialmente, a escolha do sucessor do imperador se dava a partir preferencialmente da designação feita pelo próprio imperador, ainda em vida, podendo recair sobre pessoa não integrante da família imperial, mas a partir de 1438 a coroa imperial permanecerá dentro da casa dos Habsburg, que desde 1273 havia conquistado a Áustria, destinada a logo se tornar a mais importante nação germânica do século XV em diante.

<sup>19</sup> Sobre esse período histórico, vejam-se as informações trazidas por RAVA, Tito. *Introduzione al diritto della civiltà europea*. Padova: Cedam, 1982. p. 155 e ss.

<sup>20</sup> GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. *De droit de l'occident et d'ailleurs*. Paris: LGDJ, 2011. p. 257.

<sup>21</sup> Nesse sentido, v. CANNATA, Carlo Augusto. *Linneamenti di storia della giurisprudenza europea*. II – Dal medioevo all'epoca contemporanea. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1976. p. 69/71.

## 1.2 A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO NA ALEMANHA

Não muito tempo após sua edição, em meados do século VI, a consolidação do Direito ordenada por Justiniano<sup>22</sup> foi aos poucos caindo no ocaso no mundo europeu. Seguiu-se, assim, uma coexistência entre o Direito romano (de base

<sup>22</sup> No século VI, Justiniano, imperador do Império Romano do Oriente, posteriormente conhecido como Império Bizantino, com sede em Constantinopla (antiga Bizâncio e atual Istambul), estava preocupado com a decadência do antigo direito romano, já que seu período áureo havia passado havia mais de três séculos e os grandes juristas do período clássico romano nunca mais tiveram substitutos à altura. Numa época em que os textos manuscritos eram poucos e naturalmente suscetíveis a deterioração, com cópias de duvidosa fidelidade aos textos clássicos, resolveu Justiniano, em 528, encarregar a seu homem de confiança (uma espécie de Ministro da Justiça da época), Triboniano, a tarefa de resgatar o direito romano clássico, a fim de preservar suas partes mais importantes. Triboniano reuniu uma equipe de juristas e cumpriu magistralmente o encargo, compilando obra de fôlego, dividida em quatro partes. Já em 529 foi publicado o Codex, que compilava as “constituições” imperiais, ou seja, o conjunto da “legislação” promulgada pelos antigos Imperadores Romanos, especialmente os do Império Ocidental, com sede em Roma. Uma segunda edição, ampliada, seguiu-se em 534. Em 533 aparecem duas outras partes da compilação: as *Institutas* e o *Digesto*. As *Institutas* nada mais eram do que uma espécie de manual de Direito, inspirado na famosa obra homônima do jurista clássico Gaio (Gaius). Era uma obra destinada a ser enviada aos inúmeros funcionários graduados do Império, que representavam o poder central junto às províncias do Império Bizantino, para que tivessem uma noção de conjunto, elementar, das questões jurídicas mais importantes. Segundo Schipani, as *Institutas* (*Institutiones*) de Justiniano, como as de Gaio, desempenharam um papel relevantíssimo e de enorme importância para o ensino do direito e para sua estabilização sistemática (SCHIPANI, Sandro. *La codificazione del diritto romano comune*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 163). Todavia, de longe a mais importante parte da consolidação foi o *Digesto*, em sua denominação latina, ou *Pandectas* (ou *Pandectas*), em grego, o outro idioma em que a consolidação foi redigida, já que ambos os idiomas eram usados na corte justinianeia. O *Digesto* reunia os textos dos maiores juristas clássicos (cerca de quarenta autores, de Quinto Múcio Cévola, que morreu no ano 82, a Hermogeniano e Carísio, que escreveram nos séculos III e IV, mas com destaque para cinco: Ulpiano, Modestino, Paulo, Papiniano e Gaio). Triboniano e sua equipe “garimparam” a obra dos juristas clássicos (consta que teriam examinado cerca de dois mil textos jurídicos) e selecionaram textos por eles escritos sobre inúmeros temas. Assim, sobre determinada questão jurídica, “colaram” o que cada um havia escrito a respeito da mesma, buscando uma possível harmonização. A obra é dividida em 50 livros, subdivididos em aproximadamente 1.500 títulos. Por último, já após a morte de Justiniano (565), foi publicada as *Novelas* ou *Novellae*, obra que reunia a obra legiferante de Justiniano – foram mais de 177 “constituições” imperiais por ele baixadas, inovando o direito anterior.

O nome *Corpus Juris Civilis* não foi dado por Justiniano. Tal denominação veio a ser aposta ao conjunto da obra – suas quatro partes – somente no início da chamada baixa idade média, quando da retomada dos estudos do direito romano, por obra das universidades européias. Durante esses cinco ou seis séculos, entre o século VI e o XI, o *Corpus* não teve quase nenhuma importância no espaço europeu, em razão da enorme feudalização que se vivia na Alta Idade Média, com acentuada involução jurídica e ausência de estudos jurídicos formais. Naquele período, a sociedade, quase que exclusivamente rural, era regida por um direito costumeiro bastante primitivo. Todavia, com a redescoberta dos textos do *Corpus*, com especial destaque para o *Digesto*, o *Corpus Juris Civilis* veio a ter uma crucial importância para o renascimento do direito. Esse renascimento jurídico inicia no norte da Itália, já no fim do século XI, com a fundação das primeiras universidades, e nos séculos seguintes se espalha por toda a Itália e pelos demais países europeus.



escrita, aplicado às populações não germânicas e pela Igreja) e os Direitos germânicos (de fundo costumeiro e aplicados à maioria da população).

Se o *Corpus Juris Civilis* teve importância teórica e prática diminuta na Europa nos primeiros quinhentos anos após sua publicação, dois momentos históricos colocaram o *Corpus* - e, pois, o próprio Direito romano que hoje conhecemos - em destaque: o primeiro, quando resgatado e estudado, a partir do século XI, pelos juristas das universidades medievais, abrangendo alguns centros alemães a partir do século XIV; o segundo, no século XIX, quando os professores alemães aprofundaram e sistematizaram sua análise, desenvolvendo a chamada Escola das Pandectas<sup>23</sup>.

O primeiro momento tem seu marco em 1088, com a criação da Universidade de Bologna<sup>24</sup> e, com ela, o nascimento da Ciência do Direito. O estudo lá praticado, sob a orientação de Irnerius (apelidado “*lucerna juris*” e considerado o pai da Escola dos Glosadores), aplicava o método da exegese na interpretação do *Corpus* - um direito tido como “erudito”, apresentando as vantagens de estar todo ele escrito, ser comum a toda a Europa (*ius commune*), ser mais completo e mais evoluído que os direitos locais e os costumeiros -, por meio das resenhas feitas ao Digesto em glosas (*mos italicus*). Introduziu-se, no pensamento jurídico, a dogmaticidade e abstração, porquanto essa atividade do jurista não se voltava à resolução de problemas práticos e ao “ser” (*Sein*) do Direito, mas ao mais perfeito ajuste e composição do texto do *Corpus*, representativo de um “dever-ser” (*Sollen*). Segundo Calasso<sup>25</sup>, teriam sido duas as contribuições geniais de Irnerius: a primeira foi a de conferir ao estudo do Direito uma autonomia até então inexistente, já que as questões jurídicas eram analisadas no contexto enciclopédico que caracterizava o saber medieval; a segunda consistiu em estudar o Direito justinianeu através de textos genuínos e completos, afastando-se dos epítomes, resumos e extratos que até então eram utilizados.

<sup>23</sup> Conquanto a recepção do Direito romano tenha influenciado sobremaneira os sistemas romanísticos, os juscomparatistas costumam notar que, do ponto de vista estrutural, o Direito romano mostra-se, por vezes mais próximo à *common law*, sob três aspectos: importância das formas de ação; caráter casuístico; desconfiança das fórmulas genéricas.

<sup>24</sup> “A Universidade de Bologna, fundada em 1088, tornara-se o centro de estudos jurídicos mais importante da Europa; os estudantes reuniam-se e contratavam um Mestre pelo período de um ano; viviam uma espécie de experiência comunitária, pois discípulos e professores compartilhavam cada momento de suas vidas.” (MONATERI, Pier Giuseppe. *Il modello di Civil Law*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 29)

<sup>25</sup> CALASSO, Francesco. *Medioevo del Diritto*. Le fonti. Milano: Giuffrè, v. I, 1954. p. 368.

A partir do final do século XIII, estudantes alemães, em número crescente e substancial, deixaram os territórios germânicos para irem estudar nas universidades italianas, em busca do cobiçado título de *doctor iuris*. Se a Alemanha ingressou nesse movimento mais tardiamente do que outros povos, todavia ali o processo de romanização do Direito foi mais intenso, diante da pouca resistência que se opôs a esse fenômeno (diante da ausência de uma tradição jurídica autônoma forte, de um poder legiferante centralizado e de um sistema judiciário compacto e com autoridade). Muitos desses estudantes, ao retornarem ao seu país, imbuídos do novo espírito jurídico, fundaram seus próprios centros de estudos jurídicos – assim, por exemplo, foram fundadas as Universidades de Praga, em 1348<sup>26</sup>, a de Viena<sup>27</sup>, em 1365, a de Erfurt, em 1379<sup>28</sup>, a de Heidelberg, em 1386, a de Colônia, em 1388, a de Würzburg, em 1402, e a de Leipzig, em 1409. Nos dois séculos seguintes, o número de universidades alemãs continuou a aumentar substancialmente<sup>29</sup>.

A chamada romanização do Direito operou-se em ritmo e cronograma diversos no ambiente europeu. Apresentou-se mais rápida na Itália, relativamente rápida na Península Ibérica, embora com menor intensidade em Portugal (que convivia com a subsidiariedade das ordenações) e relativamente lenta na França, que convivia com um forte direito consuetudinário, ainda que o Código de Napoleão tivesse também uma importante base romanista, especialmente na área do direito das obrigações<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Na época, parte do que hoje é a República tcheca e arredores integrava o Império romano-germânico, tanto assim que, entre 1346 e 1378, o imperador alemão Carlos IV estabeleceu a capital de seu império em Praga.

<sup>27</sup> Durante toda a baixa idade média, a Áustria sempre foi uma das mais importantes nações germânicas, sendo que durante a maior parte do longo período de hegemonia da Dinastia Habsburg (1273-1918), Viena foi a sede do Sacro Império romano-germânico (a partir de 1438 e até sua dissolução, em 1806, em meio às guerras napoleônicas), passando a ter um papel predominante, política, econômica, cultural e militarmente.

<sup>28</sup> Foi utilizada a data que consta no próprio site desta Universidade, que corresponde à data da autorização para sua fundação, outorgada pelo Papa Clemente, o que a colocaria como a mais antiga Universidade alemã. Na verdade, porém, ela só foi efetivamente instalada em 1389, sob o Papa Urbano. Levando-se em consideração essa segunda data, a mais antiga Universidade efetivamente em funcionamento na Alemanha seria a de Heidelberg. Menciona-se o detalhe porque as duas Universidades disputam entre si o título de mais antiga.

<sup>29</sup> CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa – Le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982. p. 452.

<sup>30</sup> O direito civil francês foi o feliz resultado da combinação do *droit écrit* do sul da França (região chamada de *pays de droit écrit*), de origem romanista, com o *droit coutumier* no norte francês (denominado de *pays de droit coutumier*), baseado nos costumes germânicos.

Na Alemanha, a recepção do Direito romano deu-se de modo mais lento, mas de forma mais intensa, especialmente a partir do final do século XV. J. M. Kelly<sup>31</sup> pontua que a principal razão para uma súbita e maciça recepção do Direito romano na Alemanha residiu nas condições políticas da época: em contraste com a França, inexistia uma forte centralização monárquica na Alemanha. A nação germânica estava dividida em numerosos principados, cidades livres, poderosos bispados, em um período de rápido crescimento urbano e de intenso desenvolvimento de empresas comerciais. Notava-se um doloroso contraste entre as obsoletas e complicadas regras materiais e processuais aplicadas pelas cortes locais, oriundas especialmente do direito costumeiro, e as regras claras, inteligíveis e lógicas oriundas do Direito romano, que eram aplicadas nas Cortes canônicas. Diante de tal quadro, o Imperador Maximiliano I, em 1495 (decreto imperial de Worms), reorganizou o Tribunal imperial, renomeando-o como *Reichskammergericht*<sup>32</sup> (Tribunal da Câmara Imperial). Determinou-se que todos os procedimentos legais do Império poderiam ser levados àquele Tribunal, onde seriam julgados, na ausência de leis ou costumes, de acordo com o direito comum do Império, isso é, o Direito romano. Tão importante quanto isso foi o fato de que ficou previsto que a metade dos juízes membros de tal Corte deveria ser formada em Direito (“instruídos e conceituados no Direito”). A outra metade devia ser oriunda da classe dos cavaleiros, “se possível, também letrados em Direito”. Isso significava, naturalmente, que tais juízes deveriam ter uma formação jurídica versando sobre o Direito romano, que era o único Direito estudado nas Universidades. Logo, na prática, a totalidade dos juízes passou a ser recrutada entre bacharéis, prática essa que se espalhou também por outras Cortes judiciárias.

Outra prática iniciada já a partir do começo do século XVI e que se prolongou até o século XIX foi a da chamada *Aktenversendung* (remessa dos autos). Tratava-se de uma prática incentivada pelo art. 219 da *Carolina* (*Constitutio Criminalis*

<sup>31</sup> KELLY, John M. *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 181.

<sup>32</sup> O *Reichskammergericht* ficou sediado em Speyer de 1527 a 1689 e depois em Wetzlar, até 1806, quando foi extinto. A sua competência compreendia, em primeira instância, as quebras da paz territorial e o julgamento de vassalos diretos do imperador; em segunda instância, o julgamento de agravos e apelações das justiças territoriais. Uma interessante análise crítica do volume e tipos de processos analisados por aquela corte de justiça, ao longo desse período, encontra-se em RANIERI, Filippo. A evolução do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial durante os séculos XV a XVII. A “jurisdicionalização” dos conflitos na sociedade moderna. In: HESPANHA, Antonio (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 521/558. A informação inicial encontra-se à página 549.

Carolina, primeira consolidação de normas penais e processuais penais, mandada organizar por Carlos V e aprovada em 1530), que recomendava o envio dos autos do processo às “escolas superiores mais próximas ou a outrem entendido em Direito”. Ou seja, sempre que uma Corte de justiça tivesse dúvidas sobre a solução a ser dada a um caso sob julgamento, deveria remeter os autos do processo ao colégio de professores de uma próxima Faculdade de Direito.

“Nos séculos seguintes, os pareceres das Faculdades mantiveram uma influência decisiva sobre a jurisprudência alemã; até bem dentro do século XIX, todas as Faculdades de Direito [...] levaram a cabo uma atividade consiliar [*sic*<sup>33</sup>] mais ou menos intensa. Essa instituição, tão importante para o intercâmbio quotidiano entre a teoria e a prática [...], encontrou o seu termo, em parte, apenas em 1878, com a nova organização judicial do império de Bismarck.”<sup>34</sup>

Havia, portanto, a continuação do *mos italicus*, à semelhança daquele praticado nas universidades italianas, sendo que ao jurista cabia encontrar o Direito romano aplicável ao problema concreto apresentado. Essa aplicação de um direito anacrônico a situações contemporâneas não se fazia ileso de críticas, propagando-se entre o povo, na época, a ideia do “*Juristen, böse Chisten*”<sup>35</sup>.

No plano doutrinário, a recepção fez-se sentir, inicialmente, com a publicação da obra “*Werks Specimen usus moderni pandectarum*”, por Samuel Stryk, em 1690, que deu início à escola do chamado *usus modernus pandectarum*, cujo objetivo, como o nome sinala, era a adequação e adaptação do Direito romano aos problemas cotidianos daquela época. A escola recebeu diversos

<sup>33</sup> Observa-se que embora essa expressão (“consiliar”), que consta na edição portuguesa, não seja utilizada no Brasil, ela está correta, pois “consiliar”, aqui, está no sentido de atividade consultiva, e não de atividade conciliatória.

<sup>34</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 196/197. René David refere que a prática da *Aktenversendung* só encerrou em 1879, com a promulgação da ZPO - *Zivilprozessordnung* (DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 45). Sobre a *Aktenversendung*, v. também: GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.; PICKER, Colin B. *Comparative Legal Traditions*. St. Paul/ MN: Thompson West, 2008. p. 30; bem como FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2003. p. 20.

<sup>35</sup> A frase poderia ser traduzida livremente, mantendo-se a rima, como: “Os que do Direito são, maus cristãos são”. A Martinho Lutero é atribuída uma aliteração da frase, de conteúdo ainda mais forte: “*Juristen sind bösen Kristen, Ja Diabolisten*” (Uma opção, também livre, seria: “Os juristas são maus cristãos, e com o Diabo estão”). A atribuição da frase a Lutero lê-se em Gallo, op. cit., p. 158.

adeptos durante os séculos XVII e XVIII, alçando a Ciência do Direito alemão, pela primeira vez, no cenário europeu<sup>36</sup>.

A escola possibilitou a continuação de um modelo de análise jurídica fundada em textos romanos (notadamente o Digesto justiniano): inicialmente, o *mos italicus*, iniciado pelos glosadores italianos nos séculos XII e XIII, desenvolvido pelos comentadores ou pós-glosadores nos séculos XIV e XV; passando pelo *mos gallicus* ou “jurisprudência culta” (também dita “elegante”), desenvolvido pelos juristas humanistas franceses, especialmente no século XVI<sup>37</sup>; e desembocando no *mos germanicus*, de cunho mais racional e sistemático, a partir do final do século XVII e principalmente século XVIII, no espaço jurídico germânico.

Segundo Padoa Schioppa<sup>38</sup>, o *usus modernus Pandectarum* visava a conjugar as fontes justinianas com as necessidades da prática, afastando-se deliberadamente das reconstruções filológicas eruditas, tão a gosto da *jurisprudência culta* ou *elegante* (especialmente nas suas vertentes francesa [*mos gallicus*] e holandesa). Privilegiava-se, ao contrário, a enunciação de regras coerentes e precisas, embora ancoradas ao texto do Digesto, mas integrando-o com elementos da tradição germânica e da jurisprudência das Cortes de justiça.

Esse *jus commune* continuou a influenciar enormemente a cultura germânica, especialmente em razão da falta de unidade política daquela nação, que continuava dividida em uma miríade de Reinos, Ducados, Principados, Cidades Livres, cada um deles regido por um direito próprio, embora todos eles derivados e imbuídos do “direito comum”. Assim, por exemplo, o Estado germânico mais importante da era moderna era a Prússia, que em 1794 dotou-se de uma vasta consolidação/codificação legislativa denominada de *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (conhecida pela sigla ALR), ou “direito

<sup>36</sup> Antes de Samuel Stryk, o primeiro jurista alemão a ganhar notoriedade no cenário europeu foi Ulrich Zäsy, posteriormente rebatizado com o nome latino Udalricus Zasius, que viveu entre os anos 1461-1535 (Gallo, op cit., p. 157).

<sup>37</sup> Essa nova abordagem no estudo do Direito romano foi introduzida por Andrea Alciato (Alciatus), ao lecionar em Avignon, no sul da França, entre 1518 e 1522. Alciato procurava combinar os estudos jurídicos com os humanísticos. O maior jurista humanista, porém, foi Jacques Cujas (Cujacio), que possuía um conhecimento enciclopédico dos textos do *corpus juris civilis* e dos estudos dos humanistas sobre a literatura antiga. Foi o primeiro a iniciar o estudo das interpolações aos textos do Digesto, buscando purificar as fontes originais dos indevidos acréscimos medievais. Sobre o humanismo jurídico francês, v. STEIN, Peter G. *Il diritto romano nella storia europea*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1996. p. 93/96.

<sup>38</sup> PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Storia del diritto in Europa - Dal Medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 279-281.

geral territorial para os Estados prussianos”, promulgada em 1794<sup>39</sup>. Ainda antes, outro importante Estado germânico – a Bavária (*Bayern*) – já em 1756 havia adotado uma consolidação legislativa, introdutora de algumas inovações, denominada de *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*<sup>40</sup>.

Nas últimas décadas do século XVIII a cultura jurídica alemã era dominada por duas grandes escolas: os comentadores do Direito romano justinianeu, que seguiam a ordem expositiva do Digesto, e os seguidores da tradição “sistemática” ligada a Christian Wolff. Esse último filão metodológico acabou predominando, tornando-se cada vez mais influente. Para Wolff, o direito vigente como expressão de um direito da natureza, veiculado através de esquemas conceituais idôneos a exprimir uma ordem racional interna. A partir desse enfoque, os textos justinianeu eram seccionados e reagrupados em uma nova ordem, de modo “sistemático”. Como explica Tarello<sup>41</sup>, essa nova ordem sistemática expressava-se como um agrupamento de proposições jurídicas tidas como verdadeiras, segundo uma ordem semelhante àquela que agrupava os postulados da matemática e da geometria, isto é: “I) em primeiro

<sup>39</sup> Tratava-se de uma vastíssima obra legislativa, abarcando cerca de dezenove mil artigos, estendendo-se pelo direito privado, público e penal. Tarello refere que se trata da obra legislativa mais completa e madura entre as consolidações do século XVIII, podendo ser até incluída, sob certos aspectos, como o primeiro exemplo de codificação moderna. Isso porque, ao contrário das consolidações daquele período histórico, o ALR pretendia substituir, enquanto código válido para todo um território, o direito comum anteriormente aplicável, embora mantendo parte dos direitos particulares então vigentes (estatutos urbanos e costumes provinciais). Seus dispositivos eram formulados em forma breve e bem cuidada, racionalmente ligados uns aos outros. Apresentava-se o *Landrecht* como uma regulamentação completa, não suscetível de heterointegração, supostamente desprovido de lacunas. Havia vedação expressa (*Einleitung*, §§ 46-48) para que o juiz recorresse a fontes de integração externa ao *Landrecht*, embora pudesse utilizar-se da *analogia legis* e da *analogia juris* (princípios gerais internos ao ALR). Na aparente ausência de disposições aplicáveis ao caso, direta ou analogicamente, devia o juiz se reportar à Comissão Legislativa, a fim de obter uma “interpretação autêntica”. Sobre tal monumento jurídico, veja-se o exaustivo estudo de Giovanni Tarello, no capítulo denominado de “Le codificazioni illuministiche dell’ultimo terzo del secolo XVIII”, inserto na sua magistral obra *Storia della cultura giuridica moderna* (Bologna: Il Mulino, 1976. p 486/506, especialmente p. 489-493, de onde extraímos as informações *supra*.

<sup>40</sup> Mais amplamente falando, em 1750 o rei bávaro Maximiliano José II autorizou seu chanceler, o notável jurista Alois Von Kreittmayr, a elaborar novas consolidações do direito vigente no território da Bavária. Desincumbindo-se do encargo, são publicados, sucessivamente, um “Código Penal”, em 1752, um “Código de Processo”, em 1753, e um “Código Civil”, em 1756, chamado de *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*. Essas “codificações”, sob um ponto de vista estritamente técnico, representavam um ponto de transição entre as velhas consolidações e os códigos modernos, embora não pudessem ser comparadas às posteriores “codificações” prussianas e austríacas, também no espaço cultural germânico. Sobre outros aspectos dessas “codificações”, v. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 257/258.

<sup>41</sup> TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e política del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 109.

lugar, as definições gerais, os axiomas e as proposições gerais; II) em segundo lugar, os desenvolvimentos particulares, demonstrados como teoremas”. Um dos legados de tal metodologia foi a elaboração de uma “parte geral” do direito civil, compreendendo as definições gerais e alguns princípios elementares e fundamentais. Influenciado por esta metodologia, Heise publicou, em 1807, seu *Grundriss eines Systems der gemeinen Zivlrecht zum Beruf Von Pandektenvorlesungen* (Compêndio de um sistema de direito civil comum a serviço das lições das Pandectas), cuja estruturação (com exceção da sexta parte) acabou servindo de modelo para a posterior dogmática civilista alemã, do BGB e dos códigos que nele se abeberaram, inclusive ambos os Códigos Civis brasileiros. Heise dividiu seu compêndio da seguinte forma: 1) parte geral; 2) direito das coisas; 3) obrigações; 4) direito de família; 5) direito das sucessões; 6) *restitutio in integrum*.

Mas foi ao longo do século XIX que o estudo do Direito romano na Alemanha atingiu seu ápice, com uma produção acadêmica sistemática, refinada e aprofundada<sup>42</sup>. Pode-se dizer que essa segunda recepção inicia com a edição do “*System des heutigen römischen Rechts*”, de Friedrich Carl von Savigny, espalhada em oito volumes, que vieram à luz entre 1840 e 1851. Savigny foi o maior nome

<sup>42</sup> Na verdade, pode-se remontar a 1814 o início dessa nova fase. Naquele ano, Savigny envolveu-se em célebre polêmica com Thibaut, que defendia a elaboração de um Código Civil para a nação germânica, seguindo o modelo do Código napoleônico, à época tido como verdadeiro paradigma de codificação. Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), nasceu em Hameln, Saxônia, mas descendia de uma família de antiga origem francesa, que havia emigrado para a Alemanha em razão de perseguição religiosa (exatamente o que também havia ocorrido com a família de Savigny). Em 1814, época em que era considerado o maior civilista germânico, publicou um opúsculo (cerca de 30 páginas) denominado “*Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*” (Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha), onde defende a necessidade da nação alemã adotar uma codificação de direito civil, nos moldes da francesa, como forma de racionalizar, sistematizar e modernizar o direito. Em sua visão, um código geral teria o condão de unificar o direito na Alemanha, tal como o *Code Civil* o fizera na França.

No mesmo ano, em resposta ao opúsculo, Frierich Carl Von Savigny (nascido em Frankfurt, em 1779, morrendo em 1861) publicou o célebre “*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*” (A vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência jurídica). Nessa obra (de maior fôlego, ocupando cerca de cem páginas), Savigny critica a ideia da codificação, pois paralisaria a evolução do direito e contrariaria a essência do fenômeno jurídico, que, segundo ele, seria uma “criação primeira dos costumes e das crenças populares, e depois da ciência jurídica, que é sempre obra de forças silenciosas e não do arbítrio de um legislador”. O direito não seria algo universal e imutável, como pregavam os jusnaturalistas, mas sim consistiria numa ordem evolutiva espontânea e descentralizada, refletindo a história de cada povo em particular, acompanhando sua evolução e refletindo sua índole imanente – ou seja, espelhando seu “*Volksgeist*” (espírito do povo). Uma tradução integral, em italiano, de ambas as obras, precedida de interessante introdução sobre a origem da polêmica, seus efeitos e desdobramentos, encontra-se na obra A. F. J. Thibaut – F.C. Savigny – *La polemica sulla codificazione*, organizada por Giuliani Marini (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992). O trecho da obra de Savigny, acima citado entre aspas, encontra-se à fl. 101.

da denominada Escola Histórica de interpretação, criticando a codificação por acreditar que os Códigos tendiam a ficar obsoletos e o direito não poderia ficar neles cristalizados. Deveria, ao contrário, espelhar o *Volksgeist*, “espírito do povo”<sup>43</sup>. Segundo tal escola, o direito era fruto de um desenvolvimento espontâneo, paralelamente ao dos costumes e da língua, que se adapta aos dados civilizatórios próprios a cada país<sup>44</sup>.

Em meados do século XIX, a escola histórica alemã dividiu-se em dois grupos, romanistas e germanistas, cada um deles manifestando com grande veemência as suas próprias opiniões. Para os germanistas, o Direito romano era um direito estrangeiro, cuja influência era equiparada a de um vírus que havia infectado o puro Direito germânico e havia impedido seu crescimento. Já os romanistas, guiados por Savigny, procuravam purificar o Direito romano das contaminações dos elementos decadentes não romanos e dele extrair princípios universais contidos nos textos. O objetivo principal de Savigny era o de recuperar o mais fielmente possível os textos de Justiniano, documentando sua passagem pelo período medieval até chegar ao seu tempo, demonstrando o quanto o Direito germânico estava historicamente entranhado de Direito romano. Para tanto, Savigny dedicou uma obra monumental, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter (História do direito romano na Idade Média)*<sup>45</sup>.

O trabalho iniciado com Savigny evoluiu para a formação da Escola Pandectista, que realizou uma elaboração sistemática do material jurídico romano em um nível teórico jamais antes atingido, apto a gerar conceitos abstratos e genéricos que vieram a inspirar, posteriormente, a edição do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*).

Pode-se dizer que a Escola pandectística acreditava que o Direito fosse uma espécie de matemática jurídica, procurando Savigny demonstrar que era possível recorrer a conceitos científicos derivados das Pandectas para resolver problemas contemporâneos.

<sup>43</sup> Na realidade, Savigny extrai de (Gustav) Hugo a noção de “espírito” (*Geist*), o qual, por sua vez, fora buscar sua inspiração em Montesquieu e seu *O espírito das leis*, alterando-lhe o sentido. Hugo introduz na cultura germânica a idéia de “espírito” (*Geist*) no sentido de que os direitos históricos tinham, cada um, um “espírito” próprio e variável no tempo e espaço – é o que nos diz TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e política del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 120.

<sup>44</sup> DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 45.

<sup>45</sup> STEIN, Peter G. *Il diritto romano nella storia europea*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1996. p. 145.



Todavia, com os prosseguidores da obra de Savigny (especialmente Georg Friedrich Puchta, que o sucedeu na liderança da Escola e que ficou famoso pela sua metáfora da “pirâmide dos conceitos”<sup>46</sup>), a ciência pandectística torna-se menos histórica e mais racional. Por volta de 1850 já estava claro que, se o Direito romano devia ter alguma relevância na Alemanha contemporânea, era necessário que ele fosse novamente reinventado. Afinal, o espírito dos novos tempos exigia um Direito romano que exprimisse os valores materialistas de uma sociedade crescentemente burguesa<sup>47</sup>.

Os dois maiores romanistas alemães da segunda metade do século XIX foram Rudolf Von Jhering e Bernhard Windscheid (praticamente contemporâneos, nasceu aquele em 1818 e este em 1817, morrendo ambos em 1892).

Windscheid foi o nome maior da pandectística alemã desse período (embora não devam ser desconsideradas as grandes figuras de Brinz [1820-1887], Arndts, Regelsberger [1827-1916] e Dernburg [1829-1907]), tendo se tornado famoso com a publicação, em 1856, de um livro sobre o Direito romano das ações (*Die “actio” des römischen Rechts*). Windscheid expôs suas concepções jurídicas em uma obra monumental, em três volumes, intitulada *Pandektenrecht* (*Direito das Pandectas*), publicada entre os anos de 1862 a 1870. Diante do plano bem organizado da obra, formando um sistema inteligível e de fácil consulta, a obra teve uma enorme influência na ciência jurídica do seu tempo, sendo imensa sua influência sobre o BGB.

A ciência jurídica pregada pelos pandectística era altamente individualista e sem preocupações sociais. Encorajava a liberdade contratual, sem reconhecer minimamente as diferenças de poder contratual; atribuía a máxima proteção à propriedade privada e reduzia ao mínimo a responsabilidade pelos danos causados pelos empresários a outrem, ao realizar suas atividades econômicas. Pode-se afirmar que o princípio basilar da metodologia pandectística é o do

<sup>46</sup> Segundo tal concepção, o Direito deveria ser compreendido como uma pirâmide onde os conceitos estão escalonados em forma piramidal, dos mais genéricos no topo, aos mais detalhados na base. Dos conceitos mais genéricos situados na parte superior da pirâmide o jurista iria deduzindo, com rigor lógico, os conceitos daqueles derivados. Por exemplo, de um conceito genérico como o ato jurídico, o jurista poderia deduzir as noções mais concretas de contrato, testamento e casamento. Disso decorre que o critério de validação de cada noção jurídica consiste em poder incluir cada proposição jurídica dentro da pirâmide conceitual, de acordo com o princípio da não contradição - é a lição de GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. *De droit de l'occident et d'ailleurs*. Paris: LGDJ, 2011. p. 261.

<sup>47</sup> STEIN, Peter G. Op. cit., p. 146 e 148.

positivismo jurídico dogmático: cada ordenamento jurídico constitui um sistema (de institutos, conceitos, princípios, regras) fechado e completo. As eventuais lacunas das leis não são lacunas do sistema, que possui sempre os meios para colmatá-las: quando o jurista indica a solução para um caso não expressamente previsto, ele está simplesmente explicitando, com um procedimento lógico-formal, a solução – a única solução – adequada para aquele caso, naquele sistema. Sua lógica é a garantia da sua justiça. A única realidade é aquela dos conceitos e das proposições dogmáticas<sup>48</sup>.

Já Jhering foi mais crítico, defendendo que o Direito romano não era fundado sobre princípios morais, mas sim sobre necessidades econômicas. Embora tenha inicialmente sido um romanista de vulto, ele acabou descontente com o raciocínio lógico-abstrato e sem preocupação social que caracterizava a escola histórica e a pandectística, passando a desenvolver uma própria concepção do Direito. Ele rejeitou o postulado da escola histórica, segundo a qual o espírito nacional do povo seria um dos fatores constitutivos do Direito. Em uma de suas obras capitais, o *Espírito do direito romano*, publicada em 1852, ele escreveu:

Não é a vida que existe em razão dos conceitos, mas os conceitos é que existem em razão da vida. Existe não aquilo que é pretendido pela lógica, mas pela vida, pelas relações sociais, pelo sentido de justiça, sendo irrelevante aquilo que é necessário ou impossível segundo a lógica. (*Geist des römischen Rechts*, III.1, Leipzig, 1888. p. 321)<sup>49</sup>

A importância prática do Direito romano no Direito alemão acaba com o início da vigência do BGB, em 1º de janeiro de 1900. Sua importância teórica, porém, pode-se dizer que remanesce, se não na aplicação, ao menos na formação do estilo jurídico alemão e do estilo do jurista alemão, como o peso de um passado de mais de mil anos que não se dissipou em pouco mais de cem e não parece, em futuro próximo, fazer-se dissipar.

### 1.3 O BGB: ORIGEM E INFLUÊNCIAS

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) é “produto da ciência jurídica pandectista de expressão alemã. As definições, cuidadosamente

<sup>48</sup> Segundo a síntese de CANNATA, Carlo Augusto. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*. II – Dal medioevo all’epoca contemporanea. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1976. p. 159/160.

<sup>49</sup> Uma síntese da obra e influência de Jhering e de Windscheid encontra-se em STEIN, Peter G. *Il diritto romano nella storia europea*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1996. p. 149/151.

reduzidas em sistemas e auxiliadas por um aparato linguístico elaborado [...]. Nada é deixado à improvisação”<sup>50</sup>. A elaboração do Código Civil – prevista desde a unificação alemã, em 1871, com a fundação do Império (Reich) –, durou mais de vinte anos. Um primeiro projeto, elaborado por uma comissão integrada, além de outros, por dois renomados juristas – Bernard Windscheid e Gottlieb Planck –, foi finalizado em 1887 e enviado às universidades, cortes e altos funcionários do Estado, a fim de receber críticas e sugestões. As críticas, relacionadas ao excessivo viés doutrinário, à incompreensão da linguagem e à complexidade da técnica, fizeram com que fosse nomeada uma nova Comissão, em 1890, cujo trabalho cingiu-se, em grande parte, a uma revisão de linguagem. Foi esse o projeto aprovado em 1896 pelo *Reichstag*<sup>51</sup>.

Além da ciência pandectística que lhe serviu de base, percebe-se, no BGB, pequenas concessões feitas também à germanística (no sentido de nele incorporar traços do Direito germânico puro) e à ala socialista do Parlamento, que solicitava o uso de uma linguagem mais popular e de noções menos rígidas, as quais se fizeram presentes nas “cláusulas gerais” (*Generalklauseln*), tais como a “boa-fé” e os “bons costumes”<sup>52</sup>.

Michel Fromont refere que, em termos de “técnicas de redação”, o BGB apresenta, como “plano”, uma parte geral (composta por três seções principais: pessoas, bens e atos jurídicos) e uma parte especial (composta por quatro seções: obrigações, bens, família e sucessões) e, como “estilo”, uma linguagem abstrata (com terminologia rigorosa e frases precisas, próprias dos estudiosos), além de uma formulação detalhada. Já em termos de “princípios fundamentais”, vê-se um consensualismo moderado (onde a autonomia da vontade, atenuado pela segurança jurídica e pelas cláusulas gerais, é adotada implicitamente) e uma separação entre direitos das obrigações e dos bens<sup>53</sup>.

Segundo Foster e Sule, os dois maiores eixos estruturantes do BGB são o princípio da liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*) e o princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*)<sup>54</sup>. Outras características próprias daquele diploma legal seria

<sup>50</sup> SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 286-7.

<sup>51</sup> Monateri, op. cit., p. 110-1.

<sup>52</sup> Sacco, op. cit., p. 287.

<sup>53</sup> Fromont, op. cit., p. 26-7.

<sup>54</sup> FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2003. p. 366.

o aprofundamento legislativo da distinção entre posse (*Besitz*) e propriedade (*Eigentum*) e entre dois diferentes negócios jurídicos – o negócio obrigacional (*Verpflichtungsgeschäfte*) e o negócio real (*Verfügungsgeschäfte*), este ligado ao princípio da abstração<sup>55</sup>.

Além das várias alterações normativas ocorridas no direito privado alemão ao longo de todo o século XX (como a *AGB-Gesetz* de 1976 e a *Reisevertragsgesetz* de 1979), a maior reforma que ele sofreu entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002, alterando substancialmente o direito obrigacional germânico, incorporando parte das inovações introduzidas pela legislação complementar, parte das diretivas do direito comum europeu e também determinadas soluções jurisprudenciais.

Pode-se dizer que a grande influência que o BGB exerceu nas codificações modernas, sem descurar de questões pontuais, foi a criação de uma “parte geral”<sup>56</sup>. Entre outros Códigos, viu-se sua influência nos Códigos da Suíça (1907), da Grécia (1946), de Portugal (de 1966, pois o de 1867 foi inspirado no francês) e do Brasil (em ambos os Códigos, tanto o de 1916 como o de 2012). Também influenciou substancialmente a cultura jurídica austríaca, húngara, turca, mexicana, peruana e italiana<sup>57</sup>. Os trabalhos preparatórios do BGB também influenciaram amplamente a estrutura e o conteúdo do Código Civil japonês de 1898 (embora os livros relativos ao direito de família e ao de sucessões tenham sido redigidos com base nas concepções do direito costumeiro japonês)<sup>58</sup>.

Do Código Civil alemão costuma-se dizer que é “uma máquina calculadora jurídica por excelência”, tamanho é seu grau de precisão e cuidado sistemático. As expressões são usadas ao longo de todo o texto com o mesmo sentido. Evita-se a reiteração de noções, substituindo-as por abundantes remissões a outros dispositivos legais. A linguagem é estritamente técnica e o estilo é sóbrio. Trata-se de um monumento jurídico de difícil compreensão para o leigo e até mesmo para juristas estrangeiros. Todavia, os olhos treinados do técnico não podem deixar de elogiar sua precisão.

<sup>55</sup> Idem, p. 371 a 374.

<sup>56</sup> David, op. cit., p. 75-6; Gallo, op. cit., p. 172-3; Monateri, op. cit., p. 114.

<sup>57</sup> Segundo FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2003. p. 27.

<sup>58</sup> Sobre as fontes de inspiração para a elaboração do Código Civil japonês, veja-se ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Principi fondamentali. Trad. Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè Editore, v. I, 1992. p. 369/370.

## 2 A FORMA MENTIS DO JURISTA ALEMÃO

Por *forma mentis*, na aludida visão de Zweigert e Kötz, entende-se a peculiar forma pela qual o jurista analisa o mundo jurídico – abordando-o de forma mais sistemática ou mais tópica, usando um raciocínio mais dedutivo ou mais indutivo, partindo mais da lei, da jurisprudência, dos costumes ou da revelação, dando maior ou menor valor para a doutrina, etc.

Trata-se de uma característica muito profunda de uma determinada cultura jurídica, de difícil e lenta alteração.

Começaremos com uma análise do modelo de raciocínio do jurista alemão e, na sequência, analisaremos a formação acadêmica desse jurista.

### 2.1 O MODELO DE RACIOCÍNIO DO JURISTA

Entender o modelo de raciocínio do jurista alemão, sua forma de pensar, só é possível pintando-se um quadro mais geral, recordando que este jurista foi historicamente muito influenciado pela recepção tardia e profunda do Direito romano, como referido anteriormente.

Na ausência de um Estado alemão forte e centralizado, o motor jurídico da Alemanha não foi a legislação. Tampouco foi a jurisdição, diante da inexistência de uma Corte de justiça suprema respeitada e com jurisdição sobre todo o território nacional. Diante de tal quadro, o motor do desenvolvimento jurídico passou a ser a academia e seus professores, debruçados sobre o legado jurídico justinianeu.

O jurista alemão inseriu-se, assim, desde cedo, na visão racionalista a que alude Cláudio Michelson Jr.:

O problema inicial do jurista moderno será: que tipo de conhecimento é o conhecimento do direito? Dentro do paradigma epistemológico moderno só existem duas respostas possíveis a esse problema, que podemos chamar, *grosso modo*, de resposta racionalista e resposta empirista. Cada uma dessas respostas corresponde a uma determinada tese sobre o que é o direito. O Direito pode ser um conjunto de regras deduzidas pela razão humana a partir de um princípio (ou um fato) em si

evidente ou pode ser simplesmente um conjunto de fatos empíricos.<sup>59</sup>

A opção alemã, nesse contexto, foi – e ainda é – claramente racionalista. O modelo de raciocínio alemão é, portanto, altamente lógico e abstrato.

Seu método de operar com o Direito, ensinam Vincenzo Varano e Vittoria Barsotti, possui inspiração na matemática e nas ciências exatas, e caracteriza-se como conceitual (busca de enquadramento das hipóteses em categorias objeto da definição), dogmático (uma vez definidos, os conceitos não comportam exceção) e sistemático (convivem diversas definições de diversos juristas, mas prevalece aquela que melhor se harmoniza com o resto do sistema, em homenagem ao princípio da coerência)<sup>60</sup>.

De acordo com John Bell, seriam os seguintes aspectos a caracterizar a cultura judiciária alemã: uma comum formação jurídica com todos os demais operadores jurídicos; um enorme comprometimento com os valores constitucionais; uma grande independência judicial e a subordinação à lei.

Do ponto de vista de um dos operadores do Direito, o juiz, acrescenta Bell que as regras para nomeação, promoção e demais condições de serviço são semelhantes àquelas que vigoram para o serviço público em geral, sendo que muitas das regras são as mesmas. A tradicional forma de decisão colegiada, com a vedação da expressão de votos vencidos ou concorrentes, representa uma espécie de atuação impessoal, o que enfatiza a importância da lei, vista como autoridade racional e imparcial, mais do que a personalidade do juiz<sup>61</sup>.

## 2.2 A FORMAÇÃO ACADÊMICA DO JURISTA

A formação acadêmica do jurista alemão apresenta algumas peculiaridades que a tornam bastante distinta da formação acadêmica brasileira<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 53-54.

<sup>60</sup> VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*. Texto e materiali per un confronto civil law common law. Torino: Giappichelli, v. I, 2002. p. 136-7.

<sup>61</sup> BELL, John. *Judiciaries within Europe – A Comparative Review*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 169 e 172.

<sup>62</sup> As informações que se seguem sobre a formação do jurista alemão, quando não há citação específica sobre elas, são uma síntese realizada a partir dos seguintes textos: Gallo, op. cit., p. 194-5; Monateri, op. cit., p. 117-8.

O estudante de Direito passa por uma “graduação” (*Jurastudium*) com duração formal de aproximadamente quatro anos, durante os quais cursa disciplinas de diferentes ramos do Direito. As maiores peculiaridades dizem respeito aos exames que o graduado em Direito enfrenta após essa formação inicial. São dois os exames, chamados *Ersten Juritischen Staatsprüfung* (ou, simplesmente, *Erstes Staatsexamen*, isso é, “primeiro exame estatal”) e *Zweiten Juritischen Staatsprüfung* (ou, simplesmente, *Zweites Staatsexamen*, isso é, “segundo exame estatal”).

O *Erstes Staatsexamen* ocorre após o estudante cursar, com aprovação, um número mínimo de disciplinas do curso. O conteúdo e a estrutura desse exame variam de acordo com o Estado<sup>63</sup>. A aprovação no “primeiro exame estatal” não concede ao estudante qualquer título, mas o habilita a um período de estágio (*Referendariat*) de dois anos, durante o qual ele se exercitará em diferentes ramos e carreiras jurídicas. Nesse período, o estagiário (*Referendar*) recebe uma remuneração do Estado.

Terminado esse período, o *Referendar* habilita-se à realização do *Zweites Staatsexamen*. Como ele também é estatal, pode haver uma variação no conteúdo e na estrutura desses exames<sup>64</sup>. O aluno reprovado no exame pode tentar superá-lo apenas mais uma única vez.

A reprovação pela segunda vez acarreta a drástica consequência de que o aluno, ainda que tenha concluído todas as disciplinas e tenha passado no primeiro exame, não pode habilitar-se para o exercício de qualquer profissão jurídica.

Uma vez habilitado no exame, o candidato recebe o título de *Rechtsassessor* e pode se candidatar ao exercício da advocacia, da magistratura, atividade notarial, além de outras profissões públicas, sendo a nota do exame o critério de escolha para essas profissões, que não possuem concursos próprios. Vago

<sup>63</sup> Na Bavária, por exemplo, 75% da nota do exame é composta pela média dos resultados de seis provas escritas de disciplinas diferentes, voltadas a resolução de casos, sendo uma prova aplicada por dia, em dias de semana consecutivos, com um máximo de cinco horas de resolução para cada prova. O 25% restante é composto de um trabalho de “especialização”, que compreende um trabalho escrito do aluno em um tema de sua escolha e a apresentação desse trabalho, oralmente, na forma de seminário. Fonte: Dominik Manuel Bouza Costa, em 12.09.2012 (informação oral, durante seminário na FADIR/PUC/RS).

<sup>64</sup> No Estado da Bavária – considerado um dos mais difíceis –, o exame é composto por onze provas escritas de disciplinas diferentes, voltadas a resolução de casos, sendo uma prova aplicada por dia, em dias de semana consecutivos, com um máximo de cinco horas de resolução para cada prova.

um cargo, portanto, este será preenchido pelo *Rechtsassessor* que tenha obtido a maior nota no “segundo exame estatal” entre aqueles que postularem a vaga.

O rigorismo exigido em todas essas fases e a enorme dificuldade de superar os dois exames faz com que um aluno médio, do início ao final do curso, leve no mínimo oito anos até estar formalmente apto para o exercício de uma profissão jurídica.

Por outro lado, notas altas no segundo exame garantem àquele que as obteve a possibilidade de uma quase livre escolha em qualquer carreira jurídica que optar, além do que tende a ser assediado por grandes escritórios de advocacia. O maior grau possível de se obter (“muito bom”) é bastante raro. No ano de 2010, por exemplo, apenas 3 candidatos, dos mais de 10 mil que prestaram o exame em toda a Alemanha, obtiveram essa graduação.

Resultado desse peculiar sistema de formação acadêmica do jurista alemão é que “a Alemanha conhece o jurista unitário que está qualificado para todas as carreiras jurídicas. [...] Na Alemanha, o juiz é mais um servidor público especial (com mais independência e melhor remuneração) e o cargo mais prestigioso é o de professor universitário”<sup>65</sup>.

Comparando o judiciário alemão com outros judiciários europeus, o comparatista John Bell, Professor em Cambridge, assim se manifestou sobre a relação entre juízes e professores alemães:

Tradicionalmente o professor tem sido o mais influente membro da comunidade jurídica. Antes da codificação, o parecer de um professor era frequentemente solicitado para a resolução de litígios. O professor frequentemente atuava também como juiz *part-time*. Quando de reformas legislativas, professores eram

---

<sup>65</sup> ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 34. Acrescenta a ilustre professora, que “alcançando uma cátedra pela primeira vez, o jovem professor tem posição vitalícia, independência e renda bem razoável. [...] se o professor for bom, terá possibilidades múltiplas de melhorar sua posição. Receberá chamadas de outras faculdades que lhe abrem o caminho de negociação (com a nova faculdade) ou renegociação (com a própria faculdade) da sua posição, abrangendo remuneração, assistentes, secretária, bolsas, salas e orçamentos próprios para livros” (op. cit., p. 36). Sobre a figura do juiz, refere que “quem tirou nota boa nos exames estatais pode diretamente candidatar-se para uma vaga no judiciário. A nomeação dos juízes é feita pelo governo, mas participam na escolha dos candidatos o próprio judiciário, representado pelos presidentes respectivos e uma comissão – *Richterwahlausschuss* – à qual pertencem juízes e parlamentares. É raro que um advogado torne-se juiz; se ele for realmente muito bom, ganha muito bem e não terá interesse em ser juiz; se ele não for bom, o Estado não terá interesse nele” (op. loc. cit.).



chamados para integrar comissões elaboradoras de uma nova legislação. Na realidade, isso ainda hoje acontece. A reforma do Código Civil em 2000 foi liderada por professores, e não por juízes. Os juízes alemães são altamente influenciados por trabalhos acadêmicos e pela dogmática jurídica. [...] O espírito acadêmico permeia as decisões de todos os níveis jurisdicionais. Isso mostra quão verdadeiramente a cultura jurídica alemã é uma cultura de técnicos (*expert culture*). Os julgamentos alemães, ainda que mais longos do que os franceses, exigem comentários e sistematização, e essa é a função do doutrinador.<sup>66</sup>

### 3 INSTITUTOS JURÍDICOS ALEMÃES AUTÓCTONES OU CARACTERÍSTICOS

A ciência jurídica alemã, como decorrência natural daquelas características do modelo de raciocínio antes referidas (conceitualismo, dogmaticidade e sistematicidade), produziu diversos institutos jurídicos autóctones, em diversas áreas do conhecimento jurídico (Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal, entre outras), muitos dos quais legaram ao resto do mundo

Zweigert e Kötz, por exemplo, citam os seguintes institutos: cláusula geral, negócio jurídico, contratos reais, responsabilidade por culpa *in contrahendo*, quebra da base contratual, enriquecimento sem causa e registro fundiário<sup>67</sup>. Poderíamos acrescentar categorias, institutos ou temas *made in Germany*: a ideia de uma parte geral no Código Civil, a boa-fé objetiva, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*), interpretação conforme a Constituição.

Poder-se-ia citar como tipicamente alemães, também, algumas contribuições à teoria geral do Direito, como aquelas referentes à noção de “suporte fático” (*Tatbestand*), de validade das normas e da natureza jurídica de diversos institutos, entre os quais o de direito subjetivo e o de posse.

<sup>66</sup> BELL, John. *Judiciaries within Europe - A Comparative Review*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 149.

<sup>67</sup> Zweigert e Kötz, op. cit., p. 89.

## 4 ESTRUTURA POLÍTICO-JURÍDICA DO ESTADO ALEMÃO E AS FONTES DO DIREITO

Antes de analisarmos as fontes do Direito propriamente ditas, vamos primeiramente contextualizar tal tema dentro da estrutura do Estado alemão contemporâneo, destacando aspectos da organização judiciária.

É o que passamos a fazer de imediato.

### 4.1 O ESTADO ALEMÃO E A ORGANIZAÇÃO DOS PODERES

O sistema político alemão é definido pela Lei Fundamental (*Grundgesetz* – GG), de 1949, documento que possui *status* constitucional, ainda que não seja formalmente uma Constituição (*Verfassung*). A Lei Fundamental, composta de um preâmbulo e quatorze títulos<sup>68</sup>, foi elaborada quando a Alemanha já estava dividida, prevendo-se que uma verdadeira Constituição fosse promulgada após a reunificação. Todavia, mesmo após a reunificação, em 1990, a Lei Fundamental permanece em vigor até hoje, com apenas algumas emendas, valendo como verdadeira Constituição.

A República Federal da Alemanha, nos termos da Lei Fundamental, é um “Estado federal, democrático e social” (art. 20, § 1º). Segundo Michel Fromont, a Federação caracterizar-se-ia pela atribuição da quase totalidade do Poder Legislativo à Federação e pela atribuição da quase-totalidade das competências administrativas aos Estados federados (*Länder*)<sup>69</sup>. Trata-se, parece-nos, de uma verdade parcial. Em comparação com o nosso sistema, vê-se que a competência

<sup>68</sup> Os títulos são os seguintes: I – Os direitos fundamentais (*Die Grundrechte*); II – A Federação e os Estados (*Der Bund und die Länder*); III – O Parlamento Federal (*Der Bundestag*); IV – O Conselho Federal (*Der Bundesrat*); IV-a) Comissão Conjunta (*Gemeinsamer Ausschuss*); V – O Presidente Federal (*Der Bundespräsident*); VI – O Governo Federal (*Die Bundesregierung*); VII – A Legislação da Federação (*Die Gesetzgebung des Bundes*); VIII – A execução das leis federais e a administração federal (*Die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung*); VIII-a) Tarefas comuns, cooperação administrativa (*Gemeinschaftsaufgaben, Verwaltungszusammenarbeit*); IX – O Poder Judiciário (*Die Rechtsprechung*); X – O sistema financeiro (*Das Finanzwesen*); X-a) Estado de defesa (*Verteidigungsfall*); XI – Disposições transitórias e finais (*Übergangs- und Schlussbestimmungen*). Para o presente trabalho, utilizamos a Lei Fundamental em sua versão original (Alemanha. *Grundgesetz* (23-05-1949). *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Bonn am Rhein: Deutscher Bundestag, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/index.html>>. Acesso em: 13 out. 2012) e em uma versão traduzida (Alemanha. Lei Fundamental (23.05.1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Bonn am Rhein: Bundestag, jan. 2011. Traduzida por Assis Mendonça. Revisão da tradução por Urbano Carvelli. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01\\_Willkommen/Constituicao\\_Hino\\_Bandeira/Constituicao\\_Seite.html](http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01_Willkommen/Constituicao_Hino_Bandeira/Constituicao_Seite.html)>. Acesso em: 13 out. 2012).

<sup>69</sup> Fromont, op. cit., p. 16.

concorrente entre União e Estados<sup>70</sup> não é diminuta, podendo o Estado legislar, por exemplo, em matéria de direito civil, do trabalho, penal e, mesmo, sobre responsabilidade do Estado<sup>71</sup>. Porém, como o “direito federal tem prioridade sobre o direito estadual” (art. 31 da GG), e como o exercício da competência dos Estados é limitado pelo da Federação (art. 72, § 1º, da GG), na prática, a Federação acaba exercendo um domínio muito grande sobre o direito legislado.

Organizada na forma de uma democracia parlamentar, seus cidadãos elegem, por meio de voto “universal, direto, livre, igual e secreto” (art. 38, § 1º, da GG), um Parlamento Federal (*Bundestag*) a cada quatro anos e os Parلامentos Regionais (*Landtag*) a cada quatro ou cinco anos. Os Estados participam da legislação e da administração da Federação por meio do Conselho Federal (*Bundesrat*), composto por membros do governo dos Estados – entre três e seis, de acordo com o número de habitantes (arts. 50 e 51 da GG). Há, ainda, a previsão de uma Comissão Conjunta (*Gemeinsamer Ausschuss*), composta por deputados do Parlamento (dois terços de sua composição) e por membros do Conselho Federal (o terço restante), e de uma Assembleia Federal (*Bundesversammlung*), responsável pela eleição do Presidente da República (*Bundespräsident*) para exercício de um mandato de cinco anos (arts. 53 e 54 da GG). O Presidente da República possui função representativa de Chefe de Estado. Cabe ao Parlamento Federal a eleição do Chanceler Federal (*Bundeskanzler*), o qual, conforme o art. 65 da GG, “determina as diretrizes da política e assume a responsabilidade por elas” e conduz os “assuntos governamentais”, exercendo, portanto, função típica de Chefe de Governo, cessando o seu mandato com a constituição de novo Parlamento Federal.

O Poder Judiciário alemão, um dos três poderes constitucionais, é composto pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* – BverG), por Tribunais Federais e Estaduais (art. 92 da GG). Esse poder é confiado a juízes, os quais, segundo a Lei dos Juízes Alemães, podem ser vitalícios (*Richter auf Lebenszeit*), por prazo determinado (*auf Zeit*), em estágio probatório (*auf Probe*) e magistrados instrutores (*kraft Auftrags*)<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Não há previsão de competência exclusiva de legislação aos Estados, tendo-se apenas uma listagem de competências exclusivas da Federação (art. 73, § 1º, da GG) e de competências concorrentes entre União e Estados (art. 74, § 1º, da GG).

<sup>71</sup> Esta última competência deve ser exercitada com aprovação do Conselho Federal (art. 74, § 2º, da GG).

<sup>72</sup> CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 16.

Traço peculiar do sistema alemão é a forma de recrutamento dos juízes. Não há concurso, nem eleição. Como visto, após completar o curso de Direito, os alunos que atingiram as melhores notas podem submeter seus nomes para uma nomeação para a carreira de juiz estadual. De acordo com o art. 98 da Constituição alemã, o Secretário (lá chamado de Ministro) da Justiça de cada Estado (*Land*), ou, então, conforme a legislação estadual prever, uma Comissão Especial, composta por juízes, advogados e parlamentares, fará a nomeação. Após um breve estágio na Academia Judicial, sediada em Trier, o magistrado assumirá suas funções. Para a nomeação a cargos nas Cortes federais (que constituem a terceira instância do sistema judiciário), a nomeação é feita pelo Ministro Federal da Justiça, mediante prévio parecer de uma Comissão composta metade por membros indicados pelo *Bundestag* e a outra metade de representantes de juízes e advogados<sup>73</sup>.

A jurisdição, conforme o art. 95 da GG, é dividida em cinco eixos: **Jurisdição Comum** (*ordenlichen Gerichtsbarkeit*), que compreende as justiças civil e penal; **Jurisdição Administrativa** (*Verwaltungs-gerichtsbarkeit*); **Jurisdição Financeira** (*Finanz-gerichtsbarkeit*); **Jurisdição do Trabalho** (*Arbeits-gerichtsbarkeit*); e **Jurisdição da Previdência Social** (*Sozialgerichtsbarkeit*).

Como regra, os ramos jurisdicionais são compostos por três graus de jurisdição, dos quais os dois primeiros, inclusive a instância de apelação (*Berufungsinstanz*), são estaduais e apenas o terceiro grau de jurisdição (*Revisionsinstanz*) é federal<sup>74</sup>. Fogem à regra a Jurisdição Comum, que possui duas instâncias de apelação, e a Jurisdição Financeira, que possui apenas a instância revisora. Apenas os juízos locais (*Amtsgerichte*) decidem monocraticamente – o que, historicamente, era uma exceção, mas passou a ser a regra geral desde a reforma de 2002 –, os demais decidindo em órgãos colegiados, na maioria das vezes com três membros<sup>75</sup>.

De uma forma mais articulada, a **Jurisdição Comum** possui, na primeira instância, duas Cortes de justiça – os *Amtsgericht* (existem cerca de 700 desses juizados espalhados pela Alemanha. São integrados por juízes que julgam monocraticamente questões cíveis de até 5.000 euros, e questões penais

<sup>73</sup> CHIMENTI, Carlo. *Noi e gli altri* – Compendio di diritto Costituzionale italiano e di elementi comparativi. Sintesi de ordinamenti stranieri. Parte I – Gran Bretagna, Stati Uniti, Germania. 2. ed. Torino: Giappichelli, v. II, 2001. p. 114.

<sup>74</sup> Com a reforma do Código de Processo Civil de 2001/2002, as cortes de revisão passaram a desempenhar papel similar às cortes de cassação.

<sup>75</sup> Corrêa, op. cit., p. 17.

menos graves, sendo que de algumas dessas decisões não cabe recurso) e os *Landgericht* (são em número de 120 e possuem competência residual – são competentes para as causas comuns que não sejam da competência privativa dos *Amtsgericht*. Historicamente julgavam de forma colegiada – três juízes –, mas recentemente várias leis previram a possibilidade de, em casos variados, apenas um juiz apreciar o caso. Além de sua competência de primeiro grau, os *Landgericht* também julgam recursos de decisões oriundas dos *Amtsgericht*). Das decisões dos *Landgericht*, quando atuam em primeiro grau de jurisdição, cabe apelação (*Berufung*) para a *Oberlandesgericht*, uma espécie de Tribunal de Justiça – existe um em cada Estado-membro. Em determinados casos, cabe recurso das decisões dos *Oberlandesgericht* para o *Bundesgerichtshof* (BGH – órgão de cúpula da justiça comum ou ordinária, equivalente, grosso modo, ao nosso Superior Tribunal de Justiça), sediado em Karlsruhe. Esse Tribunal só examina casos em que haja um princípio jurídico envolvido ou se a decisão do *Oberlandesgericht* difere de uma prévia decisão do *Bundesgerichtshof*. Trata-se de um grande Tribunal, dividido em 12 câmaras (*senaten*) com competência civil em geral e 8 com competência especializada, inclusive penal.

Na jurisdição administrativa, tudo começa com uma “reclamação” (*Widerspruchsverfahren*) a um comitê, que abre ao ente público a oportunidade de resolver a questão. Não havendo solução satisfatória, a primeira instância administrativa é composta por cerca de 50 *Verwaltungsgericht*, compostos normalmente por três juízes togados, assistidos por dois juízes leigos. Das decisões dessas Cortes cabe apelação (*Berufung*) para um dos 16 *Oberverwaltungsgericht* ou *Verwaltungsgerichtshof*, localizados um em cada Estado-membro. Esse “Tribunal de justiça administrativo” é dividido em câmaras integradas por 3 juízes (embora alguns Estados prevejam a participação também de 2 juízes leigos por Câmara). E o último grau de jurisdição administrativa reside no *Bundesverwaltungsgericht*, com sede em Leipzig. As turmas, aqui, são compostas por 5 magistrados.

Na área laboral, o primeiro grau de jurisdição é formado pelo *Arbeitsgericht*, presidido por um juiz togado assistido por dois juízes leigos, indicados pelos sindicatos trabalhistas e patronais. Existem cerca de 120 desses Tribunais. De suas decisões pode-se apelar para a *Landesarbeitsgericht* do Estado-membro, que se divide em câmaras compostas por um juiz togado, assistido por 2 ou 4 juízes leigos (dependendo da matéria em discussão). E o último grau de jurisdição trabalhista é exercido pelo *Bundesarbeitsgericht*, sediado em Erfurt.

Também aqui as câmaras são mistas, atuando três juízes togados assistidos por dois juízes leigos.

Em matéria de benefícios previdenciários, a jurisdição social inicia com o juizado social – *Sozialgericht* –, em número de setenta, em que um juiz togado é assistido por dois juízes leigos (indicados um pelos previdenciários e outro pelos órgãos estatais de previdência social). De suas decisões cabe recurso para a *Landessozialgericht*, dividida em câmaras onde atuam três juízes togados, assistidos por dois juízes leigos. O último grau de jurisdição social é o *Bundessozialgericht*, com sede em Kassel. Possui 12 “divisões”, integradas por três juízes togados, assistidos por dois leigos<sup>76</sup>.

Já a *Finanz-gerichtsbarkeit* (Jurisdição Financeira) é competente para resolver conflitos surgidos em relação a tributos em geral. É a única jurisdição que possui apenas dois graus de jurisdição: os Tribunais de finanças estaduais (*Finanzgerichte*) e a Corte Federal de Finanças (*Bundesfinanzhof* – *BFH*), sediada em Munique. Os Tribunais financeiros são divididos em câmaras julgadoras, compostas por três juízes profissionais e por dois juízes leigos. Já a Corte Federal de Finanças é composta por 11 câmaras, integradas por cinco juízes profissionais. Ela é competente para rever, mediante recurso, as decisões dos Tribunais estaduais (somente quanto a questões de direito), quando estiver envolvida a legislação federal e em casos excepcionais, questões de direito estadual<sup>77</sup>.

Em matéria constitucional, todas essas instâncias estão subordinadas ao Tribunal Constitucional Federal. Considera-se que o *status* do Tribunal Constitucional é idêntico aos das mais altas instituições dos demais Poderes – isso é, do Parlamento Federal, do Conselho Federal, da Presidência da República e do Governo Federal –, sendo composto por 16 juízes, com mandato não renovável de 12 anos<sup>78</sup>, os quais dividem-se em duas Turmas (*Senats*). Seus membros são eleitos, em partes iguais, pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, não precisando ser juízes de carreira, porém não podendo ter vinculação político-partidária (art. 94, § 1º, da GG). O Tribunal exerce grande influência não apenas no cenário jurídico, mas também no político, sendo costume do Poder Legislativo orientar-se por sua jurisprudência e acatar suas decisões sobre inconstitucionalidade das leis.

<sup>76</sup> As informações sobre a estrutura da justiça alemã foram extraídas da obra de YOUNGS, Raymond. *English, French & German Comparative Law*. 2. ed. New York: Routledge-Cavendish, 2007. p. 91 a 109.

<sup>77</sup> Segundo CARPANO, Eric; MAZUYER, Emmanuelle. *Les grands systèmes juridiques étrangers*. Paris: Gualino Éditeur, 2009. p. 57.

<sup>78</sup> Idem, p. 18-9.

É digno de nota que “a Alemanha detém o primeiro lugar, em termos absolutos e em termos relativos, na quantidade de juízes profissionais e na proporção de juízes para cada cidadão [...] o que representa um juiz para cerca de 4.000 cidadãos”<sup>79</sup>.

O controle de constitucionalidade das leis na Alemanha, desde a promulgação da Lei Fundamental, em 23 de maio de 1949, dá-se de modo concentrado, exercido *a posteriori* pelo Poder Judiciário. Em seu art. 100, a Lei Fundamental dispõe sobre este controle, prescrevendo que cabe ao juízo, ao entender inconstitucional uma lei de cuja validade dependa sua decisão, suspender o processo e submeter a controvérsia constitucional ao Tribunal Estadual competente, no caso de violação da Constituição de um Estado, e ao Tribunal Constitucional Federal, no caso da violação da Lei Fundamental (por legislação federal ou estadual) ou também nos casos de incompatibilidade entre lei federal e lei estadual.

É de se notar que nem sempre há necessidade da parte se fazer representar em juízo por advogado legalmente constituído. Tal não é necessário nas seguintes instâncias: nos litígios que tramitem junto ao *Amtsgericht* (salvo os casos envolvendo divórcio e menores); nas primeiras duas instâncias da justiça do trabalho (*Arbeitsgericht* e *Landesarbeitsgericht*, embora nessa última seja necessária assistência de, no mínimo, do sindicato); junto ao *Finanzgerichte* (primeira instância da justiça financeira; junto ao *Bundesfinanzhof* exige-se a assistência de, no mínimo, um consultor financeiro, que não precisa ser advogado); nas duas instâncias iniciais da justiça administrativa (*Verwaltungsgericht* e *Oberverwaltungsgericht*. Somente perante o último grau da jurisdição administrativa, o *Bundesverwaltungsgericht*, é que se exige a assistência ou de um advogado, ou de um professor universitário – VwGO § 67). Por último, em nenhuma das instâncias da justiça social (previdenciária) é necessária a representação por advogado<sup>80</sup>.

## 4.2 AS FONTES DO DIREITO ALEMÃO

A Lei Fundamental está no topo da hierarquia nas fontes de Direito alemãs, seguindo-se a ela a lei ordinária, e, após, o costume.

<sup>79</sup> CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010. p. 19.

<sup>80</sup> Segundo informação colhida na excelente obra de FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2003. p. 110/111.

A consideração da jurisprudência como fonte de direito passou por uma evolução. Primeiro, não se a considerava fonte imediata. Depois, passou a valer como precedente persuasivo, quando uniformizada. Por fim, ganhou força de “costume jurisprudencial”. A jurisprudência, de qualquer sorte, sempre exerceu um importante papel na interpretação e integração dos conceitos indeterminados presentes nas leis, especialmente no BGB. Qualquer que seja a discussão sobre sua caracterização como verdadeira fonte do Direito, não há dúvida que a jurisprudência, na Alemanha de hoje, como em qualquer outro país ocidental, exerce um papel relevantíssimo, especialmente com relação às decisões das Cortes superiores, que naturalmente exercem um papel de guia para os operadores jurídicos, operadores econômicos e agentes estatais<sup>81</sup>.

Quanto à doutrina, a dúvida que paira sobre sua qualidade de fonte no Direito alemão existe apenas como parte de uma dúvida em geral sobre a possibilidade de se considerar a doutrina como fonte de Direito<sup>82</sup>. Não há – nem nunca poderá haver – dúvidas acerca da importância da doutrina no Direito alemão, uma vez que essa, chamada “Direito científico” por Savigny, construiu as próprias bases deste Direito, principalmente por meio da pandectística.

Além de sua importância histórica, a doutrina exerce, ainda, um importante papel no cenário jurídico atual, relacionando-se fortemente com a jurisprudência, tanto em razão de os julgados a conhecerem e a citarem, como em razão de os julgados serem comumente comentados pelos doutrinadores<sup>83</sup>, na forma conhecida como *Kommentar*<sup>84</sup>. Não é à toa que se costuma dizer que o Direito alemão é um direito dos professores – *Professorenrecht*.

<sup>81</sup> Explicando porque observar a jurisprudência consolidada é um dever, Zippelius refere que “interpretações e preenchimento de lacunas, uma vez escolhidos pelas cortes, atingem um determinado caráter obrigatório; e isso em razão dos princípios do *igual tratamento* (isonomia) e *certeza legal*. [...] Uma vez que uma interpretação ou preenchimento de lacuna foi escolhido, e é justificado dentro das latitudes permitidas hermeneuticamente, ele não pode ser abandonado sem uma boa razão. [...] É importante salientar que o afastamento de uma decisão anterior exige justificação” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Introduction to German Legal Methods*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2008. p. 110/111).

<sup>82</sup> Sobre o tema da doutrina como fonte de direito, vide: REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 176.

<sup>83</sup> Como afirma Pier Monateri: “*Dottrina e giurisprudenza in Germania riescono a vivere in simbiosi; se la prima divulga i risultati dela seconda sai nelle opere letteraria che nell’insegnamento, i giudici tedeschi citano la dottrina nelle loro sentenze, indicando quanto meno un sentimento di necessità di riferimento dela decisione al quadro di pensiero elaborato dalla dottrina*” (Monateri, op. cit., p. 117).

<sup>84</sup> O primeiro *Kommentar* (Comentários) a ser lançado foi o de Staudinger. Julius Von Staudinger era Presidente de Seção da Corte de Apelações de Munique. Em 1898, dois anos após a publicação do BGB e dois anos antes de sua entrada em vigor (1.1.1900), iniciou a publicação de seus célebres comentários,



Na síntese de R. Legeais<sup>85</sup>, por ocasião de qualquer debate jurídico faz-se constante referência aos autores acadêmicos, cujas opiniões são também frequentemente citadas em decisões judiciais. Se a doutrina não é propriamente uma fonte do direito, certamente é uma relevante autoridade, uma vez que a doutrina contribui para a síntese jurídica, faz críticas, denuncia lacunas e fornece subsídios para a elaboração legislativa.

Na observação de outros juristas,

a rica (e por vezes hermética) doutrina alemã é, sem dúvida mais do que em qualquer outro sistema romanista, uma autoridade que serve de guia para o legislador e para a jurisprudência. Os juízes não hesitam em se apoiar sobre trabalhos doutrinários em suas decisões. Os tribunais são muito ligados à *opinio juris* e dele somente excepcionalmente se afastam.<sup>86</sup>

Não se pode, porém, falar sobre fontes do Direito na Alemanha sem referir a importância fundamental do direito internacional e do Direito europeu. Quanto ao direito internacional, a Alemanha adota o regime dualista, exigindo uma lei de aprovação e incorporação dos tratados e convenções internacionais ao direito interno. Uma vez incorporado ao direito interno, os compromissos internacionais passam a ter certa primazia sobre o direito interno, caso não haja possibilidade de uma interpretação compatibilizadora. Isso se deve ao “princípio da fidelidade da lei fundamental ao direito internacional público”, extraída pela jurisprudência dos arts. 23 a 26 da Lei Fundamental.

---

para cuja redação contou com a ajuda de sete colaboradores. A primeira edição era composta de seis volumes, num total de 3.600 páginas. O sucesso foi enorme, tanto que em 1904 a segunda edição já fora acrescida de mais dois volumes e de mais de 2.000 páginas. As edições, sempre atualizadas, sucederam-se desde então e ainda hoje o *Staudinger* é obra referencial em matéria de direito civil na Alemanha. Atualmente a obra se espalha por 25 grossos volumes. Segundo Patti, os comentários são obras destinadas a consultas, renunciando a qualquer construção sistemática em desconformidade com aquela decorrente da própria lei, tendendo a uma exposição objetiva da matéria, apontando aquilo que é conhecido e aceito e deixando na sombra a opinião pessoal do autor. Os comentários de Staudinger preenchem precisamente esse modelo, de grande apelo prático, razão de seu sucesso. Nesse sentido, Salvatore Patti, no ensaio denominado “*I cento anni dello ‘Staudinger’*” (In: *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*. Bari: Laterza, 1999. p. 85/86).

<sup>85</sup> LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains*. Approche comparative. Paris: Lexis Nexis, 2008. p. 69.

<sup>86</sup> CARPANO, Eric; MAZUYER, Emmanuelle. *Les grands systèmes juridiques étrangers*. Paris: Gualino Éditeur, 2009. p. 47.

No que se refere ao Direito europeu, a Alemanha aderiu e observa a Convenção Europeia dos Direitos do Homem - CEDH, tendo a Corte Constitucional alemã afirmado que os direitos fundamentais da Lei Fundamental devem ser interpretados em conformidade com a CEDH e com a jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem (BVerfGE 74, 358 (370)). Integrando a Alemanha a União Europeia, da qual é o membro mais relevante e influente, necessariamente está submetida à legislação emanada pelos órgãos supranacionais europeus, abandonando, nesse aspecto, o regime do dualismo. Tais normas têm primazia sobre o direito interno, o que é uma característica essencial do direito da União Europeia.

## 5 OS FATORES IDEOLÓGICOS NO DIREITO ALEMÃO

Atualmente, deve-se considerar que a “ideologia” presente no Direito alemão comunga com a ideologia de fundo presente nos demais países europeus continentais: economia de mercado, democracia liberal e cristianismo.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito alemão fascina. Em cada um dos fatores determinantes de um modelo jurídico (especialmente sua origem histórica, modo de pensar dos seus juristas, institutos jurídicos característicos, fontes de direito e sua interpretação) deixaram os alemães marcas profundas, fazendo de seu sistema jurídico um dos grandes sistemas-tronco do direito contemporâneo, do qual muitos outros vieram a beber, em maiores ou menores doses.

Mais importante do que a intensidade da circulação do modelo jurídico alemão<sup>87</sup>, todavia, são os modos da circulação. Se é possível falar em dois modos de circulação (um coativo, que decorre em virtude de expansão territorial e da colonização; outro de recepção voluntária, que decorre do prestígio do sistema jurídico), pode-se dizer que a circulação do modelo alemão foi, sobremaneira, voluntária, fruto do prestígio granjeado pelo trabalho profundo e de elevadíssimo nível realizado por alguns dos maiores pensadores que o Direito conheceu.

### REFERÊNCIAS

BART, Jean. *Histoire du Droit*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2002.

---

<sup>87</sup> Segundo Paolo Gallo, a circulação do modelo alemão na Europa compara-se, apenas, à circulação do modelo francês (Gallo, op. cit., p. 172).

- BELL, John. *Judiciaries within Europe – A Comparative Review*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- CALASSO, Francesco. *Medioevo del Diritto*. Le fonti. Milano: Giuffrè, v. I, 1954.
- CANNATA, Carlo Augusto. *Linneamenti di storia della giurisprudenza europea*. II – Dal medioevo all’epoca contemporanea. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1976.
- CARPANO, Eric; MAZUYER, Emmanuelle. *Les grands systèmes juridiques étrangers*. Paris: Gualino Éditeur, 2009.
- CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa – Le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982.
- CHIMENTI, Carlo. *Noi e gli altri – Compendio di diritto Costituzionale italiano e di elementi comparativi*. Sintesi de ordinamenti stranieri. Parte I – Gran Bretagna, Stati Uniti, Germania. 2. ed. Torino: Giappichelli, v. II, 2001.
- CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito Processual Civil alemão. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex, 2010.
- CUNIBERTI, Gilles. *Grands Systèmes de Droit Contemporains*. Paris: LGDJ, 2007.
- DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2003.
- FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1998.
- GALLO, Paolo. *Introduzione al Diritto Comparato*. Grandi Sistemi Giuridici. 2. ed. Torino: Giappichelli Editore, v. I, 2001.
- GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. *De droit de l’occident et d’ailleurs*. Paris: LGDJ, 2011.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo G.; PICKER, Colin B. *Comparative Legal Traditions*. St. Paul/MN: Thompson West, 2008.
- KELLY, John M. *A Short History of Western Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 1992.
- LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains*. Approche comparative. Paris: Lexis Nexis, 2008.

MARINI, Giuliani. *A.F.J. Thibaut – F.C. Savigny – La polemica sulla codificazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

MATTEI, Ugo; MONATERI, Pier Giuseppe. *Introduzione Breve al Diritto Comparato*. Verona: Casa Editrice, 1997.

MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Il Modello di Civil Law*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Il diritto nella storia d'Europa – Il medioevo*. Parte prima. Padova: Cedam, 1995.

\_\_\_\_\_. *Storia del diritto in Europa – Dal Medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2009.

PATTI, Salvatore. I cento anni dello “Staudinger”. In: *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*. Bari: Laterza, 1999.

RANIERI, Filippo. A evolução do recurso ao Tribunal da Câmara Imperial durante os séculos XV a XVII. A “jurisdicionalização” dos conflitos na sociedade moderna. In: HESPANHA, Antonio (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

RAVA, Tito. *Introduzione al diritto della civiltà europea*. Padova: Cedam, 1982.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHIPANI, Sandro. *La codificazione del diritto romano comune*. Torino: Giappichelli, 1996.

SCOVAZZI, Marco. *Le origini del Diritto Germânico – Fonti, Preistoria, Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1957.

STEIN, Peter G. *Il diritto romano nella storia europea*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 1996.

TARELLO, Giovanni. *Cultura giuridica e política del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988.

\_\_\_\_\_. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

VAN CAENEGEM, Raoul C. *Introduzione storica al diritto privato*. Bologna: Il Mulino, 1995.

VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*. Texto e materiali per un confronto civil law common law. Torino: Giappichelli, v. I, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WITZ, Claude. *Le Droit Allemand*. Paris: Dalloz, 2001.

YOUNGS, Raymond. *English, French & German Comparative Law*. 2. ed. New York: Routledge-Cavendish, 2007.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Introduction to German Legal Methods*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2008.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato*. Principi fondamentali. Milano: Giuffrè Editore, v. I, 1998.

