

REVISTA DA  
FACULDADE DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

---

LISBON LAW REVIEW



ANO LXIV

2023

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade Semestral  
Vol. LXIV (2023) 2

LISBON LAW REVIEW

---

#### COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)  
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)  
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)  
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)  
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)  
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)  
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)  
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)  
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)  
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)  
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

---

#### DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

---

#### COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira  
Catarina Monteiro Pires  
Rui Tavares Lanceiro  
Francisco Rodrigues Rocha

---

#### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

---

#### PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

#### EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

---

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Fevereiro, 2024

- **M. Januário da Costa Gomes**  
11-21 Editorial

## ESTUDOS DE ABERTURA

- **Christian Baldus**  
25-38 Tudo podemos... ou: pão integral antes do bolo! Internacionalização da formação jurídica entre política e prática  
*Wir können alles... oder: Schwarzbrot vor Kuchen! Internationalisierung der Juristenausbildung zwischen Politik und Praxis*

- **Jean-Louis Halpérin**  
39-60 O direito e as suas histórias  
*Law and its Histories*

## ESTUDOS DOUTRINAIS

- **Alfredo Calderale**  
63-118 Carta della foresta e mutamenti economico-sociali in Inghilterra dal XV al XX secolo  
*The Forest Charter and Socio-economical Changes in England from the XV<sup>th</sup> to the XX<sup>th</sup> Century*

- **André Mendes Barata**  
119-167 O Sistema Europeu de Garantia de Depósitos: perspectivas para a construção do terceiro pilar da União Bancária  
*The European Deposit Insurance Scheme: perspectives for the construction of the third pillar of the Banking Union*

- **Aquilino Paulo Antunes**  
169-190 Falhas de abastecimento de medicamentos  
*Medicines shortages*

- **Carlos de Oliveira Coelho**  
191-238 Em torno de duas leituras da *lex sane si maris*. Sobre as visões de Grotius e de Serafim de Freitas a respeito da liberdade dos mares  
*On two readings related to the lex sane si maris. About the views of Grotius and Serafim de Freitas regarding the freedom of the seas*

- 
- Carlos Sardinha**  
239-254 Introdução ao estudo da História da Ciência do Direito Privado na Europa: Alemanha  
*Introduction to the Study of the History of the Science of Private Law in Europe: Germany*
- 
- Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais**  
255-300 Inventory Proceeding according to the *Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Act 2012*: still portuguese law?  
*O processo de inventário de acordo com o Goa Succession, Special Notaries and Inventory Proceeding Act 2012: ainda direito português?*
- 
- Daniele Coduti**  
301-333 La legge ex art. 116, co. 3, della Costituzione italiana: punto fermo od ostacolo per l'attuazione del regionalismo differenziato?  
*A lei nos termos do art. 116, par. 3º, da Constituição italiana: ponto fixo ou obstáculo para a implementação do regionalismo diferenciado?*
- 
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**  
335-376 A Constituição Brasileira de 1824 e o fim da *Confederação Brasileira*: efeitos jurídicos da rejeição política de juntar Cabo Verde e Angola ao Brasil  
*The Brazilian Constitution of 1824 and the end of the Brazilian Confederation: legal effects of the political rejection of joining Cape Verde and Angola to Brazil*
- 
- Filipe de Arede Nunes**  
377-398 A guerra como continuação da política de Estado: o confronto dialético entre Direito e Poder  
*War as continuation of State politics: the dialectic confrontation between Law and Power*
- 
- Francesco Astone**  
399-416 Contratto, Interpretazione, Pubblica Amministrazione  
*Contract, Interpretation, Public Administration*
- 
- Francisco Mendes Correia**  
417-466 Responsabilidade e risco nas operações de pagamento não autorizadas  
*Risk and liability for unauthorised payment transactions*

- 
- Francisco Rodrigues Rocha**  
467-517 Limites de indemnização e capital seguro. Os artigos 508.º do CC e 12.º do RSORCA  
*Indemnity Limits and Insured Sum. Articles 508 of the Civil Code and 12 of the Compulsory Motor Vehicle Insurance Law*
- 
- Gabrielle Bezerra Sales Sarlet | Ingo Wolfgang Sarlet**  
519-538 Os desafios da implementação do 5G em um cenário de exclusão digital e de hiperconexão e o Estado Democrático de Direito no Brasil  
*The Challenges of Implementing 5G in a Scenario of Digital Exclusion and Hyperconnectivity and the Democratic Rule of Law in Brazil*
- 
- Giovanni Damele | Inês Pinheiro**  
539-544 Kelsen e a Górgona do poder: uma resposta a Kaufmann  
*Kelsen and the Gorgon of power: a response to Kaufmann*
- 
- Glauto Lisboa Melo Junior**  
545-573 Navegando por padrões obscuros: uma análise crítica da Lei dos Mercados Digitais (DMA) e da Lei dos Serviços Digitais (DSA) para a proteção dos consumidores *on-line*  
*Navigating through dark patterns: a critical analysis of the Digital Market Act (DMA) and Digital Services Act (DSA) in protecting consumers online*
- 
- Inês Ferreira Leite**  
575-599 Fundamento e axiologia de um conceito de ação jurídico-penal (a propósito da definição de “o mesmo crime”)  
*Reasoning and axiology of a universal concept of a legally liable criminal act (about the concept of the “same offense”)*
- 
- João de Oliveira Gerales**  
601-660 Sobre o âmbito e os limites das denominações de origem e das indicações geográficas nas propostas de revisão da regulamentação europeia  
*On the Scope and Limits of Designations of Origin and Geographical Indications on the Proposals for the Revision of European Regulations*
- 
- Jorge Reis Novais**  
661-722 Financiamento de contencioso por terceiros e Constituição  
*The Constitution and third-party litigation funding*

- **José Maria Cortes**  
723-740 Destapar o consultor: os *proxy advisors* e a solução portuguesa  
*Uncovering the advisor: proxy advisors and the Portuguese solution*
- **Luis Satúrio Pires**  
741-766 Sobre a (des)proporcionalidade do regime da revogação por ingratidão  
*About the (dis)proportionality of the ingratitude revocation regime*
- **Manuel Barreto Gaspar**  
767-802 As Idiossincrasias Jus-Administrativas do Estado Novo Português e do Estado  
Fascista Italiano: Breve Jornada pela Evolução Histórica do Direito Administrativo  
e pelo Pensamento Jurídico Marcellista – Parte I  
*The Jus-Administrative of the Portuguese Estado Novo and the Italian Fascist State: Brief  
Journey through the Historical Evolution of Administrative Law and the Marcellista  
Juridical Thought – Part I*
- **Pierluigi Chiassoni**  
803-822 Dos conceptos de discrecionalidad judicial  
*Two concepts of judicial discretion*

## JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

- **João Gomes de Almeida**  
825-835 Uma ou múltiplas residências habituais do(s) cônjuge(s): comentário ao  
Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 25 de novembro de  
2021, *IB contra FA*, proc. C-289/20  
*One or multiple habitual residences of the spouse(s): annotation on the European Court  
of Justice Judgment of 25 November 2021, IB v FA, case C-289/20*

## VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **Adelaide Menezes Leitão**  
839-850 Arguição da tese de doutoramento de José Anchieta da Silva sobre “A posição  
dos Credores e a Recuperação da Empresa”  
*Discussion of the doctoral thesis presented by José Anchieta da Silva on the subject “Creditors’  
position and the recovery of the company”*

---

**José Luís Bonifácio Ramos**  
851-858 Arguição da tese de doutoramento de Geovana Mendes Baía, “Poderes Instrutórios do Juiz e Negócios Processuais em Matéria de Prova”  
*Discussion of the Doctoral Thesis of Geovana Mendes Baía, “Poderes Instrutórios do Juiz e Negócios Processuais em Matéria de Prova”*

---

**Vitalino Canas**  
859-890 Arguição da tese de doutoramento de Jorge Manuel da Silva Sampaio sobre “Ponderação e proporcionalidade. Uma teoria analítica do raciocínio constitucional”  
*Discussion of the PhD exam by Jorge Manuel da Silva Sampaio, on the thesis “Weighting and proportionality. An Analytical Theory of Constitutional Reasoning”*

## LIVROS & REVISTAS

---

**Adelaide Menezes Leitão**  
893-900 Recensão à obra *Krisen des fallimento*, de Johannes Heck

---

**Javier Llobet Rodriguez**  
901-920 Recensão à obra *Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung*, de Kai Ambos

---

**João de Oliveira Geraldes**  
921-938 Recensão à obra *Causa contractus: Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens/Alla ricerca delle condizioni di efficacia della volontà contrattuale/À la recherche des conditions de l'efficacité de la volonté contractuelle*, (org.) Gregor Albers/Francesco Paolo Patti/Dorothee Perrouin-Verbe

---

**Maria José Capelo**  
939-957 Recensão à obra *Manual de Processo Civil*, volume I e II, de João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa

---

**Nuno Andrade Pissarra**  
959-975 Recensão à obra *Römisches Recht*, de Alfred Söllner e Christian Baldus



# Introdução ao estudo da História da Ciência do Direito Privado na Europa: Alemanha

## *Introduction to the Study of the History of the Science of Private Law in Europe: Germany*

---

Carlos Sardinha\*

**Resumo:** É a partir do séc. XVI, na época da recepção, que o *Usus modernus pandectarum* revela com clareza a vocação europeia da Ciência do Direito Privado alemã. Mais tarde, o famoso Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) assentou a sua ciência do Direito Romano, a chamada Pandectística, num estudo amplo e sistemático das fontes deste Direito e da evolução das suas instituições. Durante o período do Nacional-Socialismo (1933-1945), o ataque contra a Ciência do Direito Civil típica da Pandectística é nítido na reforma dos estudos jurídicos que entrou em vigor em 1935. No que respeita à Ciência do Direito Privado na RDA, o chamado ZGB apresenta-se ideologicamente marcado, não é tão longo como o BGB e utiliza uma linguagem mais acessível. Na RFA, podemos observar um contributo jusprivatístico para o desenvolvimento económico e a defesa da liberdade do cidadão frente ao Estado, mesmo quando não está em causa a violação do Direito Constitucional.

**Palavras-chave:** Ciência do Direito Privado; *Usus modernus pandectarum*; Pandectística; BGB; Escola de Kiel; período do Pós-Guerra.

**Abstract:** It's from the 16<sup>th</sup> Century onwards, in the Epoch of the Reception, that the *Usus modernus pandectarum* reveals with clarity the European vocation of the German Science of Private Law. Later, the famous Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) laid his Science of Roman Law, the so-called Pandectism, on a broad and systematic study of the sources of this Law and the evolution of its institutions. During the time of National Socialism (1933-1945), the attack against the Science of Civil Law typical of Pandectism is clear in the reform of legal studies that came into force in 1935. In what concerns the Science of Private Law in the GDR, the so-called ZGB presents itself ideologically marked, is not as long as the BGB and uses more accessible language. In the FRG, we can observe a jusprivatistic contribution to economic development and the defense of the freedom of the citizen against the State, even when there is no violation of Constitutional Law at stake.

**Keywords:** Science of Private Law; *Usus modernus pandectarum*; Pandectism; BGB; Kiel School; Post-War Period.

---

\* Professor da Universidade Católica Portuguesa, Faculty of Law, Católica Research Centre for the Future of Law, Email: csardinha@ucp.pt / ORCID 0000-0001-8957-7137.

**Sumário:** I – Introdução; II – *Usus modernus pandectarum*; III – Escola Histórica do Direito, Pandectística e codificação do Direito Civil na Alemanha; IV – Ciência do Direito Privado na Alemanha durante o Nacional-Socialismo (1933-1945); V – Ciência do Direito Privado na RDA (1949-1990); VI – A Ciência do Direito Privado na RFA.

## I – Introdução<sup>1/2</sup>

Como é sabido, a Ciência do Direito privado alemã exerceu grande influência na História do Direito da Europa, nomeadamente, na História do Direito Português. Basta recordarmo-nos dos novos Estatutos ou Estatutos Pombalinos (1772) da Universidade de Coimbra quando, no contexto da aplicação do Direito Romano como fonte de direito subsidiário de acordo com o disposto na chamada Lei da Boa Razão (Lei de 18 de agosto de 1769), determinam que os professores “Indagarão o *Uso Moderno* das mesmas Leis Romanas entre as sobreditas Nações, que hoje habitam a Europa.”<sup>3</sup>, recebendo-se, assim, em Portugal, a jurisprudência do *Usus*

---

<sup>1</sup> Lista de Abreviaturas: AcP: *Archiv für die civilistische Praxis*; ALR: *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (1794); BFDUC: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; BGB: *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900); EheG: *Ehegesetz* (1938); FGB: *Familiengesetzbuch (DDR)* (1965); GG: *Grundgesetz*, Lei Fundamental, ou seja, a Constituição alemã (1949); NDB-online: *Neue Deutsche Biographie* [Online-Version: *Deutsche Biographie* ([deutsche-biographie.de](http://deutsche-biographie.de))]; RDA: República Democrática Alemã, Alemanha Oriental (em alemão, *DDR, Deutsche Demokratische Republik, Ostdeutschland*); RFA: República Federal da Alemanha, Alemanha Ocidental (em alemão, *BRD, Bundesrepublik Deutschland, Westdeutschland*); Sächsisches BGB: *Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch* (1865); SED: *Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*; ZEuP: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*; ZGB: *Zivilgesetzbuch (DDR)* (1976).

<sup>2</sup> Entendemos que o presente trabalho, constituindo uma Introdução ao estudo da História da Ciência do Direito Privado na Europa, nomeadamente na Alemanha, constitui uma justa homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, que conta, entre as suas publicações, várias obras dedicadas ao Direito Privado: *As relações jurídicas reais*, Lisboa: Livraria Morais Editora, 1962; *A tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa: Editorial Minerva, 1968; *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. I: *Introdução, As Pessoas, Os Bens*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000; *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. II: *Ações e Factos Jurídicos*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003; *Direito Civil, Teoria Geral*, vol. III: *Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002; *Direito Civil, Sucessões*, 5.<sup>a</sup> ed., Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2000; *Direito Civil, Reais*, 5.<sup>a</sup> ed., Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2012. É, ainda, de referir aqui a sua introdução ao Direito: *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.<sup>a</sup> ed. Refundida, 12.<sup>a</sup> Reimpressão da edição de Março/2005, Coimbra: Almedina, 2022.

<sup>3</sup> Cf. *Estatutos da Universidade de Coimbra*, Livro II, Título V, Capítulo III, §§ 6-7. Ver *Estatutos da Universidade de Coimbra (1772)*, II Centenário da Reforma Pombalina, Livro II, Coimbra: Por ordem da Universidade, 1972, p. 434.

*modernus pandectarum*<sup>4</sup>. Também o Código Civil português atualmente em vigor, o Código Civil de 1966, constitui um exemplo da influência da Ciência do Direito Privado alemã em Portugal, nomeadamente, da Pandectística<sup>5</sup>. Justifica-se, por isso, apresentar e sistematizar alguns aspetos da História da Ciência do Direito Privado na Alemanha com o objetivo de facilitar a compreensão da História da Ciência do Direito Privado na Europa de tradição romanística, nomeadamente em Portugal.

## II – *Usus modernus pandectarum*

Com a sua visão histórico-crítica do estudo do Direito Romano, os Humanistas correspondiam a uma minoria de juristas de grande qualidade. Procuravam renovar e enriquecer a jurisprudência, por um lado, recorrendo ao estudo da filologia clássica como forma de superar a cultura jurídica baseada no latim medieval, por outro, dedicando-se à crítica da tradição manuscrita do *Corpus Iuris Civilis*, satisfazendo, assim, as exigências daquilo que podemos designar por visão antropocêntrica própria da conceção humanista que vê no homem moderno um ser sensível à dimensão histórica do conhecimento jurídico<sup>6</sup>. Influenciado pela Itália, o Humanismo jurídico alemão (Zasius<sup>7</sup>, nomeadamente) não deixou de manifestar a sua aversão contra a jurisprudência medieval, o método escolástico e a falta de cultura histórica dos juristas medievais<sup>8</sup>. No entanto, a maioria dos juristas na Alemanha dessa época seguia outra orientação. A Ciência do Direito Privado alemã

---

<sup>4</sup> Cf. N. J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, 7.ª Edição, revista e aumentada, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 471, nota 1; M. J. de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 5.ª ed. revista e actualizada, 7.ª reimpressão, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Coimbra: Almedina, 2021, pp. 412-413; também, M. J. de Almeida Costa / Rui de Figueiredo Marcos, *Reforma Pombalina dos Estudos Jurídicos*. In: Ana Cristina Araújo (Coordenadora), *O Marquês de Pombal e a Universidade*, 2.ª ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra / Coimbra University Press, s/d, pp. 114-115; M. Reis Marques, *Elementos para uma aproximação do estudo do «usus modernus pandectarum» em Portugal*. In: *Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, vol. II, BFDUC, vol. LVIII (1982), p. 813 e segs., nomeadamente, p. 816 e segs..

<sup>5</sup> Cf. M. J. de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 5.ª ed. revista e actualizada, cit., p. 565.

<sup>6</sup> Cf. H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, vol. I: *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985, p. 67 e segs..

<sup>7</sup> Ulrich Zasius (1461-1535).

<sup>8</sup> Cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. unveränderter Nachdruck der 2., neubearb. Auflage von 1967, Göttinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, p. 162.

não podia dispensar o estudo e aplicação do *Ius Commune*, na tradição dogmático-prática dos Comentadores<sup>9</sup>. Desde a receção deste *Ius Commune* na Alemanha a partir do séc. XVI que podemos falar de um Direito Privado misto baseado em parte nas fontes romanas do *Corpus Iuris Civilis*, em parte em fontes alemãs, objeto de uma verdadeira Ciência do Direito Privado que Struve (1619-1692) designou por *Iurisprudentia romano-germanica*<sup>10</sup>.

No Sacro Império Romano, em torno dos tribunais, na vida forense estuda-se o Direito Romano dos Comentadores orientado pelas exigências da prática jurídica. É na Ciência do Direito Comum que se devem buscar as raízes da atual Ciência do Direito Privado alemã assente na Pandectística do séc. XIX. Verifica-se, nessa altura, um afastamento em relação à ideia de *translatio imperii* enquanto fundamento da receção do Direito Romano, da sua validade e aplicação no Sacro Império<sup>11</sup>. Encontramos esta nova visão da receção do Direito Romano, desvinculada da ideia de Império vinda da Idade Média, em Hermann Conring (1606-1681), a quem se deve, por isso mesmo, um novo interesse pelo Direito Alemão e pela sua história<sup>12</sup>.

Neste contexto, verifica-se uma valorização do chamado uso, prática moderna das Pandectas (*Usus modernus pandectarum*), de acordo com o título de uma famosa obra de Samuel Stryk (1640-1710), *Specimen usus moderni Pandectarum*, surgida em finais do séc. XVII, princípios do séc. XVIII (1690-1712)<sup>13</sup>. Na verdade, o estudo histórico-antiquarista do Direito Romano próprio do Humanismo Jurídico distingue-se com clareza do *Usus modernus pandectarum*,

<sup>9</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, Traducción Ramón P. Rodríguez Montero, Madrid / Santiago de Compostela: Fundación Notariado / Andavira Editora, 2022, p. 177; K. Kroeschell / A. Cordes / K. Nehlsen-von Stryk, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. 2: 1250-1650 (UTB 2735), 9., aktualisierte Auflage, Colónia / Weimar / Viena: Böhlau Verlag, 2008, p. 260 e segs..

<sup>10</sup> Cf. Georg Adam Struve, *Iurisprudentia Romano-Germanica forensis* (1670). Ver K. Luig, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, in: „Ius Commune“ 1 (1967), p. 195.

<sup>11</sup> Cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 205-206.

<sup>12</sup> A sua obra *De origine iuris Germanici* (1643) expõe a História do Direito Alemão, começando na época dos Germanos. Veja-se Hermann Conring, *De origine iuris Germanici Commentarius Historicus* (1643). Sobre Hermann Conring, veja-se E. Döhring, “Conring, Hermann”. In: NDB-online 3 (1957), pp. 342-343, in <https://www.deutsche-biographie.de> (23.12.2022).

<sup>13</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., pp. 177-178; também, A. Söllner, *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus*, in: „Ius Commune“ 2 (1969), p. 167. Sobre Samuel Stryk, veja-se T. Repgen, „Stryk, Samuel“, in: NDB-online 25 (2013), pp. 606-608, in *Deutsche Biographie – Stryk, Samuel* (<https://www.deutsche-biographie.de>) (23.12.2022).

pois a jurisprudência humanista não exerceu verdadeiramente influência no mundo dos práticos, embora seja inegável que os Humanistas se ocuparam, também, de questões práticas<sup>14</sup>.

Outro importante representante do *Usus modernus pandectarum*, desta forma de estudar o Direito Romano, de orientação prática, foi Justus Henning Böhmer (1674-1749)<sup>15</sup>, um continuador de Samuel Stryk<sup>16</sup>. Neste contexto, há também que fazer referência ao grande jurista, internacionalmente conhecido, Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741)<sup>17</sup>.

Influenciado pela Escola do Direito Natural, o *Usus modernus pandectarum* (sécs. XVII-XVIII) aproximou-se do Direito Natural<sup>18</sup>. Para Christian Thomasius (1655-1728), representante da Escola do Direito Natural, isto significava estudar o Direito Romano do *Corpus Juris Civilis* tal como se manifestava na prática forense dos tribunais da Alemanha. Por sua vez, de acordo com o grande juracionista Christian Wolff (1679-1754), também ele jurista da Escola do Direito Natural, o Direito Romano não contradiz o Direito Natural.

O *Usus modernus pandectarum* representa, na Alemanha, uma nova vigência do Direito Comum num ambiente onde a jurisprudência humanista, o *Mos gallicus* não conseguira prevalecer sobre o *Mos italicus*, sobre o tradicional Bartolismo. É o que sucedeu, em geral, na Europa, com exceção do Reino da França e da República das Províncias Unidas<sup>19</sup>. De qualquer modo, o referido afastamento da ideia de *translatio imperii* enquanto fundamento da receção do Direito Romano, a valorização da prática no *Usus modernus pandectarum*<sup>20</sup>, vieram reforçar o interesse pela história

---

<sup>14</sup> Cf. A. Söllner, *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus*, cit., pp. 170-171; K. Kroeschell / A. Cordes / K. Nehlsen-von Stryk, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. 2: 1250-1650, cit., pp. 262-264.

<sup>15</sup> Cf. H. Liermann, “Böhmer, Justus Henning”, in: NDB-online 2 (1955), p. 392, in <https://www.deutsche-biographie.de> (23.12.2022).

<sup>16</sup> Veja-se G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., p. 178.

<sup>17</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., p. 178.

<sup>18</sup> Veja-se, por exemplo, N. J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português: Fontes de Direito*, cit., pp. 460-465.

<sup>19</sup> Diferente a situação no Sul dos Países Baixos. Cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 206-207.

<sup>20</sup> Söllner chama a atenção para o facto de, na historiografia jurídica do séc. XIX na Alemanha (cita Stintzing), a expressão *Usus modernus* se aplicar apenas aos práticos posteriores a meados do séc. XVII. Cf. A. Söllner, *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus*, cit., p. 169, nota 1. Sobre Stintzing, veja-se H.-P. Haferkamp, „Stintzing, Roderich von“ in: NDB-online 25 (2013), pp. 358-359, in *Deutsche Biographie – Stintzing, Roderich von (seit 1868)* (<https://www.deutsche-biographie.de>) (23.12.2022).

do Direito Alemão e pelo estudo das instituições do Direito Privado na Alemanha<sup>21</sup>. O *Usus modernus pandectarum* passou, por isso, a integrar muitas instituições do Direito Privado alemão na dogmática do Direito Comum, dando origem a uma dogmática abrangendo a parte romana e alemã de todo o Direito Privado em vigor na Alemanha<sup>22</sup>. Sem o *Usus modernus pandectarum* não é possível explicar a Ciência do Direito Privado da Alemanha dos nossos dias<sup>23</sup>.

Podemos dizer que o *Usus modernus pandectarum* representa o início de uma Ciência do Direito Privado verdadeiramente alemã. Este aspeto manifesta-se, ainda, no facto de, mesmo nos meios do Protestantismo luterano, encontrarmos o ambiente cultural que tradicionalmente enquadrava o estudo do Direito Comum, incluindo o Aristotelismo, essencial ao método aristotélico-escolástico próprio do *Mos italicus*. Mesmo a Canonística, enquanto parte do Direito Comum, foi aceite e recebida na Alemanha luterana, como demonstra a obra do referido Justus Henning Böhmer<sup>24</sup>. Mesmo nos meios protestantes do *Usus modernus pandectarum* se utilizava, por isso, o *Corpus Iuris Canonici* e a Canonística<sup>25</sup>.

Já atrás chamámos a atenção para o facto de o *Usus modernus pandectarum* se ter aproximado do Direito Natural. Importa, agora, sublinhar que, ainda na época do *Usus modernus*, Racionalismo e Iluminismo tornaram possível a ideia de um Direito Racional (*Vernunftrecht*) e, com ela, uma codificação suscetível de substituir o Direito Comum então observado na Alemanha<sup>26</sup>.

Como dissemos anteriormente, a Ciência do Direito Privado na Alemanha do *Usus modernus pandectarum* marcou o início de uma Ciência do Direito verdadeiramente alemã. Por sua vez, inserindo-se na tradição do *Mos italicus*, nomeadamente, dos Glosadores e dos Comentadores, o *Usus modernus pandectarum* revela com clareza a vocação europeia da Ciência do Direito Privado alemã<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> Cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 211-212.

<sup>22</sup> Veja-se, neste contexto, K. Luig, *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*, cit., p. 195 e segs.. Cf. *supra*.

<sup>23</sup> Cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 214.

<sup>24</sup> Cf. A. Söllner, *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus*, cit., p. 169, juntamente com a nota 10. Veja-se, também, S. Buchholz, *Justus Henning Boehmer (1674-1749) und das Kirchenrecht*, in: „Ius Commune“ 18 (1991), p. 41 e segs..

<sup>25</sup> Cf. A. Söllner, *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus*, cit., pp. 169-170. Veja-se, ainda, H. Liermann, *Das Kanonische Recht als Gegenstand des gelehrten Unterrichts an den protestantischen Universitäten Deutschlands in den ersten Jahrhunderten nach der Reformatio*, in: „Studia Gratiana“ 3 (1955), pp. 541-566.

<sup>26</sup> Cf. A. Söllner, *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus*, cit., p. 172.

<sup>27</sup> Cf. A. Söllner, *Zu den Literaturtypen des deutschen Usus modernus*, cit., pp. 172-174.

### III – Escola Histórica do Direito, Pandectística e codificação do Direito Civil na Alemanha

Chegamos, assim, a um momento único da História da Ciência do Direito Privado na Alemanha. A partir de finais do séc. XVIII são lançadas as bases da Escola Histórica do Direito e da Pandectística<sup>28</sup>. Tal como a expressão indica, a Escola Histórica parte de uma visão histórica do Direito Romano. Refira-se, a este propósito, a obra de Gustav Hugo (1764-1844)<sup>29</sup> *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian* (1790). Por sua vez, o famoso Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), considerado, no séc. XIX, o fundador da moderna Ciência do Direito, nomeadamente, da Ciência do Direito Privado<sup>30</sup>, assenta a sua ciência do Direito Romano num estudo amplo e sistemático das fontes deste Direito e da evolução das suas instituições tal como se encontra vertido na sua monumental obra em oito volumes *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849)<sup>31</sup>. A esta ciência do Direito Romano, criada por Savigny, dá-se o nome de Pandectística<sup>32</sup>. Nesta ciência, Savigny dá grande atenção ao trabalho das fontes romanas, chegando a regras e princípios adequados à resolução dos problemas jurídicos da época<sup>33</sup>. Apesar do seu grande conhecimento da bibliografia respeitante ao Direito Comum, nomeadamente, do *Usus modernus pandectarum*, é significativo insistir na importância que Savigny dá ao texto do *Corpus Juris Civilis*<sup>34</sup>. Neste contexto, a polémica em torno da necessidade ou não de codificação concretizada na famosa disputa entre Savigny e Thibaut (1774-1840) foi resolvida a favor da posição de Savigny, desfavorável à codificação<sup>35</sup>. Nisto afasta-se

---

<sup>28</sup> Veja-se C. Sardinha, História do Direito e dogmática jurídica: reflexão metodológica. In: *Direito e Justiça (vol. Especial – 2015): Estudos dedicados ao Prof. Doutor Bernardo Lobo Xavier*, vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 416 e segs..

<sup>29</sup> Cf. C. Sardinha, História do Direito e dogmática jurídica: reflexão metodológica, cit., p. 422 e segs..

<sup>30</sup> Cf. H. Coing, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, in: „Ius Commune“ 8 (1979), p. 11.

<sup>31</sup> Cf. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 vols., Berlim: Veit und Comp., 1840-1849, in *Search for ‘(System des heutigen römischen Rechts )’ in metadata and full texts | MDZ* (<https://www.digitale-sammlungen.de>) (23.12.2022).

<sup>32</sup> Cf. H. Coing, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, cit., p. 13 e segs..

<sup>33</sup> Cf. C. Sardinha, História do Direito e dogmática jurídica: reflexão metodológica, cit., p. 428 e segs..

<sup>34</sup> Podemos mesmo falar de um regresso ao texto do *Corpus Juris Civilis* que se manifesta, por sua vez, no pouco relevo que é dado à citação de bibliografia secundária da época no referido *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849). Veja-se H. Coing, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, cit., p. 15 e segs..

<sup>35</sup> Cf. F. C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg: Bey Mohr und Zimmer, 1814, in *Savigny, Friedrich Carl von: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung*

a Pandectística da tendência que, sob a influência da França napoleónica, destacava a importância do movimento codificador. Típica da Escola Histórica é a orientação dogmática da História do Direito ou uma orientação *histórica e dogmática ao mesmo tempo*<sup>36</sup>. Destaque-se, a este respeito, a figura de Georg Friedrich Puchta (1798-1846). A ele se deve o método denominado *pirâmide de conceitos* (*Begriffspyramide*) e a fundação da chamada Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*), tendência metódica que se observa, por exemplo, nas obras de Heinrich Dernburg (1829-1907) e Bernhard Windscheid (1817-1892)<sup>37</sup>. A grande autoridade de que gozava a Pandectística está bem patente no papel desempenhado por Windscheid enquanto membro da primeira comissão que elaborou o Primeiro Projeto (*Erster Entwurf*) (1888) do Código Civil Alemão, o chamado BGB<sup>38</sup>. Deve-se, neste contexto, sublinhar a importância das suas Pandectas para o estudo da Ciência do Direito Privado alemão dos nossos dias<sup>39</sup>. Por sua vez, Rudolf von Jhering (1818-1892) vai favorecer uma civilística que se orienta pela razão de ser, ou seja, pelos interesses protegidos pelos direitos, a chamada Jurisprudência dos Interesses (*Interessenjurisprudenz*). De qualquer modo, será a partir da dialética entre a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Conceitos que se desenvolverá a ciência do Direito Privado dos nossos dias.

O BGB entronca numa tradição romanística que remonta ao Direito Comum, facto que se observa admiravelmente se recorrermos ao Primeiro Projeto (*Erster Entwurf*) (1888) acima referido<sup>40</sup>. Desde logo, há que recordar que o *Usus modernus*

---

*und Rechtswissenschaft, Image 5 of 176 | MDZ (<https://www.digitale-sammlungen.de>) (23.12.2022); A. F. J. Thibaut, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg: Bey Mohr und Zimmer, 1814, in *Thibaut, Anton Friedrich Justus: Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland (Heidelberg, 1814)* (<https://digi.ub.uni-heidelberg.de>) (23.12.2022).*

<sup>36</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., p. 181. Veja-se, também, C. Sardinha, *História do Direito e dogmática jurídica: reflexão metodológica*, cit., p. 416 e segs..

<sup>37</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., pp. 181-182. Sobre Puchta, veja-se, ainda, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 399 e segs.; também, H.-P. Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2004; *idem*, *Recht als System bei Georg Friedrich Puchta*. In: J. Wolff (Ed.), *Kultur- und rechtshistorische Wurzeln Europas* (Studien zur Kultur- und Rechtsgeschichte 1), Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg, 2005, pp. 261-276.

<sup>38</sup> Cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 469.

<sup>39</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., p. 182; sobre as Pandectas de Windscheid, ver Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 445-447.

<sup>40</sup> Ver, por exemplo, H. Köhler, *BGB. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 22., völlig neubearbeitete

*pandectarum* desempenhou um papel importante na receção do Direito Romano na Alemanha e, em último termo, abriu caminho à Pandectística<sup>41</sup>.

O sistema utilizado pelos pandectistas remonta, por isso, à tradição medieval do Direito Comum, nomeadamente aos Glosadores e Comentadores, e às respetivas fontes romanas, clássicas e justinianeias. Georg Arnold Heise (1778-1851) foi o primeiro pandectista a fixar o sistema moderno das Pandectas<sup>42</sup>. A distinção entre Parte Geral e Parte Especial e respetivo sistema encontramos-na em Christian Wolff (1679-1754), Joachim Georg Darjes (1714-1791) e Daniel Nettelbladt (1719-1791). Também Christoph Christian Dabelow (1768-1830) contribuiu para o estabelecimento da Parte Geral enquanto produto original da Pandectística. Por seu turno, em matéria de direito das pessoas (*personae*) e de defesa dos direitos (*actiones*), a Pandectística assenta no Direito Romano, enquanto que a doutrina do Direito Natural está, em geral, na origem da parte que respeita aos direitos subjetivos e aos negócios jurídicos (*Rechtsgeschäftslehre*). A sistemática própria da Pandectística pode observar-se com clareza em Puchta no seu *Lehrbuch der Pandekten* (1838)<sup>43</sup>. Com Savigny, consolida-se esta sistemática, abrangendo uma Parte Geral, Direitos Reais, Direito das Obrigações, Direito da Família e Direito das Sucessões<sup>44</sup>. Aproximamo-nos, assim, da sistemática do próprio BGB, que trata o Direito das Obrigações antes dos Direitos Reais, deixando para o fim o Direito das Sucessões. É esta ordem de matérias que podemos observar na obra *Grundriss zu den Pandekten*, sétima e última edição de 1863-1868, do pandectista Karl Adolph von Vangerow (1808-1870)<sup>45</sup>.

---

Auflage des von Heinrich Lange begründeten Werkes, Munique: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994, p. 11.

<sup>41</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., pp. 178-179 e 183.

<sup>42</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., pp. 183-184.

<sup>43</sup> Cf. G. F. Puchta, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig: Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1838, in 'Puchta, Georg Friedrich: *Lehrbuch der Pandekten*', *Image 6 of 652 | MDZ* (<https://www.digitale-sammlungen.de>) (23.12.2022).

<sup>44</sup> Cf. *System des heutigen römischen Rechts*, cit., in *Search for '(System des heutigen römischen Rechts)' in metadata and full texts | MDZ* (<https://www.digitale-sammlungen.de>) (30.12.2022).

<sup>45</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., p. 186. Wieacker chama, nomeadamente, a atenção para o elevado número de edições das Pandectas de Karl Adolph von Vangerow, considerando-o um dos clássicos da civilística que a Pandectística deu à Alemanha. Cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 445. Sobre Karl Adolph von Vangerow, veja-se H.-P. Haferkamp, *Karl Adolph von Vangerow (1808-1870). Pandektenrecht und „Mumiencultus“*, in: ZEuP 16 (2008), pp. 813-844.

A elaboração do BGB foi, contudo, precedida por um relevante movimento de codificação do Direito Civil que se inicia com o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756) no Eleitorado da Baviera, seguido da correspondente parte do ALR (1794) no Reino da Prússia e do Código Civil do Reino da Saxónia (1865), conhecido por Código Civil Saxónico (Sächsisches BGB).

Parte importante da ampla codificação do direito bávaro levada a cabo durante o governo de Maximiliano III José, Príncipe-Eleitor da Baviera (1727-1777), pelo seu Vice-Chanceler (desde 1749) Wiguläus Xaverius Aloysius von Kreittmayr (1705-1790), o *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, de 1756, manteve-se vigente até à entrada em vigor do BGB em 1900. A influência do Direito Romano, nomeadamente, das Instituições de Gaio na estrutura do *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* é nítida. O direito civil é tratado em quatro partes que incidem sobre o direito das pessoas, os direitos reais, o direito das sucessões e o direito das obrigações<sup>46</sup>. Para além do direito romano, este *Codex* revela a influência do direito canónico, dos direitos locais e do direito consuetudinário<sup>47</sup>.

Por sua vez, no Reino da Prússia surgiu, em 1794, o ALR, uma codificação inspirada no jusnaturalismo e não tanto na tradição romanista. Codificação geral, abrange não apenas o direito civil mas também outros ramos do direito<sup>48</sup>.

Bastante avançado, o Código Civil do Reino da Saxónia (Sächsisches BGB) – entrou em vigor em 1865 – é o primeiro que utiliza o sistema das Pandectas e o que, antes da publicação do BGB, mais se aproxima deste e do ideal científico da Pandectística<sup>49</sup>. Divide-se em cinco livros, começando por uma Parte Geral, passando depois a regular os Direitos Reais, o Direito das Obrigações, o Direito da Família e o Direito da Tutela, terminando com o Direito das Sucessões<sup>50</sup>. A história do Sächsisches BGB, nomeadamente, o Projeto de Dresden, ou o Projeto de uma lei geral alemã sobre obrigações (*Dresdener Entwurf, Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse*) (1866) é importante, por

---

<sup>46</sup> Cf. *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, in *Search for '(Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis)' in metadata and full texts | MDZ* (<https://www.digitale-sammlungen.de>) (23.12.2022).

<sup>47</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano...*, pp. 187-189.

<sup>48</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano...*, pp. 189-190. Veja-se ALR, in *Search for '(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten)' in metadata and full texts | MDZ* (<https://www.digitale-sammlungen.de>) (23.12.2022).

<sup>49</sup> Cf. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, Vierte, unveränderte Auflage, Munique / Berlim: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1966, p. 258.

<sup>50</sup> Veja-se Sächsisches BGB, in *Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst der Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863 – Deutsche Digitale Bibliothek (deutsche-digitale-bibliothek.de)* (28.12.2022).

exemplo, para o estudo da parte do BGB dedicada ao Direito das Obrigações. A distinção entre uma Parte Geral e uma Parte Especial do Direito das Obrigações é, a este respeito, digna de referência, acusando a Parte Geral do Projeto de Dresden (*Dresdener Entwurf*) a influência da Pandectística. A Parte Geral do Projeto de Dresden (*Dresdener Entwurf*) exerceu, por sua vez, influência considerável sobre o BGB<sup>51</sup>.

Neste contexto, o BGB apresenta-se como um importante exemplo da autoridade da Pandectística e da sua influência na Ciência do Direito Privado da Alemanha da época<sup>52</sup>. O processo de elaboração do BGB iniciou-se com a Comissão Preliminar (*Vorkommission*), prosseguindo com a chamada Primeira Comissão (*Erste Kommission*) (1874) a quem se deve o Primeiro Projeto (*Erster Entwurf*) (1888)<sup>53</sup>. Como já referimos anteriormente, de entre os membros da Primeira Comissão destaca-se a figura de Bernhard Windscheid (1817-1892). A sua obra *Lehrbuch des Pandektenrechts*, em três volumes<sup>54</sup>, exerceu influência decisiva sobre o Primeiro Projeto (*Erster Entwurf*) do BGB (1888). Podemos afirmar que o BGB é um código eminentemente romanístico, facto que se observa bastante bem no referido Primeiro Projeto. Dos onze membros da Primeira Comissão que elaborou o Primeiro Projeto, apenas um representava a tendência germanista. A crítica que o germanista Otto von Gierke (1841-1921) dirigiu ao referido Primeiro Projeto é reveladora do perfil romanista deste Projeto. Uma Segunda Comissão (*Zweite Kommission*) (1890), da qual já não fazia parte Windscheid, praticamente não introduziu alterações no texto do Primeiro Projeto preparado pela Primeira Comissão. O Segundo Projeto (*Zweiter Entwurf*), publicado em 1895, dá mais atenção às questões sociais e económicas da época. O Terceiro Projeto (*Dritter Entwurf*) foi, por sua vez, aprovado, com algumas alterações, a 18 de agosto de 1896, tendo o BGB entrado em vigor no dia 01 de janeiro de 1900<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., pp. 190-192; também, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 464.

<sup>52</sup> Cf. G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., pp. 192-194.

<sup>53</sup> Ver *supra*.

<sup>54</sup> Cf. C. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 1, Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1862; *idem*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 2,1, Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1865; *idem*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 2,2, Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1866; *idem*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. 3, Düsseldorf: Verlagshandlung von Julius Buddeus, 1870, in *Search for 'Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts' in metadata and full texts | MDZ* (<https://www.digitale-sammlungen.de>) (23.12.2022).

<sup>55</sup> Cf. H. Köhler, *BGB. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 10-12, nomeadamente, pp. 11-12.

A entrada em vigor do BGB determinou a perda de vigência do direito das Pandectas. Testemunho vivo da força doutrinal da Pandectística, o BGB apresenta-se como um veículo da influência da Ciência do Direito Privado da Alemanha junto de outras ordens jurídicas de matriz romanística<sup>56</sup>.

#### IV – Ciência do Direito Privado na Alemanha durante o Nacional-Socialismo (1933-1945)

Durante o séc. XX, há que fazer referência, numa História da Ciência do Direito Privado na Alemanha, aos dois períodos em que a Alemanha ou parte dela esteve submetida a regimes totalitários, o período do chamado *Terceiro Reich* (*Drittes Reich*) (1933-1945) e o período da RDA (1949-1990).

A partir de 1934, depois do afastamento de professores judeus e politicamente desafetos ao Nazismo em 1933, tentou-se transformar a Faculdade de Direito da Universidade de Kiel na faculdade de direito modelo da Alemanha Nazi. Surgiu, assim, a chamada «Escola de Kiel» (*Kieler Schule*), procurando-se fundar uma nova Ciência do Direito segundo os ditames da ideologia nacional-socialista<sup>57</sup>. As principais figuras desta nova Ciência do Direito são os civilistas Karl Larenz e Wolfgang Siebert, a que se junta o historiador do direito, germanista, Karl August Eckhardt<sup>58</sup>. Um dos principais aspetos desta nova Ciência do Direito era a aversão pelo Direito Civil (*bürgerliches Recht*). Típico da Escola de Kiel e da mundividência nacional-socialista é a crítica daquilo que se considerava ser a orientação liberal, capitalista do Direito Civil da Pandectística. O famoso ponto 19 do programa do Partido Nacional-Socialista, publicado em Munique a 25 de fevereiro de 1920, ataca o direito romano enquanto direito ao serviço de uma ordem mundial de cariz materialista e exige a sua substituição por um direito comum alemão<sup>59</sup>. Reagindo contra a civilística de então, afirma-se, neste contexto, a centralidade da ideia de comunidade popular (*Volksgemeinschaft*) contra o conceito de direito subjetivo e de capacidade jurídica. Ao conceito abstrato de propriedade típico da Pandectística contrapõem-se tipos concretos de propriedade

---

<sup>56</sup> Cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., p. 483 e segs..

<sup>57</sup> Cf. Veja-se, a este respeito, C. Sardinha, *Alta-Traição e Lesa-Majestade. Germanismo e romanismo na história do direito visigótico primitivo*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp. 50-55.

<sup>58</sup> Cf. K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert* (UTB 1681), Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1992, p. 83.

<sup>59</sup> Cf. C. Sardinha, *Alta-Traição e Lesa-Majestade. Germanismo e romanismo na história do direito visigótico primitivo*, cit., pp. 51-52 e bibliografia aí citada.

que permitem a construção de um conceito de propriedade mais justo da realidade, nomeadamente, da realidade da Alemanha Nazi<sup>60</sup>.

O ataque contra a Ciência do Direito Civil de matriz pandectística é nítido na reforma dos estudos jurídicos que entrou em vigor a 15 de janeiro de 1935. Apresentada pelo referido historiador do direito (germanista) Karl August Eckhardt, distingue-se pelo ataque violento dirigido contra o BGB<sup>61</sup>.

Outro aspeto da influência do Nacional-Socialismo sobre o Direito Civil e a civilística prende-se com a interpretação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Assim, cláusulas gerais e conceitos indeterminados eram interpretados de acordo com a mundividência nacional-socialista, abrindo o Direito Civil a uma «interpretação ilimitada» (*unbegrenzte Auslegung*)<sup>62</sup>.

Já vimos que a reforma dos estudos jurídicos de 1935 se distingue pela crítica ao BGB. Em causa está o desejo de renovar o Direito Civil alemão, em último termo através da publicação de um novo código. Foi o jurista Hans Frank, presidente da chamada *Academia para o Direito Alemão* (*Akademie für Deutsches Recht*), a quem cabia renovar o direito e a ciência jurídica alemã à luz das exigências da ideologia nacional-socialista<sup>63</sup>, que tomou a iniciativa de exigir a elaboração de um *Código do Povo* (*Volksgesetzbuch*)<sup>64</sup>. O projeto nunca foi concluído. Relevantes em matéria de Direito Civil temos, contudo, legislação extravagante respeitante ao Direito Matrimonial, a Lei do Casamento de 6 de julho de 1938 (EheG), e ao Direito das Sucessões, a Lei do Testamento de 30 de julho de 1938<sup>65</sup>.

## V – Ciência do Direito Privado na RDA (1949-1990)

Em geral, há que dizer, que, na RDA, devido à importância dada à Política em detrimento do Direito, a Ciência do Direito desempenhou um papel relativamente

---

<sup>60</sup> Cf. K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, cit., pp. 83-85.

<sup>61</sup> Cf. K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, cit., pp. 85-86.

<sup>62</sup> Cf. K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, cit., pp. 87-90. Veja-se, também, B. Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Neunte, unveränderte, um ein Nachwort erweiterte Auflage, Tubinga: Mohr Siebeck, 2022.

<sup>63</sup> Cf. H. Frank, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Munique: Franz Eher Nachf., 1935.

<sup>64</sup> Cf. K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, cit., pp. 92-93.

<sup>65</sup> Cf. K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, cit., pp. 90-92. Veja-se, ainda, do mesmo autor, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Neubearbeitungen 2008, vol. 3: *Seit 1650* (UTB 2736), 5., durchgesehene Auflage, Colónia / Weimar / Viena: Böhlau, 2008, pp. 266-269, nomeadamente, p. 267.

modesto, ao contrário do que sucedia nas sociedades burguesas. Este domínio da Política sobre o Direito foi afirmado expressamente pelo regime comunista, nomeadamente por Walter Ulbricht (1893-1973), Secretário-Geral do SED, embora a posição do Direito em relação à Política tenha melhorado com a segunda Constituição da RDA, de 1968<sup>66</sup>. De facto, a RDA não era um Estado de Direito, pois o Direito não regia a Política, mas era a Política que controlava o Direito. No que respeita à Ciência do Direito Privado<sup>67</sup>, há que fazer referência ao Código Civil da RDA, o chamado ZGB. Também na RDA, à semelhança do que sucedia na Alemanha Nazi<sup>68</sup>, existia aversão contra o BGB. A entrada em vigor da primeira constituição da RDA em 1949 não afetou a vigência do BGB, mas determinou o início dos trabalhos conducentes à elaboração de um Código Civil socialista<sup>69</sup>. Iniciados em 1952, estes trabalhos prolongaram-se até 1975, tendo o ZGB entrado em vigor em 01 de janeiro de 1976. Ideologicamente marcado, o ZGB não é tão longo como o BGB e utiliza uma linguagem mais acessível, por forma a facilitar a sua compreensão por parte de setores mais alargados da população. Digno de referência, neste contexto, é o facto de, na RDA, se ter aprovado um *Código da Família*, o chamado FGB (1965) que entrou em vigor a 01 de abril de 1966 revogando o Livro IV do BGB e legislação avulsa respeitante ao Direito da Família. Este *Código da Família* foi modificado por ocasião da publicação da lei introdutória ao Código Civil de 19 de junho de 1975. O Direito da Família segundo o FGB reflete a identidade socialista da RDA quando determina que «... *A principal tarefa dos pais é, em colaboração confiante com instituições estatais e sociais, ... educar os filhos para a construção ativa do Socialismo*»<sup>70/71</sup>.

---

<sup>66</sup> Cf. U. Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 5. Auflage, Munique: C. H. Beck, 2022, p. 525 e segs..

<sup>67</sup> Sobre a História do Direito na RDA, veja-se, neste contexto, H. Mohnhaupt, *Beobachtungen zur Rechtsgeschichte in der DDR im Spiegel der Zeitschrift „Staat und Recht“*, in: „Ius Commune“ 12 (1984), pp. 253-285.

<sup>68</sup> Ver *supra* capítulo IV.

<sup>69</sup> Na verdade, o BGB não era adequado à construção de uma economia socialista.

<sup>70</sup> Cf. FGB, § 3. (1): «... *Es ist die vornehmste Aufgabe der Eltern, ihre Kinder in vertrauensvollem Zusammenwirken mit staatlichen und gesellschaftlichen Einrichtungen... zu aktiven Erbauern des Sozialismus zu erziehen.*» Tradução do original alemão para a língua portuguesa da nossa autoria.

<sup>71</sup> Cf. K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, cit., pp. 164-176; G. Hamza, *Origen y desarrollo de los ordenamientos iusprivatistas modernos con base en la tradición del Derecho romano*, cit., pp. 196-198; K. Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Neubearbeitungen 2008, vol. 3: *Seit 1650*, cit., pp. 280-283.

## VI – A Ciência do Direito Privado na RFA

Deixando os dois regimes totalitários (*Terceiro Reich* e RDA), resta-nos fazer referência à Ciência do Direito Privado na RFA (*Bundesrepublik Deutschland*), a chamada Alemanha Ocidental (*Westdeutschland, Bonner Republik*), que se inicia em 1949 com a promulgação da Constituição alemã atualmente em vigor<sup>72</sup> e termina em 1990 com a consumação da reunificação alemã.

Depois da experiência terrível de um regime totalitário como o regime nazi, assistiu-se, nos meios jurídicos alemães, num primeiro momento, a um regresso ao Direito Natural, nomeadamente, na jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*)<sup>73</sup>. De qualquer modo, se é verdade que, como foi referido, o BGB sofreu uma crítica violenta durante o período do Nazismo, também é digno de referência, a este respeito, o papel desempenhado, no pós-guerra, pelo referido Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) no desenvolvimento do Direito Civil através de decisões que vão além ou mesmo contra o estabelecido no BGB. Proclamou-se com clareza que o juiz tem autoridade para criar direito e participar, desta maneira, no progresso do Direito. Nesta base, assiste-se, por sua vez, àquilo que podemos designar por interação entre a civilística e a jurisprudência. Agora, a civilística já não é uma ciência que assenta apenas na obediência às valorações do legislador. Recorre-se, em vez disso, a valorações que, ao lado da norma legal, servem de base a uma «tópica», a uma discussão argumentativa que permite alcançar a solução do caso<sup>74</sup>. De qualquer modo, importante para a evolução da ordem jurídica é o fluxo, muitas vezes impressionante, de legislação (*Gesetzgebung*) e as decisões dos tribunais (*Rechtsprechung*), podendo falar-se de um “Direito dos Juízes” (*Richterrecht*). Em geral, basta pensar, a este respeito, na autoridade do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) em matéria de Direito Privado, apesar das dificuldades que a prática tem revelado nesta matéria. Neste contexto, podemos afirmar que o relevo da Ciência do Direito (*Rechtswissenschaft*) no progresso da ordem jurídica não é agora tão grande como foi noutras épocas da História do Direito na Alemanha<sup>75</sup>. Podemos considerar controverso o protagonismo assumido pelos juízes (*Richterschaft*) no desenvolvimento do Direito Privado, pois pôs termo à superioridade de que gozava a civilística alemã (*Zivilrechtswissenschaft*) em relação

---

<sup>72</sup> Sobre a Constituição de 1949, a GG, veja-se K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, cit., pp. 195-200.

<sup>73</sup> Cf. K. Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. 3: *Seit 1650*, cit., p. 293.

<sup>74</sup> Cf. K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, cit., pp. 208-211.

<sup>75</sup> Cf. K. Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. 3: *Seit 1650*, cit., p. 294.

às decisões dos tribunais (*Rechtsprechung*) no séc. XIX, nomeadamente, na época da Pandectística (ex.: Bernhard Windscheid), que tanta importância assumiu no nascimento do BGB<sup>76</sup>.

Um desenvolvimento positivo da Ciência do Direito Civil dos anos do Pós-Guerra foi o aumento da sensibilidade para a igualdade e para o princípio da igualdade enquanto parte essencial da ideia de justiça<sup>77</sup>. Outro aspeto digno de referência é a especialização da civilística e a distinção entre um Direito Privado Geral e Direitos Privados Especiais (ex.: Direito do Trabalho). Também a penetração do Direito Público no Direito Privado é um dos fenómenos desta época<sup>78</sup>. Este aspeto é importante, na medida em que se assiste aqui a uma falta de teorização do Direito Privado feita com base nas grandes ideias conformadoras, ordenadoras deste ramo do Direito e suscetível de garantir a existência de uma sociedade jusprivatística no contexto do Estado constitucional do Pós-Guerra. Está aqui em causa aquilo que podemos designar por função política do Direito Privado, do BGB, nomeadamente, o contributo jusprivatístico para o desenvolvimento económico e a defesa da liberdade do cidadão frente ao Estado, mesmo quando não está em causa a violação do Direito Constitucional<sup>79</sup>. Nas décadas de 60 e 70 do séc. XX, assiste-se a uma crítica da autonomia privada que se manifesta numa abundante legislação limitadora da liberdade contratual, não só nos domínios tradicionais – por causa do elemento de proteção social – da proteção do trabalhador ou do arrendatário, mas também noutros domínios em que se julga desadequado ignorar fraquezas da autonomia privada que se revelam em posições económico-sociais típicas como seja a posição de consumidor<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Cf. W. Zöllner, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, in: AcP 188 (1988), pp. 87-88; também, K. Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, vol. 3: *Seit 1650*, cit., p. 294.

<sup>77</sup> Cf. W. Zöllner, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, cit., pp. 86-87.

<sup>78</sup> Cf. W. Zöllner, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, cit., pp. 90-91.

<sup>79</sup> Cf. W. Zöllner, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, cit., pp. 91-95.

Não há dúvida de que a Constituição, o Direito Constitucional goza de primazia, mesmo em matéria de Direito Privado, como enfatizam K. Larenz / M. Wolf, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Munique: C. H. Beck, 2004, p. 87 e segs.. Neste contexto, veja-se, ainda, M. Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes* (Jus Publicum 74), Tübinga: Mohr Siebeck, 2001.

<sup>80</sup> O exemplo é referido por W. Zöllner, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, cit., pp. 97-98.