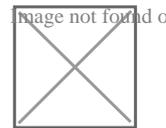


Direito Comparado: Ernst Rabel [©] pai do moderno Direito Comparado alemão

O título da coluna — Direito Comparado — não significa que ela se apresente como um espaço voltado exclusivamente para debater temas dessa disciplina jurídica. O objeto da coluna é mais amplo e compreende variados assuntos, embora tenha sempre como fio condutor a perspectiva comparatista, ainda que sempre em busca de certa leveza no trato das matérias, o que é inerente a esse tipo de espaço literário.



Voltando-se, porém, ao Direito Comparado como uma área específica do conhecimento jurídico, nesta coluna pretende-se homenagear um de seus grandes nomes: Ernst Rabel, o pai do moderno Direito Comparado na Alemanha.

Rabel, nascido em 1874, na capital do antigo Império Austro-Húngaro, acaso não tivesse sido batizado na Igreja Católica, seria mais um “súdito de fé mosaica de Sua Majestade Real e Imperial”, como se referia aos judeus nos documentos da época. Sua habilitação como professor de Direito Romano deu-se na Universidade de Leipzig no ano de 1902. Na metade da I Guerra Mundial, Rabel e Karl Neumayer fundaram o Instituto de Direito Comparado na Universidade de Munique, considerado o primeiro em todo o mundo, embora já houvesse a cátedra em outras universidades.^[1]

Em 1926, Ernst Rabel assumiu o *Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Instituto Kaiser Wilhelm de Direito Comparado [*literalmente*, Estrangeiro] e Privado Internacional), que é o atual *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Privado Internacional), cuja sede fica em Hamburgo.

Esse instituto de pesquisa foi criado com o claro objetivo de diminuir o isolamento da cultura jurídica alemã no primeiro pós-guerra e de voltar a atrair pesquisadores estrangeiros, com vistas à retomada do diálogo jurídico internacional e do juscomparatismo. Um exemplo disso foi a presença, em 1930, de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda no *Kaiser-Wilhelm-Institut*. O grande jurista brasileiro, apresentado por Martin Wolff, proferiu conferências no *Berliner Stadtschloss* [*literalmente*, Palácio da Cidade de Berlim], onde o Instituto ocupava parte de suas dependências.^[2]

Nesse período, Ernst Rabel também travou conhecimento com o jurista Berthold Schenk Graf [*conde*] von Stauffenberg, irmão do coronel Claus Schenk Graf von Stauffenberg, líder da conspiração contra Adolf Hitler, que foi *referent* e, depois, um dos diretores do Instituto Kaiser Wilhelm de Direito Público Comparado [*literalmente*, Estrangeiro] e Internacional Público. O Stauffenberg jurista terminou condenado e enforcado, juntamente com outros membros da famosa Operação Valquíria, em 1944.^[3]

Com a ascensão dos nazistas e a vigência das novas leis raciais, em meados da década de 1930, Ernst Rabel foi obrigado a renunciar a seu cargo de diretor do Instituto Kaiser Wilhelm. Além da perda da cátedra e da direção do instituto, ele foi proibido de publicar livros e artigos, tendo padecido com toda sorte de perseguições. Sua situação, nesse aspecto, não diferia de tantos outros juristas de língua alemã, como Hans Kelsen, que pagaram com suas carreiras universitárias o preço de sua ascendência semita.

Sem se esquecer de outros que sofreram idênticas agruras pelo simples fato de se terem mantido fiéis à honra e à dignidade de suas orientações morais ou políticas, como Gustav Radbruch, Martin Wolff e Ludwig Enneccerus.

Ernst Rabel emigrou para a Bélgica, onde ficou pouco tempo, e posteriormente, seguiu para os Estados Unidos da América, com a idade de 65 anos. Em seu refúgio no Novo Mundo, ele se vinculou ao *American Law Institut* e realizou pesquisas com suporte financeiro das Universidades de Michigan e de Harvard.

As contribuições de Ernst Rabel para o Direito Privado e o Direito Comparado foram mais do que significativas e merecem ser inventariadas:

a) A criação do método funcional. O início do século XX foi o cenário de um embate violento entre os adeptos da jurisprudência dos interesses (Phillip Heck) e da jurisprudência dos conceitos (Savigny), o que não se mostrou irrelevante para o Direito Comparado. A comparação jurídica com base (exclusivamente) em exibição de simetrias entre conceitos, institutos e categorias de Direitos estrangeiros era insuficiente para Rabel. Nesse aspecto, ele se influenciou por alguns aspectos (e não pela teoria em sua integralidade) da jurisprudência dos conceitos e da Escola Sociológica norte-americana.

O método funcional não rejeita outros métodos, como a comparação textual, que se dá por meio do exame de institutos, figuras ou categorias nas acepções léxicas de cada idioma, o que se faz com a análise da boa-fé (objetiva), da *good faith* e do *Treu und Glaben*, por exemplo. As dimensões linguísticas são importantes nessa apreciação. Além do texto, é importante também o exame da história do instituto. O conceito em si não é suficiente para sua compreensão. A nota específica do método funcional está na investigação da *função objetiva* das normas e das figuras submetidas à comparação.^[4]

Hoje existam muitas variantes do método funcional ou ainda novas formulações teóricas, que o tomam como base ou antípoda, como o *funcionalismo epistemológico*, o *funcionalismo refinado*, o *instrumentalismo*, o *finalismo*, o *funcionalismo clássico* e o *método da adaptação*.^[5] Independentemente de tal fecundidade metodológica, o funcionalismo de Rabel permanece útil, prevalente e com prestígio nos grandes centros juscomparatistas.^[6]

b) A crítica ao modelo da impossibilidade obrigacional no BGB. A estrutura do inadimplemento no Código Civil alemão de 1900, o *BGB*, até a reforma de 2002, era baseada no modelo binário de *possibilidade-impossibilidade*. É algo muito semelhante ao que se dá no Código Civil de 2002. A obrigação é vista sob o enfoque branco e preto do adimplemento ou do inadimplemento, este último com leve tom de cinza, que é a mora.

A fórmula alemã primitiva, com o típico colorido das Pandectas e de Bernhard Joseph Hubert Windscheid, era ainda marcada por problemas com o cumprimento imperfeito da obrigação, quando o devedor deixa de cumpri-la no *lugar* e na *forma* convençados. Em razão dessa lacuna, que se desenvolveu a doutrina da violação positiva do contrato, criada em 1904, no clássico estudo de H. Staub, intitulado *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen* [A violação positiva do contrato e suas consequências jurídicas]. No caso brasileiro, esse não é um problema tão sensível por efeito da

redação do art. 394, do Código Civil: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no *tempo, lugar e forma* que a lei ou a convenção estabelecer”. Desde a codificação de 1916, a mora, no Brasil, possuía contornos mais amplos que sua correspondente alemã.

Ernst Rabel sempre criticou a doutrina alemã da impossibilidade e os excessos a que ela chegara na redação do parágrafo 306 do *BGB*. Sua posição, manifestada em artigos e livros, também se concretizou nos inúmeros projetos de uniformização legislativa de que ele tomou parte ativa. Em certa medida, sua abertura para as soluções do Direito anglo-saxão foram importantes para essa compreensão mais ampla do instituto.

Ao final, prevaleceu a tese de Rabel com a Lei de Modernização do Direito das Obrigações de 2002, que reformou o *BGB*. O caráter central da *impossibilidade* foi arruinado e as obrigações reconduziram-se a um modelo de violação do dever, que se tornou complexo, dispensando o exame de deveres anexos.

c) A luta pela criação de leis comuns e a Convenção de Viena de Compra e Venda. A Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 somente foi promulgada pelo Congresso Nacional brasileiro este ano, por meio do Decreto Legislativo 538, de 18 de outubro de 2012.[\[7\]](#)

Esse tratado, que possui extrema relevância para o comércio exterior em todo o mundo, é fortemente tributário de Ernst Rabel, que se dedicou, nos últimos anos de sua vida, especialmente após seu retorno à Alemanha e às cátedras universitárias em seu país. Sua obra *Recht des Warenkaufs* [O direito da compra e venda de mercadorias] revelou-se fundamental para esse propósito. A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional, que só agora tem vigência no Brasil, na realidade, começou a ser elaborada na década de 1950. E a participação de Rabel (e de seus seguidores) foi de enorme significado para seu êxito.

Em larga medida, a abertura de Rabel para as experiências do mundo saxão e seu histórico de diálogo com tradições jurídicas tão díspares estão na raiz da perenidade de suas contribuições. Na primeira metade do século, ele foi protagonista na formação do UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado e na incorporação dos meios universitários alemães nos projetos de uniformização (ou unificação) de amplos setores do Direito Obrigacional. Observar hoje o que as diretivas europeias representam para esse processo de harmonização das legislações internas na Europa é perceber um pouco do contributo de Ernst Rabel.

Não muito conhecido no Brasil, infelizmente, Ernst Rabel é parte da História do Direito Comparado. Sua vida é um espelho das transformações e tragédias do século XX. Sua grandeza intelectual e moral unem-se, o que não é muito vulgar em muitas áreas do conhecimento humano, para iluminar os passos dos novos comparatistas em todo o mundo.

Em sua homenagem, o *Max-Planck-Institut* de Hamburgo deu seu nome a um espaço nobre em suas dependências (*Ernst-Rabel-Saal*) e a um de seus eventos mais importantes (*Ernst-Rabel Lectures*), este último, por coincidência, ocorre esta semana na sede do Instituto.

Ele, diferentemente de Kelsen, encontrou em sua pátria o “último refúgio de um viajante cansado”.

[1] A maior parte das informações desta coluna foi extraída do seguinte artigo, ao qual se dá amplo crédito pela estrutura e pelo conteúdo do texto aqui apresentado: RÖSLER, Hannes. Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel Werk- und Wirkgeschichte. **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**. Band 70, S. 793-805, 2006.

[2] A passagem de Pontes de Miranda está devidamente documentada em uma recensão de sua atuação no Instituto Kaiser Wilhelm, feita Ernst Heymann, que lhe faz honrosas referências, a qual se publicou na prestigiosa revista alemã **Deutsche Juristen-Zeitung**, ano 35, fascículo 22, pp. 1447-1450, 1930. A localização desse histórico registro deve-se a Jan Peter Schmidt, pesquisador-chefe para a América Latina do Instituto Max-Planck de Hamburgo.

[3] ZELLER, Eberhard. Claus und Berthold Stauffenberg. **Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte**. 12. Jahrg., 3. Heft, S. 223-249, Jul. 1964.

[4] É essa a precisa orientação de Heleno Taveira Torres (Aplicação dos tratados internacionais em matéria tributária: o procedimento de interpretação. **Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário**. Forense, v. 1., p. 109-134, set./dez. 1998), que tem o mérito de demonstrar sua utilidade para além dos campos do Direito Privado. O autor desse artigo, porém, ostenta a rara qualidade de transitar com elegância tanto pelo Direito Tributário quanto pelo Direito Privado, o que não deveria ser invulgar, dadas as fortes conexões entre essas províncias, especialmente na teoria da obrigação tributária.

[5] MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In. REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford University Press, Forthcoming; Duke Law School. Legal Studies Paper n. 87.

[6] Há um interessante estudo comparatista, publicado em português, sobre a responsabilidade civil alemã segundo o método funcional: SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

[7] Para um exame aprofundado da Convenção de Viena, recomenda-se: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs). **A compra e venda internacional de mercadorias** : estudos sobre a Convenção de Viena de 1980. São Paulo: Atlas, 2011.