

O FUTURO DO DIREITO PRIVADO

LUDWIG RAIZER

Professor na Universidade de Tübingen
Especialista em Direito Econômico
Ex-Presidente do Conselho de Pesquisas Alemão

O tema central deste trabalho deve antes de mais nada ser definido claramente, a fim de não suscitar expectativas errôneas. Prognósticos e utopias, tais como atualmente são exigidos dos sociólogos empíricos e teóricos, dificilmente se amoldam à área de especulação do jurista. Desenvolver situações imaginárias e multiplicidade de necessidades seria um trabalho mental inútil. Não só a função de salvaguarda (defesa) como também a função criadora do Direito poderá ser desenvolvida frente às mudanças sociais, quando novos objetivos forem apontados através de decisões políticas. Será isso de valia para a concretização dessas mudanças, apontando o caminho a seguir em meio a forças e interesses rivais. Em vista disto, falar em futuro do Direito Privado em linguagem científica não pode significar perder-se em suposições: se no próximo século despontará a idade de ouro de uma sociedade de Direito Privado, livre de dominação ou se o mesmo naufragará em um estado totalitário.

Eu me proporia uma tarefa mais modesta, mas talvez mais urgente, refletindo sobre o papel do Direito Privado em face das modificações na estrutura social e política da República Federal da Alemanha. Nessa linha de pensamento, não pretendo acompanhar a já bastante discutida mudança de funções de alguns institutos jurídicos do Direito Privado.

Acima destas observações, devemos preocupar muito mais uma outra questão: o quadro tradicional do Direito Privado se apresenta como um sistema fechado dentro do nosso ordenamento jurídico, quando deveria ser unificado. Qual o posicionamento de agora em diante dos princípios e institutos jurídicos, que aqui acrescentamos ao Direito Privado, no sistema global de nosso ordenamento jurídico?

O conceito de Direito Privado, que adotamos como base nesta pesquisa, deve ser compreendido na forma como nós o empregamos para fins didáticos, através do sistema científico confirmado pela Legislação até hoje utilizada. Ele abrange, externamente, ao lado de um número de leis especiais, matéria suplementar encontrada no BGB (Código Civil) e HGB (Código Comercial), de Direito Civil, de Direito Comercial e Social, de Direito de Segurança Privada, Direito Bancário e de Transportes, de Direito Autoral e de Direito de Garantias Profissionais.

Nesse conteúdo o Direito Privado é definido por muitos princípios clássicos e pelos institutos cunhados por esses princípios, nos quais se inscrevem, em um círculo mais amplo de princípios e institutos jurídicos, de contornos difíceis de

Tradução de "Die Zukunft des Privatrechts" (Conferência proferida na Sociedade Jurídica de Berlim, em 1971), autorizada pelo autor. Tradução de Lucinda Maria Ragagnetti. Revisão de Antônio Estêvão Allgayer e Henriqueta K. von Wackerriitt.

precisar. Como pressuposto nuclear do Direito Privado em sentido originário afirma-se o reconhecimento da independência e liberdade do indivíduo. Para ele servem as regras do Direito da pessoa algo reduzido no BGB (Bundesgesetzbuch), assim como as regras de defesa contra procedimentos e condutas anti-sociais. Embora restrita, a independência da pessoa através de sua vinculação de status dentro da família vem sendo confirmada de modo incisivo. Ordenado segundo o princípio de liberdade está o reconhecimento da propriedade privada de bens de toda a espécie com liberdade de uso e de disposição. Também permanece inalterada uma abrangente proteção do patrimônio e o reconhecimento do direito à criação intelectual.

Ao livre desenvolvimento do indivíduo serve finalmente o princípio da autonomia privada. Respeita-se a possibilidade de estruturação própria de relações jurídicas através de contratos com outras pessoas, a saber, para a troca de bens e prestações de toda a espécie e o reconhecimento da formação livre de associações, disciplinando-se a organização de tais sociedades.

A vinculação interna desses princípios permite falar-se de um sistema do Direito Privado, que, todavia, não pode ser compreendido como sistema fechado incapaz de se estender, mas como sistema aberto. Ele remonta, como Wieacker e Coing mostraram, à forma codificada no BGB sobre o mundo do racionalismo e a filosofia do idealismo alemão. Mas ambos os autores apropriadamente chamaram a atenção para o fato de que o Direito Privado recolheu, desde a entrada em vigor das grandes codificações, princípios e institutos jurídicos mais desenvolvidos pela jurisprudência e pela doutrina. Não obstante isso, sobrevive a ética kantiana formal, dirigida até hoje à liberdade e autodeterminação do indivíduo, reconhecimento de uma autonomia da parte, ainda que muitas vezes limitada, e presente nos conceitos jurídicos centrais do Direito Subjetivo e da declaração de vontade no campo das obrigações. Ela se confirmou nas últimas décadas na formação de uma tutela jurídica ampla, não apenas da propriedade, mas também da esfera de dominação sobre bens materiais, que assegura a liberdade, bem como da própria pessoa na estrutura de um direito geral da personalidade renovada como uma coluna mestra do nosso Direito Privado. Mas paralelamente, complementando e corrigindo, fez-se valer, já desde a primeira guerra mundial, cada vez mais, o pensamento ético do enquadramento social do indivíduo e conseqüente responsabilidade social. Ele atua na ampliação do princípio de "fidelidade e fé" nas mais diversas aplicações sobre todos os institutos jurídicos, na integração da teoria da vontade através do princípio da proteção, da confiança e a extensão de feitos contratuais sobre relações jurídicas sem completa união de vontades, no esforço em direção à justiça contratual material, na modificação das bases do negócio, na limitação do uso da propriedade através da ênfase em sua vinculação social, na ampliação da responsabilidade por dano contratual, delituosa ou objetiva - apenas para nomear os exemplos mais marcantes.

Não há dúvida de que se efetivou com os passos parciais, aqui mencionados, sem pretensão de exaurir a matéria, uma mudança essencial do Direito Privado no seu conteúdo, e também no método de aplicação do Direito. Ou falando-se mais

genericamente, no seu "espírito". O sistema se mostrou suficientemente flexível para adaptar-se a concepções e necessidades fortemente modificadas ainda que ao preço de sua coesão interna. Em todo o caso, tanto esforço a doutrina empregou em assimilar a complementação, por vezes sobreposição dos antigos princípios básicos por novos, que as mudanças até hoje levadas a efeito podem, contudo, ser qualificadas sem hesitação como inerentes ao Direito Privado, porquanto apenas parcialmente preenchem o quadro do Direito Privado com novo conteúdo, sem rompê-lo e sem transcendê-lo.

Outro quadro se apresenta, quando se toma em consideração a relação do Direito Privado com outros sistemas parciais da ordem jurídica genérica, especialmente com o Direito Público. Nunca se duvidou de que não se isola desses setores do Direito. Só apreende completamente a proteção jurídica da pessoa e de seu patrimônio quem considera também as normas pertinentes do Direito Penal, bem como as da Polícia e do Direito Administrativo como um todo.

A disciplina privada do direito real, especialmente em matéria de imóveis, já na entrada em vigor do BGB, era apenas um capítulo de uma regulação mais abrangente, certamente muito mais diferenciada, envolvendo o Direito Público, das relações sobre bens corpóreos. Os exemplos podem ser facilmente multiplicados. Seria de acrescentar também a indispensável complementação do direito material pelo Processual. Apesar disso, a teoria do Direito Privado acreditou por longo tempo poder manter a autonomia e coesão do sistema de Direito Privado.

Já desde a primeira Guerra Mundial, essencialmente fortalecidos sob o regime nacional-socialista, e apesar da volta das garantias constitucionais, e dos princípios da economia de mercado, tomam vulto, desde 1945, nos nossos organismos políticos, sob a pressão das tendências sociais e de bem-estar, os direitos de fiscalização e atuação estatal também na esfera do Direito Privado. E isto é tão verdadeiro que se pode falar de uma perda de função do Direito Privado, de um esvaziamento do seu campo de aplicação.

Salta aos olhos esse processo de redução, nos campos regulados pelo Direito do Trabalho e pelo limite econômico. Eles pertenceram incontestavelmente ao campo do Direito Privado para o legislador até a passagem de século. Tornaram-se independentes em sistemas parciais próprios no decurso dos últimos cinquenta anos. O desprendimento completou-se primeiro e quase silenciosamente no Direito do Trabalho a partir dos anos 20. O contrato de prestação de serviços do BGB, desde o começo, não era apropriado para regular convenientemente as relações de trabalho de milhões de assalariados, especialmente quando o Direito Público veio em auxílio do Direito Privado clássico com o Direito de Proteção ao Trabalho e com o Direito Previdenciário. O estabelecimento da liberdade de organização em 1918 e o desenvolvimento do Direito Coletivo e do Direito da Empresa e de Co-Decisão (a maioria dos autores brasileiros traduz "Mitbestimmung" por co-gestão. Na Espanha também fala-se em "co-gestión". Garrigues critica o neologismo. Pessoalmente

preferimos "co-decisão *). Calcaram então o Direito do Trabalho tão claramente sobre uma base desviada do Direito Privado clássico, que hoje não pode persistir nem há dúvida sobre a autonomia desse campo de disciplina, a despeito de algumas formas intermediárias e de várias ligações transversais, frutíferas para ambos os lados.

As coisas estão mais difíceis quanto ao Direito Econômico, que segundo o objetivo, se mostra menos claro em contornos que o Direito do Trabalho e por isso mais facilmente a apreensão de quem o sistematiza. Até a época atual é proposto por muitos autores limitar seu objeto às formas jurídicas de atuação estatal sobre a evolução econômica de modo que ele seria enquadrável sistemicamente no Direito Administrativo. Todavia, na República Federal essa proposta não procede, a despeito do crescimento de certos elementos de planejamento, face à predominância decisiva no ordenamento, de uma economia de mercado. Pois as iniciativas da atividade econômica e a força de propulsão nesse sistema não se encontram no Estado, mas nos sujeitos econômicos, isto é, nas empresas e nos estabelecimentos familiares como as unidades de produção, repartição, prestação de serviço e consumo. De outro lado, seguem os processos econômicos não uma lei natural, que se mostraria rapidamente como o direito do mais forte, mas carecem de ordem jurídica, que elementos do Direito Privado e Público devem atuar juntos. Aqui o Direito Privado é completamente atual. Ele põe à disposição da empresa como sujeito econômico as formas organizacionais, confere aos sujeitos de direito, como pessoas jurídicas para a proteção de seu patrimônio, os direitos subjetivos outorgados aos indivíduos e possibilita empregar o instituto jurídico do contrato não apenas para a troca de bens de operações de mercado, mas também nos contratos de organização, de empresa, de cartéis e orientação do mercado, para construção e segurança de posições econômicas de poder. Mas manifestadamente ele sozinho nas bases dos princípios tradicionais não está apto para as tarefas de coordenação assim colocadas: arrisca-se de degenerar em instrumento técnico-jurídico manejado eximamente pelos detentores do poder econômico. Por si só ele não pode mobilizar forças de defesas bastantes para assegurar na prática a igualdade econômica de oportunidades dos participantes do mercado. Essa igualdade é pressuposto teórico da economia de mercado e controle do poder econômico. A concorrência não alcançou o objetivo procurado. Uma repartição do Direito Econômico em um campo de Direito Administrativo e de Direito Privado abrangeria, pois, em qualquer enriquecimento que as formas jurídicas do Direito Administrativo e do Direito Privado experimentassem, através do seu emprego sobre os fatos da vida econômica, de ambos os lados apenas fragmentos sem função ordenadora suficiente. O fragmento de um Direito Econômico Privado seria fator de distúrbio no sistema de Direito Privado, que ameaçaria desacreditá-lo no seu valor de justiça. Não satisfaz, no entanto, assinalar como Direito Econômico apenas um conglomerado de todas as normas definidas para ordenamento da realidade

* nota da tradutora

"Economia", com a renúncia a um princípio diretivo unificador. Mais que isso, o único laço que une o Direito Econômico como sistema parcial está em ver a função que a essas normas compete para o embasamento e segurança da respectiva ordem econômica praticada (não concebida apenas modeladora, mas como conexão lógica, ainda que sob compromissos). Isto significa para nossa colocação da questão que ela não pode desprender-se, quer do Direito Público, quer do Direito Privado, nem competir completamente a um ou outro; sua função exige um estreito entrelaçamento entre ambos os campos.

A confusão costumeira entre Direito Público e Privado, que é característica para os campos do Direito do Trabalho e de Direito Econômico, mostra-se finalmente também no campo da chamada administração da coisa pública. Para o ordenamento jurídico das empresas públicas e das relações de exploração por elas fundadas, assim como para a concessão de ajuda econômica de toda a sorte com os meios públicos para os particulares, isto é, para subvenções, créditos, garantias etc., podem o Estado ou o Município utilizar em ampla extensão tanto formas jurídicas de Direito Privado como de Direito Público. O Direito Privado utilizado para disciplinar o serviço de fins estaduais ou locais (municipais, comerciais) passou a denominar-se Direito Administrativo Privado.

Já este nome e as reflexões que se encontram por trás dele mostram, porém, que nesse caso não se trata como ocorre nas meras participações de corporações de Direito Público no tráfico econômico privado para a tomada completa e ilimitada dos princípios do Direito Privado clássico no campo da Administração da Produção, mas simplesmente de atos da administração pública, para os quais esta apenas se serve por razões de conveniência instrumental, de formas e institutos jurídicos do Direito Privado. Critérios da sua legalidade são para isso em caso de dúvida os princípios do Direito Público que valem para a atuação da administração. Apenas aparentemente o campo de aplicação de Direito Privado é aqui ampliado, ao invés de reduzido. Ele é de certo modo tomado de empréstimo para fins estranhos ao Direito Privado e arrisca-se a ser com isso desnaturado.

O inventário que tentamos produzir em poucas e despretenciosas linhas mostra que o Direito Privado de modo algum se estiolou em seu conteúdo espiritual. No entanto, ao que parece, encontra-se em retirada no campo de sua aplicação. Estas considerações levam a indagar se estamos frente a um processo irreversível ou qual a função que do Direito Privado hoje e em futuro previsível é chamado a desempenhar.

Para encontrar-se uma resposta a estas indagações, é preciso que se pergunte ainda uma vez, e com mais urgência, o que nos autoriza a pressupor a autonomia e coesão interna do Direito Privado como axioma ou ideal, o que permitirá que a invasão do Direito Público possa ser medida e julgada como sinal de decadência. Reflexão mais próxima mostra que nessa forma de pensar somos herdeiros de uma grande tradição, que temos que respeitar, mas que hoje não podemos mais manter

inalterada. Por outro lado poucos sinais devem bastar para orientar esse fato longamente conhecido do historiador na concatenação que precisa nos interessar.

Uma raiz da compreensão do Direito Privado, de acordo com a opinião aqui expressa, encontra-se na forma de pensar em termos históricos há muito predominante e até hoje atuante nas ciências humanísticas alemãs em conjunto, e especialmente na ciência do direito como ciência humanística. Hoje que a filosofia generalizante e tipificante domina o pensamento, não é mais tão fácil uma representação atual de força de expansão do historicismo do século XIX e início do século XX. A essa concepção intelectual-histórica pertence a Escola Histórica do Direito, cuja grande contribuição foi tornar visível a continuidade de uma História do Direito Privado europeu, através de todas as mudanças políticas e sociais, interrupção e recomeço, em um desenvolvimento de mais de dois mil anos. A "História do Direito Romano na Idade Média" de Savigny, "O Espírito do Direito Romano", de Jhering, ou novos trabalhos, "Europa e o Direito Romano" de Paul Koschaker e a brilhante "História do Direito Privado dos Tempos Modernos", de Franz Wieacker, são formidáveis atestados desse trabalho, em cujo ponto central, quase sempre a partir da compreensão do Direito Romano; se encontra o Direito Privado, como sistema de ordenação com uma força de atuação que ultrapassa o tempo, enquanto o Direito Público Romano, como criação ligada ao tempo, recuou. É compreensível que juristas criados e trabalhando nesta grande tradição pressuponham como natural a autonomia e integridade do Direito Privado.

Uma forma de pensar contrária, próxima ao Direito Natural Racional do século XVIII, conduzia por outro caminho ao mesmo resultado. Se se questiona sobre os problemas objetivos que incumbem ao Direito Privado ordenar, depara-se, sob muita matéria contingente, ligada ao tempo e à nação, com uma camada de problemas que se apresentam em todo o lugar onde as pessoas convivem em grupos estavelmente e carecem da ordem jurídica para esse convívio. O ordenamento do casamento, da família, da propriedade, da posse dos bens necessários à manutenção da existência, dos contratos para troca de bens e serviços, da indenização ou reparação do dano pela ofensa à vida ou aos bens de outros, são tarefas que, mesmo sob variáveis graus de diferenciação, toda a comunidade jurídica deve enfrentar, pois elas resultam de necessidades elementares de qualquer sociedade. Seu ordenamento, porém, revela o núcleo do Direito Privado, que permanece igual como conteúdo problemático, indiferentemente, se se acentua a mutação histórica e a crescente perplexidade dos problemas e as soluções a serem encontradas para eles, ou se, como os teóricos do Direito Natural, se confia na possibilidade de dar respostas genericamente válidas e independentes do tempo, com as forças da razão humana.

Já em Savigny, o fundador da Escola Histórica do Direito e adiante, na pandectística do século XIX, ambas as correntes, em si contrárias no espírito, de nacionalismo e do historicismo, seguiam uma linha característica. O Direito Privado foi trazido, como direito comum, isto é, essencialmente nas bases do Direito

Romano, desviando-se, porém, da forma de pensar, orientadora, no caso, dos juristas romanos, para um sistema de conceitos e regras penais. Um tal sistema científico, de grau de abstração relativamente alto, foi então codificador no BGB. As rupturas no sistema, que se podem reconhecer entre o Direito Patrimonial dos três primeiros livros do BGB e o Direito de Família, não se configuram tão perturbadoras que possam prejudicar a coesão da obra de legislação e da matéria jurídica por ela dominada. Por causa desta coesão, o legislador regulou também no BGB as áreas jurídicas parciais, em que num entrelaçamento do Direito Público e Privado ai permanecem, e também as medidas de utilização do século XIX sobreviveram, sobretudo o Direito Real Mobiliário Rural e Urbano, apenas no seu aspecto de Direito Privado e tanto quanto possível de forma generalizadora enquanto se deixava ao Direito Agrário cuidar do aspecto público jurídico.

Que o Direito Comercial já codificado, desde a metade do século, o Direito de Autoria, de Invenção, das Marcas, o Direito do Contrato de Seguro e outros tenham sido regulados em leis especiais, não mudou nada na forma de coesão, porque o sistema científico deixou-se estender a essas matérias, obedecendo sem esforço à dedução de princípios jurídicos iguais.

A unidade do Direito Privado, uma vez codificado como fruto da pandectística dos fins do século XIX, permaneceu, finalmente, porém, fundada nas convicções éticas e políticas básicas da camada social civil ainda relativamente unitária, que recebeu essa obra legislativa como ordenamento a ela adequada. Ela correspondeu à sua necessidade de liberdade, expansão e independência empresarial, a seu individualismo de posse e às suas representações da autoridade paterna e marital sobre a família, no quadro escrito, porém assegurado pelo Direito do Estado, de um Estado militar e burocrata constitucionalmente imposto. A filosofia do idealismo alemão, especialmente a ética kantiana e o liberalismo econômico, no espírito dos clássicos ingleses, permaneceu atrás das formulações acentuadamente sóbrias destas leis. Que a Alemanha no fim do século XIX tenha ultrapassado a primeira fase de industrialização com um estatuto social rapidamente acrescido de trabalhadores industriais é apenas perceptível no BGB e no HGB. O contrato de trabalho do Direito de Trabalho recebeu impulso na regulamentação da indústria, nas disposições sobre os empregados rurais, no Direito Previdenciário já em construção compreendido na RVO e nas demais leis especiais pertinentes.

O desenvolvimento do Direito Público desenrolou-se, em contraposição, de forma diferente. Ele se independentizou e despreendeu, como recentemente Bullinger demonstrou, do tronco comum do Direito Ordinário, desde o século XVI, lentamente, em campos parciais, em torno do Direito Constitucional. Apenas a doutrina do século XIX completou esse processo de desprendimento, e elevou a bifurcação da ordem jurídica em Direito Público e Privado à categoria de axioma. Ela correspondeu, com isso, a uma necessidade de sistematização científica, mas ao mesmo tempo permaneceu fortemente sob a influência das teorias do liberalismo econômico e político.

O Direito Privado era coordenado ao império não-político da sociedade econômica; o Direito Público à Constituição e ao aparato administrativo do Estado autoritário. Sobre os fossos divisórios destes dois impérios apenas algumas pontes permaneceram no Estado de Direito Liberal, ao qual incumbia proteger a independência da sociedade contra os "ataques" do Estado.

Hoje, após mais de 70 anos de uma história política incomumente movimentada, a concepção da singularidade do Direito Privado, no sentido de um sistema fundado em contraposição ao Direito Público, por princípios jurídicos liberais, é insustentável. No entanto, as grandes codificações da última mudança de século ainda estão em vigor. Renovações de profundidade concernem apenas a determinados campos circunscritos, sobretudo o direito de família e o das sociedades por ações. Vista externamente, confirma-se também para esse período a experiência histórica da maior estabilidade e continuidade do Direito Privado em comparação com o Direito Público exposto a todas as oscilações políticas. Mas as aparências enganam. As mudanças políticas e econômicas nesse período não abrangeram apenas a Constituição, mas toda a estrutura social e por isso não abateram apenas o Direito Público, confundido como campo especial de Direito, mas atuaram até o fundo no campo social tradicionalmente ordenado pelo Direito Privado.

A transformação da sociedade civil e agrária em industrial, que se completou nessa época, de um lado roubou os fatores de sua atuação, que até hoje permaneciam sob a codificação e que favoreciam a unidade do Direito Privado. Por outro lado, exigiu novas tarefas de ordenação, que não podem ser realizadas apenas com os meios do Direito Privado.

Suprimida ou de qualquer forma essencialmente enfraquecida está a força imparcial ainda atuante da tradição histórico-jurídica, com a despedida do historicismo e com conseqüência das múltiplas rupturas na nossa história política. A mentalidade desmascarante e relativizante da Sociologia questiona mais crítica e agudamente a função de institutos jurídicos historicamente transmitidos. Uma larga distância nos separa das bases ideológicas de pandectística e do Direito Civil dela originado, isto é, da Filosofia do Idealismo alemão e das teorias sociais do liberalismo clássico. Finalmente aquela permanência básica dos problemas que ao Direito Privado cabe resolver em cada sociedade ainda existe e sua regulamentação é imperiosa na sociedade industrial.

Mas esta nossa sociedade atual tornou-se essencialmente mais polimorfa e complexa nas suas relações de vida e formas econômicas. Com as suas estruturas de poder características e tensões internas, com as suas pretensões de bem-estar e seguridade individual e comum, a serem realizadas e mantidas pelo Estado através de múltiplas prestações (serviços), mas também na base da participação democrática dos cidadãos nos processos políticos e econômicos de decisão, ela (nossa sociedade atual) criou uma grande quantidade de novas tarefas ordenadas, que exatamente nos últimos anos receberam uma nova direção, sob a palavra chave da "democratização" de todos os campos da realidade.

É evidente que o modelo de uma bipartição rígida da ordem jurídica baseada na separação entre Estado e sociedade, em ambos os sistemas de Direito Privado Público, fechados cada um sobre si, perdeu sua validade como medida e meio de compreensão orientador, sem prejuízo da interpretação de que a distinção compete ao Direito Positivo, especialmente à delimitação das competências dos tribunais ordinários (ou especiais) da administração. Esta bipartição de categorias não é um mandamento cogente de lógica jurídica, mas, como todos os conceitos e projetos de sistema da ciência do direito, apenas a tentativa de ordenar conjuntamente os complexos de normas de acordo com os fins de os "compreender", considerando sua aplicação. Ela (a subdivisão) era compatível com a situação histórica da Alemanha no século XIX e do começo do século XX; hoje, pelas razões mencionadas, não mais o é.

Com isso coloca-se a pergunta, se se pode esboçar em um sistema mais justo a situação atual da sociedade industrial e que papel compete ao Direito Privado em tal sistema.

Bullinger respondeu a essa questão com a proposta de abandonar a bipartição e fundir futuramente os complexos de normas separadas através dela em um "direito comum", do qual seriam eliminadas apenas algumas disciplinas parciais, como, por exemplo, o Direito Constitucional e o de Polícia, com seus princípios especiais. Nessa proposta ressaltam-se as dificuldades práticas, que resultam para o Direito Público dos esforços para desenvolver formas e institutos jurídicos próprios na conseqüente construção de sua autonomia, para fatos em relação aos quais o Direito Privado já construiu estruturas adequadas. Do mesmo modo ele nos adverte contra um endurecimento ideológico da antiga teoria da subdivisão, que sofre a tentação de contrapor o Direito Privado como o reino da liberdade individual ao Direito Público como campo de atuação do poder estatal de coerção.

Não deve ser negado o peso dos argumentos de Bullinger e o mérito de sua investigação básica deve ser reconhecido expressamente. Sua proposta na prática é reatar a doutrina de direito comum da época pré-liberal e pré-idealística.

Ele poderia reportar-se, à semelhança da posição dos juristas do círculo anglo-americano, para os quais a unidade **Common Law**, em contraposição à dicotomia dos círculos jurídicos alemães e romanos, permaneceu até hoje um dogma óbvio e que no entanto mostram menor inclinação para a sistematização e em cujas concepções políticas o estado nunca assumiu o papel de uma unidade autônoma, superpessoal, do mesmo porte da sociedade.

A despeito disso, não considero a proposta de Bullinger como convincente. O Estado democrático de bem-estar dos nossos dias, comparado com os fracos meios estatais de poder e dirigismo dos séculos anteriores, precisa aparecer como verdadeiro Leviatã, exerce atualmente força e influência através de sua burocracia também no campo de **Common Law**, a tal ponto que não mais pode ser qualificado adequadamente apenas como governo sob controle parlamentar, ou administração

de um Presidente eleito pelo povo. A unidade postulada pelo direito Público e Privado, debaixo dessas circunstâncias, ao encontro das intenções de Bullinger, resultaria numa inundação ou dominação dos princípios de Direito Privado, de que se tratava no início, através das máximas diferentes do Direito Público.

Seria também irrealista supor que a diferença entre Estado e Sociedade, que está na origem da diferença entre Direito Público e Privado, pelo menos nos seus contornos, seja superada; que o Estado democrático se compreenda como reunião dos seus cidadãos em uma comunidade política. Nesse sentido, tão adequadamente possam ser qualificados os componentes dinâmico-políticos do Estado como de um processo de integração constante tampouco pode renunciar-se ao lado institucional das coletividades compostas no Estado, organizadas como Estado. Também o Estado democrático exercia juridicamente poder organizado, isto é, dominação, que se submete ao controle democrático, mas que não pode volatilizar-se como sociedade livre de dominação. E o Estado de bem-estar, do qual seus cidadãos esperam em medida crescente a garantia da sobrevivência material, exige um aparato burocrático abrangente e uma soma de regras para a distribuição de suas prestações de justiça social. Mas de outro lado permanece, para os cidadãos, ao lado dos direitos de participação no processo de formação da vontade política e nas prestações sociais do Estado, vem a oportunidade de liberdade de atuação a ser exercida de forma própria, individual ou conjunta politicamente não mais vazia ou mais indiferente, mas não competente ao Estado. A exigência de tal oportunidade de liberdade e de reconhecimento e proteção de uma esfera privada, não controlada pelo Estado, não é, segundo quaisquer observações, nenhum simples resquício das concepções filosófico-sociais dos tempos passados, mas até hoje um forte motor de atuação individual e coletiva e dos desafios políticos da nossa comunidade. É representada com especial ênfase pela jovem geração, indiferentemente de quão crítica ela possa se situar de resto em seus diversos grupamentos da ordem existente. Uma parte do que F. v. Hippel chamou "mentalidade vital" existente por detrás do Direito Privado, ainda hoje portanto viva, precisa, no entanto, conciliar-se com o sistema de serviços do Estado de bem-estar não menos urgentemente necessário, que há 15 anos v. Hippel acreditava que se pudesse deter. De qualquer modo a sociedade industrial de nossos dias é tão pouco absorvida pelo estado quanto ele pode absorvê-la. Ambos têm os seus próprios pesos políticos. O certo é apenas que ambos os campos se interpenetram a tal ponto que eles, quer no plano fáctico, quer no plano ideal, não podem mais ser separados um do outro. Sua distinção permanece contudo possível e necessária justamente na perspectiva da ordem jurídica, uma vez que ela se embasa em princípios diferentes. A diversificação desses princípios se expressa também na Constituição, como as bases comuns de nossa ordem jurídica vigente, de forma que de um lado ela garante no seu elenco de direitos fundamentais a liberdade do indivíduo no campo social e, através disso, ligada à garantia da propriedade, possibilita e assegura o Direito Privado. De outro lado, porém, organiza o estado como instituição e a participação ou direitos de fiscalização dos cidadãos ao poder estatal, isto é, estabelece e requer o Direito Constitucional e Administrativo.

Se se procura um quadro que expresse a relação entre o Direito Privado e Público dentro de nossa ordem jurídica global, então, depois do que foi dito, não se mostra apropriada a velha concepção de dois círculos fechados, interseccionando-se aqui e ali, mas também não é a proposta de Bullinger, em fundir ambos os círculos em um sistema unitário de Direito Comum. Mais de acordo com a realidade está o quadro de uma elipse com dois focos como centros de irradiação, entre os quais aparece um campo intermediário, influenciado pelos dois centros. A força de irradiação de um ou de outro centro pode modificar-se através de decisão política, mas o sistema seria destruído se um dos pólos perdesse sua força autônoma. Essencial é, ademais, a abertura e a necessidade de complementação das regras provindas de cada um dos pólos.

A dificuldade de uma sistemática científica, ainda não resolvida e apenas tornada clara com esse quadro, consiste evidentemente em que a esfera intermediária de influência de ambos os pólos cresce intensamente em alcance e significação políticas. É a esfera do "Mundo do Trabalho e da Organização", que em virtude de "Modificações de Estrutura no Publicismo", investigada por Habermas, se desenvolveu a partir da decadência do campo público (adicionado do publicismo da antiga sociedade burguesa) em um novo campo comercial, que não pertence nem à esfera pública nem à reduzida esfera privada. Correndo o risco de estabelecer unilateralmente um conceito múltiplo, acredito dever qualificar essa esfera como "pública", no sentido de não se tratar prevalentemente de pessoas, associações ou organizações não estatais. Esse comércio, porém, diversamente da esfera privada, deve ser responsabilizado publicamente, logo, politicamente podendo ser submetido ao controle público.

Isto explica a situação de desordem em que aqui o Direito Público e Privado são empregados como elementos de ordenação. Nisso preponderam amplamente os institutos de Direito Privado, mas eles sofrem uma mudança de função, que a seguir precisamos tratar com mais exatidão.

Na Teoria do Direito várias correntes sugerem para a organização dessa esfera o conceito já empregado por Otto V. Gierke para o "Direito Sindical", de "Direito Social". Entretanto, não é de se esperar grande contribuição para a compreensão de sua peculiaridade face à imprecisão que se liga ao conceito do social, na linguagem corrente de hoje. Não é também claro, quais princípios jurídicos, em oposição aos princípios de Direito Público e Privado, constituem um sistema de Direito Social, e quais devem delimitar esses velhos territórios do Direito. Permanece antes o perigo de que, enquanto os três territórios jurídicos se alinham uns aos outros, se perca de vista a costumeira relação de tensão e a complementação funcional em que nesse campo o Direito Público e o Privado se defrontam.

III

Para o futuro do Direito Privado como sistema parcial vital de nossa ordem jurídica, dependerá primeiramente saber se as representações de liberdade, autodeterminação e responsabilidade próprias do ser humano, que se encontram na

* Nota: Os parênteses não estão no original, mas a frase em português fica mais clara com eles.

base do seus institutos jurídicos, manterão sua força de convicção e se uma sociedade orientada nesses modelos está pronta a oferecer ao indivíduo uma margem, ainda que limitada, de livre aquisição e disposição de bens materiais. Onde esses modelos forem reprimidos por outros, que sacrifiquem o individual ao coletivo, haverá ainda a necessidade de uma ordem, para aquelas exigências elementares da vida, que mesmo uma burocracia gigantesca não logrará satisfazer através de atribuições, mas esta é ainda uma ordem tolerada à margem: a força de irradiação de um dos dois pólos do sistema jurídico global está extinta. Seria um julgamento global, inadmissível, afirmar que o Direito Civil dos Estados do Leste não tenha permanecido, com um semelhante caráter marginal. Os "Princípios de Codificação Civil" votados como lei em 1961 na União Soviética e os Códigos Civis subseqüentes das Repúblicas Individuais da União, assim como as respectivas codificações das demais "Democracias Populares", sob influência soviética, mostram pelo mínimo a intenção de uma certa independentização da esfera privada e patrimonial e a disputa, lá existente, se o Direito Econômico se compreende no Direito Civil ou deve ser tratado como sistema parcial autônomo, tem - com toda a reserva contra uma precipitada equiparação entre os conceitos do sistema lá existente e o nosso - ainda um fundo (timidamente esboçado) ideológico. Mas tão logo sejam reconhecidas formas e institutos de Direito Privado, eles sucumbem ao destino, à semelhança do nosso "Direito Administrativo Privado", de ser empregados de forma meramente instrumental. Não se pode, portanto, falar de um equilíbrio, ainda que aproximado, de ambos os pólos.

Na República Federal aqueles modelos estão confirmados no elenco dos direitos fundamentais em nível constitucional; logo, responder por eles significa defender o fundamento da nossa comunidade política. Mas exatamente esta referência à Constituição precisa defendê-los de uma interpretação parcial. Eles permanecem sob a reserva da participação democrática de todas as camadas da população e da defesa da justiça social. É manifesto que com isto surjam conflitos de objetivos que eventualmente exijam decisão política.

Uma vez que a esfera da Economia na nossa sociedade industrial forma um dos campos principais de tais conflitos de objetivos, está dito com isso que a equiparação entre ordem econômica e ordem jurídico-privada correspondente à concepção neo-liberal e o destaque de uma sociedade econômica como sociedade de Direito Privado, livre de dominação, repousando na igualdade de todos os participantes, se é que existiram, de qualquer modo não podem hoje ser mantidos.

É verdade que o Direito Privado representa, com os seus institutos jurídicos centrais da propriedade e da livre estipulação contratual, e com o Direito Comercial e o das Obrigações altamente diferenciado e desenvolvido a partir daí, um pressuposto essencial para o funcionamento e o êxito do sistema atual de concorrência e de economia de mercado. Mas a esperança do Liberalismo Autocontrolado de que esse sistema, uma vez introduzido, possa conservar-se, sob

a proteção estatal, na base do Direito Privado como Direito de organização da economia auto-regulável, não se realizou. Em vez disso forma e medida de uma necessária regulação estatal é, no quadro da lei fundamental, objeto de decisão política.

Nesse contexto segue-se que o Direito Privado, na verdade, por causa daqueles modelos, não é excluído do campo da Economia, mas não pode reclamar exclusivamente para si esse campo como uma espécie de território de reserva.

Neste exemplo torna-se claro o que deve valer como segunda premissa para a continuidade do Direito Privado: ele não deve fechar-se por recaio de uma perda de identidade nas suas formas clássicas de pensamento, mas precisa assumir a tarefa de, sozinho ou em atuação conjunta com o Direito Público, ordenar e estruturar o campo, que nós assinalamos acima como "público". Isto só pode ter resultado, se ele levar em conta a multiplicidade dos campos da vida e necessidades de uma sociedade industrial, de forma que ele estabeleça seus institutos jurídicos básicos, não em uma única função social, mas enfrente uma pluralidade e diversidade de funções. Entenda-se com isso não um manuseio liberado de valoração, que permitiria também qualquer desvio, o que especialmente no Direito dos contratos representa uma forte tentação para os contratantes mais poderosos, sob o pretexto de uma liberalidade contratual mal interpretada como privilégio. Vale antes elaborar a diversidade dos padrões de valor determinantes para um instituto jurídico segundo o campo funcional, no qual ele venha a se inserir. O abandono da universalidade formal das normas de Direito Civil, que foi o orgulho do legislador das grandes codificações do século XIX, deve ser levado em conta conscientemente.

A mutabilidade de funções de um instituto é familiar à ciência do Direito Privado já há muito sob o ponto de vista da alteração de função, isto é, de uma mudança ocorrida no decurso da história. Sobretudo propriedade e contrato foram muitas vezes objeto dessas investigações. Sem querer pôr em dúvida o seu significado, vale aqui enfrentar um aspecto um pouco diferente do mesmo fenômeno.

Não nos interessa a mudança no tempo, mas o emprego contemporâneo do mesmo instituto jurídico em funções diversas, conforme o campo da vida social em que seja empregado. Minha tese consiste em que o grau de privatismo ou publicismo de um tal campo da vida deve conduzir a diferenças relevantes na função e no manejo de institutos jurídicos de Direito Privado que se devem reconhecer mais claramente do que até aqui.

Dependerá, portanto, de saber se as relações jurídicas e institutos jurídicos existentes em um campo apenas, ou ao menos prevalentemente, dizem respeito aos próprios participantes de forma que a ordem jurídica possa se satisfazer em delimitar as esferas de poder e liberdade recíprocos e apresentar soluções para os conflitos de interesse. Esta era a tarefa clássica do Direito Privado no entendimento de Savigny

e da Pandectística, que pretendia sair-se dela com um sistema formal de ordenação sem valoração própria. Mas esse entendimento do Direito Privado não é mais suficiente. Tornam-se sempre mais importantes os campos da vida, cuja significação supera a esfera privada, que afetam a esfera pública e que por isso carecem de uma ordem jurídica que leve em conta esse fator. Esse ponto de vista não era inteiramente estranho ao BGB. O legislador o considerava, quer através de coação no Direito das Coisas, quer no Direito Societário, sem que por isso fosse necessário colocar possibilidades soberanas de agressão pelo Estado, quer através de reservas de autorização para os negócios privados, como por exemplo desde 1918 na órbita em mutações das transações imobiliárias ou no Direito de Tutela (do menor). A esfera pública pode, porém, obter tanto peso que, assim como no Direito dos contratos restritivos da concorrência, ao lado do instrumental jurídico privado, também o administrativo e o penal devem ser postos em relevo para a segurança da ordem que o Direito é chamado a instituir.

O critério da "publicidade" não é certamente novo. Percebo também que ele não se presta a delimitações precisas e tangíveis.

No entanto, fluentes transições correspondem ao estado de nossa sociedade e uma teoria que queira levar em conta essa realidade não deveria negar as transições e as formas intermediárias, mas tentar elaborar em situações típicas graus de "publicidade" e suas conseqüências para a ordem jurídica.

Antes de empreender essa tentativa em alguns exemplos, preciso ir de encontro de um possível mal entendido dos princípios do meu sistema. Os campos da vida, que eu proponho distinguir na perspectiva do emprego dos institutos jurídicos do Direito Privado segundo o grau de "publicidade", não são camadas sociais, classes ou círculos profissionais. Na verdade efetua-se também uma classificação segundo as formas de atividade e grupos profissionais, também no Direito Agrário, Direito do Trabalho, Direito das Profissões Liberais, Direito Comercial e Industrial, mas mais sob o de vista do Direito Público das Profissões como parte do Direito Administrativo do que sob o do Direito Privado.

Mais significativos, são os múltiplos campos da vida social entrelaçados, nos quais nós todos, como membros desta sociedade, simultaneamente nos movemos, ainda que com diferentes valores e atribuições.

A teoria sociológica dos papéis esclarece melhor o que se compreende exatamente para o Direito Privado. Se o Direito Público de polícia, profissional, do trabalho ou estatutário me classifica segundo a minha atividade profissional, assim me deparo com as normas de Direito Privado como produtor ou consumidor, como pai de família, como proprietário, como membro de um clube esportivo ou associação profissional, como sujeito do direito de locomoção, com direitos e deveres adequados a cada uma dessas situações especiais diversas. Os institutos

jurídicos do Direito Privado que aí podem ser empregados, como contrato, propriedade e posse, qualidade de sócio, responsabilidade, podem ser os mesmos, no entanto muda-se a sua função e a sua valoração jurídica, cada uma segundo a situação típica e o conteúdo de "publicidade" do campo referido.

Minha proposta parte, portanto, da disposição do Direito Privado segundo campos de função, que correspondem a campos de vida típicos da nossa sociedade empregando como critério de diferenciação o grau de privacidade ou publicismo desses campos. Com a mesma intensidade com que o conteúdo publicístico ocupa o primeiro plano, os princípios já acima nomeados como mais novos, definidos pela idéia da responsabilidade social, deverão fazer-se valer, no manejo das normas e institutos jurídicos do Direito Privado junto aos ou no lugar dos princípios jurídicos clássicos. Onde esses princípios não bastem para produzir a ordem social e econômica desejada, o Direito Público deve intervir, tanto para completar e embasar, quanto para delimitar e corrigir.

Para esclarecer o que se quis dizer, deve-se tentar circunscrever alguns dos campos de função a serem diferenciados daqui em diante, com as suas características especiais. Aí não pode tratar-se de exemplos exaustivos; também quanto às conseqüências jurídicas devem bastar alusões.

1. Como primeiro campo denomino aquele de esferas de vida até agora válidas, reconhecido pela totalidade da consciência jurídica, motivo deste posicionamento. Na medida em que as relações interpessoais nesse campo careçam da ordem jurídica, vale ela como Direito Privado "clássico". Aqui trata-se da configuração e proteção jurídica da pessoa e da sua capacidade de agir, da proteção dos bens patrimoniais, que servem para satisfação de suas necessidades de consumo ou de seu trabalho tanto quanto do seu reconhecimento das relações jurídicas fundadas no tráfico jurídico privado econômico e extra-econômico. Para isso os institutos jurídicos do Direito Privado, formados em uma longa tradição, até hoje são adequados na sua formação originária: os direitos subjetivos de domínio, notadamente a propriedade privada, com tutela de conservação e liberdade de disposição, todas as modalidades individuais de contratos tocantes à autonomia privada, à proteção dos bens e da pessoa através de direitos de defesa e através da reparação de danos, o Direito Privado de Associação e muitos mais.

Como o individualismo do tempo passado, se eu o vejo corretamente, se encontra em retirada maior junto à jovem geração, dá lugar a novas formações pessoais de grupos, pode também continuar mudando o valor da posição dos institutos jurídicos individuais, inclusive o da propriedade privada, até hoje fortemente carregada de conteúdo ideológico. Porém essas transformações de hábitos de vida e concepções dificilmente significam o fim da esfera de vida privada, mesmo quando eles devam se impor em uma frente ampla, pois também esses grupos se encontram mais na fuga da esfera pública, do que dentro dela. E

de qualquer forma a idéia de proteção da assim chamada esfera íntima com o já mencionado reconhecimento de um direito universal da personalidade experimentou nos dois últimos decênios um fortalecimento essencial. Eu estou, pois, convencido da força vital contínua desse campo.

Próximo dele, também o direito do casamento e família está coordenado a esse campo privado da vida. No entanto, com boa razão esse terreno do Direito também não se deixou inserir diretamente no sistema de Direito Privado do BGB. Pois, enquanto as relações interpessoais aqui existentes carecem de um ordenamento jurídico, trata-se de um ordenamento, não das puras relações jurídicas privadas, mas de relações de "status" que, ao mesmo tempo são de considerável relevância pública. Para relação entre pais e filhos isto até hoje é indiscutível, indiferentemente do papel que se queira conceder ao Estado em relação ao direito paterno de educação. Para as normas sobre o casamento, a presente discussão traz uma controvérsia sobre a reforma do direito do divórcio, de quando o casamento deva ser considerado e ordenado, como sempre foi minha opinião, como instituição de Direito Público ou como relação contratual privada. No entanto, não é aqui oportuno prosseguir falando sobre isso.

2. Da primeira camada do campo de vida privada uma outra camada ainda não se desprende totalmente na moderna sociedade industrial, mas deduz-se que nela interesses e relações individuais recuam ante interesses de grupo tipificados.

As relações jurídicas e conflitos de interesses ganham aqui por causa de sua tipicidade importância pública, e precisam por isto ser tratadas também juridicamente, mesmo que sob o emprego dos velhos institutos jurídicos, segundo outras medidas. É o campo no qual, sob as condições da moderna técnica, bens são produzidos e repartidos, prestações de serviço e tráfico são efetivadas e do ponto de vista do consumidor necessidades elementares ou refinadas, quanto à moradia, alimentação e vestuário são postas.

O conteúdo publicístico distingue a relação de trabalho como fundamento da existência material da maior parte da população, das relações de serviços individuais privadas reguladas pelo BGB e conduziu à formação do moderno Direito do Trabalho, que refoge às necessidades de proteção do trabalhador, parte tipicamente submissa, e se dirige ao ajuste entre interesses coletivos.

Algo de semelhante vale na tipificação e padronização das relações contratuais, nas quais as prestações de empresas de tráfego e abastecimento devem ser consideradas ou ainda as necessidades normais de grupos inteiros devem ser satisfeitas. O Direito Contratual clássico deveria admitir transformações e extensões relevantes que limitam essencialmente o princípio da autonomia privada, tanto com referência à realização destas relações jurídicas como na configuração de conteúdo para a proteção do consumidor. Além disso é de se pensar na

transformação que o Direito clássico da responsabilidade pelo ilícito experimentou no campo do ressarcimento por acidente que se transformou pela técnica moderna em uma calamidade pública em grande escala.

Este moderno Direito da responsabilidade não é um sistema de ordenação formado de um só golpe, mas uma colcha de retalhos, de fragmentos de regulação que em parte se chocam, mas que devem a sua existência à circunstância de que aí não se trata de resolver conflitos individuais, mas atender necessidades de grupos que se tornaram tipicamente públicos. Finalmente é de lembrar o desenvolvimento do Direito Urbano de Locação e do Direito Urbano do Solo. A tentativa empreendida no último decênio de transmutar novamente o Direito Social de Locação, desenvolvido desde a primeira guerra mundial em formas e medidas variáveis, em suas disposições de proteção ao locatário, em Direito Contratual Individual, não poderá manter-se sequer, o interesse público no preenchimento da necessidade de moradia decorrente das crescentes exigências da população e do espaço urbano limitado, é forte demais para que tal aconteça. Em contrapartida o interesse público e o de grupo pode fazer-se valer apenas debilmente na ordenação do Direito Urbano do Solo frente ao individualismo de posse, ideologicamente apoiado.

Mas, em presença da forte tendência de urbanização da sociedade industrial e da crescente miséria proveniente dos problemas urbanísticos em todos os territórios, não pode subsistir dúvida de que a propriedade privada no perímetro poderá manter-se, em futuro próximo, somente sob relevantes limitações decorrentes do planejamento federal ou municipal.

Uma retrospectiva a partir dos exemplos mencionados para este segundo campo mostra que aqui se demonstrou de forma preponderante, para fazer justiça ao crescente conteúdo público das relações de vida a serem reguladas, que os institutos jurídicos de Direito Privado se transformaram, por vezes com, por vezes sem a ajuda do legislador, sob o princípio diretivo da responsabilidade social. A elasticidade e capacidade de transformação aí demonstrada é uma garantia de que o Direito Privado afirmará seu lugar dentro da estrutura da nossa ordem jurídica, ainda quando o primeiro campo, meramente privado, deva atrofiar-se ainda mais.

3. Um terceiro campo da vida é o tráfico econômico em sentido estrito, isto é, os negócios de crédito e fornecimento que se desenvolvem entre as empresas e muitos outros. Ele é privado no sentido de que a ordenação econômica do mercado cede, em regra, aos sujeitos econômicos a liberdade das disposições negociais e das tratativas dos contratos. Mas a própria ordenação da concorrência na economia de mercado é uma instituição pública que deve ser assegurada (protegida) contra degeneração e deturpação de toda a espécie.

Só o Direito Privado não se mostrou á altura da tarefa de reprimir o poder econômico em mercados não completamente eficientes como sinal de uma liberdade contratual compreendida apenas formalmente. Também infrações contra a liberda-

de de concorrência há muito são encaradas apenas como casos de um conflito entre as empresas participantes, não como abuso da instituição. Apenas nos últimos decênios introduziu-se aí uma mudança. Hoje são introduzidos combinadamente, baseados na GWB, meios de segurança de Direito Privado e de Direito Público. Também a tendência crescente do Estado, de influir no curso do mercado, por meio da tributação e do planejamento, realiza-se em uma mobilização combinada de meios de Direito Público e Privado. Ao lado de créditos oficiais, garantias creditícias, compras a prazo, contratos de fornecimento e subvenções, há ainda o instrumental jurídico soberano da Lei da Estabilidade e outras leis especiais.

Mesmo nesses casos não se deveria falar, do ponto de vista do jurista bem como do economista, em uma "ação" assistemática do Estado endereçado ao tráfico econômico livre em si, "da sociedade privada". O sistema parcial jurídico privado não pode pretender a exclusividade e é em situações historicamente variáveis, matéria de decisão e juízo político, se e quando basta deixar entregue a si mesma a atividade econômica e aos institutos jurídicos de Direito Privado, ou onde esta atividade exige comando com outros meios. Ambas as possibilidades permanecem no quadro de nossa constituição econômica, elas não se excluem, mas complementam-se e estão interligadas de muitas maneiras. O Direito da Economia é, graças a sua significação e atuação públicas, — nisso deve-se concordar com Wiethölder — mesmo nas partes constitutivas de Direito Privado, em alto grau "político", especialmente no seu conteúdo de ordenação e de justiça.

4. Como campo de função peculiar com alto conteúdo público é finalmente de encarar-se o Direito das grandes organizações características de nossa sociedade industrial, logo o (Direito) das empresas e o (Direito) da vida econômica e do trabalho, mas também as associações predominantes na formação de vontade e de opinião política. Eles **forçaram-se** em um dos envoltórios não previsto pela ideologia liberal como "centros intermediários de poder" entre o indivíduo e o Estado. Isso tem por consequência que o indivíduo (cidadão), na realização de seus interesses e persecução de seus fins, está voltado para eles, tanto quanto o Estado carece de sua cooperação, com a consequência de que, através disso, ambos ameaçam tornar-se dependentes deles em medida considerável. Estão organizados preponderantemente segundo o Direito Societário e de Associação Privada, mesmo nos casos em que, segundo seus objetivos declarados, realizam tarefas públicas, ou graças a sua dimensão e influência invadiram o campo do (Direito) Público.

Ainda estamos longe de uma ordenação satisfatória desse campo ou pelo menos de uma concepção clara, de como ele deve ser ordenado melhor no quadro da nossa constituição. Em primeiro lugar, no campo do Direito Privado, o direito das grandes corporações de empresas, isto é, o moderno Direito Acionário, propôs-se a tarefa de levar em conta o caráter público dessas empresas no resguardo de iniciativa empresarial, através de uma couraça sempre mais forte de normas cogentes para a limitação da autonomia de constituição (societária), através de

prescrição sobre balanço e publicidade, através do direito de constituição da empresa e co-gestão e, recentemente, através das prescrições sobre empresas coligadas. Ao mesmo tempo estas empresas estão submetidas como sujeitos da economia ao controle (fiscalização) jurídico-econômico do seu uso de poder, até onde estas possibilidades de controle alcançam. De outra parte, pouco ainda aconteceu para a ordenação jurídica das grandes associações como centros intermediários de poder. O direito dispositivo de associação do BGB, que forma as suas bases, não pode contribuir muito para a distribuição interna dos pesos entre os órgãos de associação e a proteção dos direitos dos integrantes, por exemplo, contra regras penais e de exclusão no estatuto e nada para o controle do poder de associação voltado para fora. Também as disposições jurídico-administrativas da Lei de Associação não são apropriadas para isso.

Uma complementação do Direito Privado de associação através de disposições cogentes, servindo à transferência de todos os acontecimentos, como foi introduzida para os partidos políticos, através da lei dos partidos, não será de rejeitar-se por isso para outras grandes associações.

V

O estudo jurídico-científico que tem por objeto a questão do sistema expõe-se à censura de não conduzir a nada na aplicação do direito, como também em sua política.

Eu me contento, sem entrar na disputa metodológica, com a indicação de que também a práxis requer orientação para coerência de sentido que acena para a decisão de conflitos no caso concreto.

Minha proposta de distinguir os campos de função do Direito Privado, segundo o critério do conteúdo publicístico dos campos da vida a serem ordenados e a partir daí ordenar os princípios jurídicos e as formas de função dos institutos jurídicos, não é certamente revolucionária, mas antes copia o que a praxe já faz sem isso, mas pode apoiá-la, enquanto a torna mais consciente daquilo que faz.

Meu propósito principal era, entretanto, de outra espécie. A meu ver se trata de conservar para o futuro a força vital do Direito Privado, como peça preciosa da nossa ordem jurídica geral. Esta força vital está ameaçada em dupla perspectiva.

Um perigo consiste em que o Direito Privado demasiado imparcial seja identificado com um sistema social e econômico determinado, ao qual deve sem dúvida forte impulso, mas que compreendeu o Direito Privado no seu campo autônomo como baluarte contra as "usurpações" do Estado. Uma vez que essa sociedade burguesa, com sua pretensão liberal à liberdade econômica se dissolveu

através da moderna sociedade industrial, a identificação com ela pode tornar-se para o Direito Privado uma fatalidade. Cumpre, portanto, desprender seus princípios e institutos jurídicos desse cerco e aclarar o papel que lhe cabe hoje e daqui para a frente sob condições sociais e econômicas modificadas.

O segundo perigo resulta do primeiro.

O Direito Privado da época liberal era compreendido, ensinado e manejado como apolítico, correspondendo à autocompreensão na sociedade burguesa. O estilo da codificação favoreceu suplementarmente esta compreensão. Isto era, então, uma ilusão, pois, sem dúvida, o Direito Civil servia à confirmação e estatização da sociedade burguesa. Entretanto, na medida em que essa sociedade e seu fundamento econômico se transformavam, os institutos jurídicos do Direito Privado, compreendidos apoliticamente ou independentemente da História como técnico-jurídicos, puramente instrumentais, puderam ser objeto de uso e abuso para fins bem diversos dos originais. O Direito da Economia na mão das grandes empresas e também o "Direito Privado Administrativo" – na mão do Estado, oferecem exemplos disso. Em contrapartida, depende de elaborar o conteúdo de valor das normas jurídico-privadas, sua função no sistema atual da economia e da sociedade e a diferente medida de responsabilidade público-política, que está ligada com seu emprego em diversos campos da vida.

No grau em que se consegue tornar esses juízos conhecidos de forma geral, o Direito Privado se afirmará no futuro e se desenvolverá como um sistema aberto, móvel, de princípios jurídicos e institutos jurídicos, que não estão ligados a formas de sociedade historicamente em mudança, mas com a humanidade da pessoa.