

História do direito privado moderno e as mutações do pensamento jurídico europeu conforme Franz Wieacker¹.

Marco Félix Jobim².

Sem sombra de dúvida aquele que quiser se esbaldar na leitura de uma obra densa e repleta de curiosidades históricas, não poderá deixar de ler a obra de Franz Wieacker, *“História do direito privado moderno”*, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, traduzido por A. M. Botelho Hespanha a qual nomina em sua nota à tradução de *“obra que – qualquer que tenha sido ou venha a ser a evolução da reflexão histórica e metodológica sobre o direito europeu – constitui um dos documentos mais importantes do pensamento histórico-jurídico contemporâneo”*.

Diante de tal afirmativa, nota-se que está-se diante, pois, de obra de peso que merece atenção total do estudioso do direito.

Entre uma de suas explanações extremamente importante está aquela onde visualiza quatro grandes mutações no pensamento jurídico europeu, sendo elas:

[...] o aparecimento de uma ciência jurídica europeia nos séculos XII a XIV; a sua expansão (recepção) por toda a Europa nos séculos XIII a XVI; aparecimento e predomínio espiritual do moderno direito natural nos séculos XVII e XVIII; a Escola Histórica e o positivismo legal e conceitual do século XIX; e, finalmente, o colapso do positivismo e a crise do direito, já no nosso século.

A partir daí, inicia a conceituar fase por fase, assim o fazendo sobre a primeira delas:

¹ Não se trata de artigo propriamente dito, mas apenas um apanhado de citações do autor da obra Franz Wieacker com alguns pequenos comentários em cada uma delas.

² Advogado e professor universitário. Especialista, mestre e doutorando em Direito.

A história do direito privado moderno inicia-se, na Europa, com a redescoberta do Corpus Iuris Justinianeu. Uma ciência jurídica europeia surgiu, quando, pelos inícios da alta Idade Média, as formas de comentário e de ensino trivium, herdadas da antiguidade, foram aplicadas ao estudo do Corpus Iuris Justinianeu. O jurista formado nestas escolas cedo começou, inicialmente ainda como clérigo, a desempenhar funções de direcção técnica na diplomacia, na administração e, pouco a pouco, na jurisprudência dos territórios e Estados nacionais europeus. O seu predomínio na vida pública instituiu para sempre o carácter essencialmente jurídico – i.e., determinado pela discussão racional da problemática técnico-jurídica – que distinguiu até hoje a sociedade ocidental de outras culturas nossas conhecidas, e sem o qual a sociedade, Estado e Economia – ou ainda o actual domínio da vida pela técnica socialmente organizada – não seriam concebíveis.

Assim, entende Franz Wieacker que o primeiro grande momento de formação da história do direito privado europeu é a influência do Corpus Iuris Justinianeu como paradigma ao início de um pensamento que balizaria uma linha jurídica na Alemanha.

Como segundo momento, diz:

A 'recepção' do direito romano na Europa ocidental e central não constitui senão a expansão espacial deste fenómeno científico e social. Na Alemanha, a recepção foi muito favorecida, depois de certo atraso inicial, pela dissolução do poder central real e pela crescente pulverização local e corporativa do direito e da jurisdição. Ao mesmo tempo, porém, o encontro com uma cultura jurídica espontânea pouco tocada pelas influências da antiguidade, provocou aqui uma crise de assimilação mais duradoura que na Europa central e meridional. O resultado foi, por fim, uma supremacia quase completa de uma jurisprudência comum e europeia sobre a realidade social da vida jurídica alemã.

Diante disso, aponta Franz Wieacker para uma construção sólida da jurisprudência alemã com seus próprios problemas internos, ou seja, construiu-se uma linha de decisões judiciais com base nos problemas sociais, políticos e jurídicos de sua nação, o que fortaleceu, ainda mais, o seu direito e irradiou efeitos pela Europa.

Em terceiro lugar, aponta:

A partir da dissolução dos antigos poderes universais e da reforma começou a afrouxar-se nos Estados nacionais europeus e nos territórios alemães a unidade do *ius commune* europeu, teoricamente fundada na ideia de império. Já o idealismo e o racionalismo do humanismo tinham socavado a antiga autoridade dos textos jurídicos justinianeus, apesar de um renovado entusiasmo pelo direito romano da antiguidade. No *usus modernus* instituiu-se uma prática do direito já não universal, progressiva, apesar do seu estilo tradicional, e realisticamente adequada aos problemas do momento. Com ele se formou, inicialmente, à margem das Faculdades Jurídicas e dos poderes dominantes, a moderna versão do direito natural – que iria transformar radicalmente as concepções jurídicas no decurso dos dois séculos seguintes. O direito natural da antiguidade fora doptado da Igreja e inserido pela escolástica do século XIII, na sua versão aristotélica, no sistema da sua filosofia; a filosofia da escolástica tardia já tinha explorado todas as virtualidades dialécticas dos seus problemas fundamentais. Depois das lutas religiosas do início da Idade Moderna o direito natural emancipou-se da teologia moral sob a influência da nova imagem fisicalista do mundo; baseava agora os seus postulados, não já sobre a vontade do Criador ou a ordem da criação, mas sobre as necessidades da razão e a experiência da realidade.

Então, fortalece o jusracionalismo, que emancipa-se dos braços da Igreja e inicia um caminho diferente, analisando cada caso através da razão e da experiência da realidade. Nota-se como se fortalece o direito europeu progressivamente, vencendo paradigmas até então pouco contestados pelo homem.

Por fim, traz o que entende como quarto momento, ao discorrer:

Entretanto, na Europa central, a consciência cultural da burguesia em ascensão ergueu-se contra o espírito tutelar dos planificadores absolutistas; contra a crença anti-histórica na lei do iluminismo tardio e da revolução francesa, ergueu-se o nascente sentido histórico e a compreensão orgânica da vida dos românticos; contra a preterição da ciência e o olvido da tradição romana, o neo-humanismo do virar do século, por volta de 1800. Quando os 'Fundamentos metafísicos do direito', de Kant, derrubaram, com meios filosóficos, o apriorismo ingénuo do direito natural racionalista, estas tendências uniram-se, na Escola Histórica do direito, no sentido de uma visão histórica mais aprofundada das fontes jurídicas romanas (e alemãs) e de uma renovação total da ciência jurídica

positiva. Em vez da filosofia moral da iluminismo, cada vez mais banalizada, foi uma ciência jurídica segura de si que exigiu então como tarefa própria a fundamentação do direito; foi-se tornando dominante a convicção de que o direito se esgotaria na suma das teses jurídico-dogmáticas, e, depois, a de que ele se esgotava na suma das prescrições legais. Com isto, a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele carácter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do jusracionalismo moderno; daí que ela tenha ficado na convicção, muito tributária do jusracionalismo, de que através do sistema e da concatenação lógica dos conceitos gerais se poderia atingir o direito justo.

Por fim, aponta Franz Wieacker para a crise do positivismo jurídico, crise ainda hoje discutida em países como o nosso.

Nota-se que o direito privado europeu foi construído sob bases sólidas, respeitando a história do direito, das sociedades, nas nunca se conformando com aquilo que era paradigmas para elas. O rompimento ideológico com outras formas de pensar, quer no direito, quer na filosofia, na teologia ou outra forma qualquer, apenas demonstram que o direito alemão fixou suas raízes jurídicas sobrepostas a outros estudos já consagrados, mas tendo a coragem de modificá-los quando a sua sociedade assim o exigiu. Parte disso sempre ocorreu com os ideais do direito alemão o qual irradiou efeitos por alguns países europeus.

Por fim, recomenda-se a leitura da obra a todos aqueles que queiram saber mais da construção do direito privado moderno.