



O paraíso dos conceitos jurídicos de Rudolf von Jhering (parte 8)

Dando continuidade a esta série de colunas sobre “O paraíso dos Conceitos Jurídicos”, de Jhering, observamos que o nosso ilustre visitante se mostra “farto” da Academia de História do Direito, se recordando do caso de um tipógrafo que, através da troca da letra “b” pela letra “m”, transformou a “suave fragrância de seus cabelos” em “a suave fragrância de seus camelos”^[i], especialmente porque era mais fácil “trocar” uma letra por outra do que compreender cabalmente o alcance e o sentido desta troca, e era perfeitamente compreensível o motivo pelo qual a academia situava-se bem ao lado do “Muro da Vertigem”. Certamente a narrativa (também) se aplica ao caso discutido nas duas colunas anteriores (sobre o inusitado artigo 386, do Decreto 848/1890, que alterou nossas fontes).

É muito mais fácil “reescrever” a Constituição Federal, trocando letras (e/ou inserindo palavras), sem se preocupar com questões inerentes à matriz teórica e aos postulados de filosofia do ordenamento, como no caso do artigo 5º, XI, que foi reescrito como “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito [inclusive de crime permanente, com interpretação da CF à luz do artigo 303 do CPP] ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”, conforme decidido no RE 603616/RO.

Ou do artigo 5º, LXII, da CF, que foi reescrito como “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [exceto no Tribunal do Júri, quando se considerará culpado desde o esgotamento do primeiro Grau, e dos julgamentos de ações penais originárias em Tribunais de Justiça, TRFs e do STJ, além dos demais casos com esgotamento do segundo grau de jurisdição]”, como se depreende de vários julgados: STF, no HC 126292/SP; nas ADC 43/DF e 44/DF; no HC 139612/MG, e no HC 118770/SP (e no STJ, por todos, a QO na APn 675/GO).

E do artigo 102, parágrafo 3º, da CF, que passou a ser escrito da seguinte forma: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros [e se for reconhecida a repercussão geral em processos penais, os prazos prescricionais penais poderão ser suspensos, tal qual a regra do artigo 53, parágrafo 5º, da mesma CF]”, conforme decidiu o STF na QO no Recurso Extraordinário 966177/RS.

Na verdade, toda essa “insatisfação” com a “Academia de História do Direito”, e com “entidades” que realizam práticas similares, seria afastada se os artigos 1º, parágrafo único, 2º, e 60, parágrafo 4º, da CF, fossem “reescritos” como “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de [Tribunais,] representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”; “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário [mas este último controla e modera os demais]”, e, “Não será objeto de deliberação [exceto se assim o decidirem os Tribunais] a proposta de emenda tendente a abolir...”.

Após demonstrar sua insatisfação com o estado de coisas da “Academia de História do Direito”, prenhe de membros que trocam letras e palavras das fórmulas e (re)criam antigos cânones jurídicos de maneira arbitrária, nosso candidato ao céu dos juristas é conduzido ao local mais “sagrado” do Paraíso dos Conceitos Jurídicos, o “salão dos conceitos”, em cujas alas laterais se situam, de um lado o



“cerebrarium” e do outro o “gabinete anatômico patológico dos conceitos”.

Ao receber a informação de que o guia o levaria até lá, ele logo se espanta: “Mas não vejo portas, como se ingressa no recinto?”. A resposta não tardou; o guia lhe respondeu que não existiam portas por lá, e que quando eles querem ingressar nos recintos, batem com a cabeça na parede, fazendo com que ela ceda, abrindo caminho:

“Se em sua existência terrena houveste tido algum valor de ser imperturbavelmente conseqüente, se houveste sido convencido de que o caminho escolhido era o correto, e houvesse avançado sem vacilações, sem olhar para a esquerda e nem para a direita, sem se preocupar se havia pântanos ou precipícios, ou, para falar de maneira menos metafórica, sem se preocupar com as conseqüências práticas, então lhe custaria muito pouco atravessar esse muro com a cabeça para penetrar no local.”

Dentro do “cerebrarium”, após romper a parede com a cabeça, descobre que lá é fabricada a substância cerebral para os teóricos, sendo conduzido até a presença de dois cérebros de cera, que demonstrariam a diferença entre o cérebro dos teóricos e o cérebro dos práticos. No primeiro, nota-se uma protuberância específica, a “*substantia medullaris*”, que é preenchida com a “*mons idealis*”; o processo se dá da seguinte maneira: no ambiente atmosférico a substância se volatiliza, permitindo que seja inoculada na mulher a quem se conferiu a graça de dar à luz a um jurista teórico. No momento da concepção, a mulher aspira a tal substância e, durante a gestação do feto, ela se da conta de que carrega algo especial no interior de seu ventre, com um futuro jurista teórico que já é agitado e impaciente.

A referida substância (“*mons idealis*”) proporciona ao iluminado cérebro teórico as condições de “pensar idealmente”, o que não deveria ser confundido com a capacidade de pensar de maneira abstrata, ou seja, fornece ao jurista especial a faculdade de se desligar (em seu pensamento jurídico) de todos os pressupostos práticos relacionados aos problemas, situando-o na altura do “idealismo filosófico”, dentro do qual o mundo seria mera ilusão, uma fantasia do sujeito, e munido deste “poder criador”, ele não encontraria obstáculo algum que freasse sua força intelectual, algo que situa a jurisprudência como “a matemática do direito”.

Embora a discussão se relacione à suposta diferença cerebral entre “teóricos” e “práticos”, a modulação contemporânea de seu espírito crítico pode ser estabelecida de outra forma, através de distinta narrativa, já que o pano de fundo se encontra atrelado à suposta “iluminação de uns” em detrimento da pouca habilidade de outros: como o leitor percebe, podemos adaptar a narrativa para moldá-la à clivagem entre aqueles que dizem que o poder judiciário é iluminado, ou o “motor da história”, e que a democracia não seria “adequadamente realizada” sem que um grupo de cidadãos não eleitos esteja na vanguarda (para “avanços” ou “retrocessos”).

Se nos é tolerada a metáfora, isso é mais antigo do que andar pra frente. Mangabeira Unger, referido na coluna anterior na crítica elaborada por MacCormick, já fez menção ao chamado segundo segredinho sujo (*dirty little secret*) da teoria jurídica contemporânea, vislumbrado na criação incessante de limitações à regra da maioria, conducente às hipertrofias institucionais e de oposição às propostas de reforma concebidas para elevar o nível de engajamento político popular, pois seriam ameaçadoras ao sistema de direitos, traduzidas em um evidente e mal disfarçado “desconforto com a democracia”^[ii].



Algo que já havia sido percebido pelas lentes de Alexis de Tocqueville, aquele que após visitar a nova democracia criada (os EUA, país no qual vige o “*judge made law*”), escreveu: “Se me perguntassem onde situo a aristocracia americana, responderia, sem hesitar, que não o faço entre os ricos, que não possuem nenhum laço comum que os assemelhe. A aristocracia americana está no banco dos advogados e na cadeira dos juízes”, pois “encontramos, oculta no fundo da alma dos juristas, uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia. Como ela, têm um instintivo pendor para a ordem, um amor natural pelas formas; assim como a aristocracia, conhecem um grande desgosto pelas ações da multidão e, secretamente, desprezam o governo do povo”^[iii].

Convém observar, entretanto, com apoio na leitura da apresentação da mais recente tradução espanhola de “*Scherz un Ernst in der Jurisprudenz*” (e na qual se insere o texto “O Paraíso dos Conceitos Jurídicos), realizada pela professora María Rosa Ripollés Serrano, que Jhering apresenta um “evidente sentido estético, nesta obra que corre em paralelo à ironia, às vezes ao sarcasmo, obra em cuja posição perante a história da teoria jurídica demonstra uma significação equivalente a Flauta mágica, pois como aquela, sustenta-se sob uma espécie de ‘divertimento’, teses e princípios relevantes e, ainda, como a opera mozartiana, a originalidade, a alegria e a provocação de uma mente brilhante em contínua autoexploração”^[iv].

Mais do que isso: haveria nesta última fase de Jhering uma fundamentação do direito quase hobbesiana, como também se encontram ecos desta percepção na tese de Weber sobre o Estado como entidade a quem se reserva o monopólio da violência legítima, mas se existem algumas breves convergências, é certo que também são apontadas situações em que a amplitude do pensamento de Jhering tenha sido utilizada por distintos pensadores que acabaram se nutrendo, algumas vezes contraditoriamente, das suas ideias, desde Adolfo Posada (Krausismo), ao chamado socialismo de cátedra, ou ainda, para quem tenha visto na concepção de Direito como “ideia-força”, um pretexto para sustentar interpretações substancialistas, e mesmo de caráter bonapartista, ou em torno do “cesarismo social”. Num outro extremo, a propósito, a presença de influência no seio das chamadas correntes da jurisprudência sociológica, e inclusive a percepção em Jhering de certos traços pré-estruturalistas, ou mesmo a sua consideração por parte do movimento do Direito Livre, ou na feliz síntese atribuída a Monereo, “todos os movimentos de reformismo jurídico do século XX acabam partindo de Jhering”^[v].

Sem descurar, evidentemente, da percepção de que Jhering era um homem de seu tempo, admirador do papel de Bismarck na criação da Alemanha, e um cidadão que constata (atrás de uma peregrinação desde o “Espírito do povo” como justificador do Direito, até a realidade alemã da segunda metade do século XIX), que o Direito representaria a garantia das condições de existência da sociedade, assegurada pela força coativa do Estado, e que a motivação e a explicação do Direito residiriam no poder^[vi].



Por isso, nada mais sarcástico do que supostos “reformistas jurídicos” serem observados criticamente com base no pensamento de quem possui evidente influência em tudo isso, e que precisa ser lido e debatido. Na próxima coluna, os desdobramentos da adaptação da clivagem entre os cérebros iluminados e os cérebros não iluminados, evidentemente a partir da narrativa de Jhering, n’O Paraíso, pois se nossa república começou com a prática comum de “(re)criar as fontes”, num golpe de estado, ela prossegue hoje com os mesmos vícios de “(re)criação” num ambiente que se diz democrático: é a democracia da manipulação dos conceitos jurídicos. Continua.

*Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFBA e UFMT).

[i] Propositalmente trocamos a utilização dos originais e respectivas traduções para adaptar o trocadilho ao idioma português. Em inglês: “may roses enchanting fragrance” to “sailors enchanting fragrance”; espanhol: “suave fragancia de sus cabelos” en “suave fragancia de sus caballos”; italiano: “il sapore dolce di un bacio” in “[il sapore dolce di] un cacio”; alemão: “berauschenden Duft von “Mairosen” in den von “Matrosen”. Fontes citadas no primeiro artigo desta série de colunas.

[ii] UNGER, Roberto mangabeira. O Direito e o Futuro da Democracia. Trad. Caio Farah Rodrigues e Márcio Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 95.

[iii] TOCQUEVIE, Alexis de. A democracia na América [1835]. São Paulo: EDUSP, 1977, p. 203-206.

[iv] SERRANO, María Rosa Ripollés. Apresentação, em: JHERING, Rudolf Von. Jurisprudência en Broma y en Serio. Trad. Román Riaza. Madrid: Editorial Reus, 2015, p. 5-16.

[v] Idem.

[vi] Idem.

Date Created

19/06/2017