



## O paraíso dos conceitos jurídicos de Rudolf von Jhering (parte 4)

A relação entre direito e história é algo potencialmente tormentoso. Adailton Pires Costa observou que certa herança da tradição bacharelesca teria alguma influência na inserção de fragmentos de história do direito (“breve esboço histórico”) em cada monografia, TCC, dissertação e tese de direito, como legitimadora de uma “história oficial” e acrítica, “como eterno resgate às origens da fundação de Roma”. O autor propõe reflexão e prática que considerem o pensamento de Edward Palmer Thompson (capítulo 7 de seu livro “A Miséria da Teoria”), de modo a se realizar uma “história crítica do direito”[\[1\]](#).

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy chamou a relação (direito/história) de “equivocada”, e, a partir de António Hespanha, observou que o direito se serve da história para a urdidura de um discurso legitimador com conteúdo apologético, mas o jurista realizaria tal tarefa de maneira aparentemente disfarçada, a pretexto de que a história do direito oxigenaria a cultura geral do profissional do direito, com alargamento de horizontes, fomentando suposta compreensão do tempo presente, cuja função seria explicitar a realidade da experiência jurídica, revelando mistérios com a “previsão” de tempos futuros[\[2\]](#), tal qual uma cartomante, que “lê as mãos do ordenamento” e fornece previsões sobre uma “cartografia jurídica”.

Contudo, o jurista não pode (e nem deve) ser *cronofóbico* e nem *factumfóbico*, como ressalta Lenio Streck[\[3\]](#), pois não se pode esquecer que direito é história, é tempo, e é faticidade, e que, neste sentido, cada caso possui a sua singularidade, vale dizer, pensando na prática do direito, buscar o aprisionamento dos fatos em verbetes equivaleria a “sequestrar o tempo”, assim como não se pode oferecer respostas antes mesmo das perguntas, sempre historicamente contextualizadas.

O “resgate” histórico no direito permite uma miríade de possibilidades, nem todas ingênuas ou despreziosas. Serve para a Suprema Corte americana (a bem dizer, quaisquer tribunais) realizar a reconstrução de sua “cadeia de decisões”, como na “presunção de inocência”, iniciada no caso *Coffin vs. U.S.*, (1894), até o recente caso *Nelson v. Colorado* (2016-2017), sem esquecermos a crítica realizada sobre a suposta confusão e equívoco na gênese de tudo isso, conforme Kenneth Pennington[\[4\]](#).

Fornece ainda mecanismos para buscar alguma ressignificação das relações sociais, a propósito, com elementos de estruturação cultural, quando permite análises como uma espécie de “*De volta para o futuro jurídico*”, p.ex., se ingressarmos nas disposições do Título XXV, do Livro V, das Ordenações Filipinas (de 1595), para tentar compreender as exceções ali presentes, que admitiam o direito de vida e de morte para o caso daquele que dormisse com mulher casada, exceto se o marido fosse peão e o adúltero fosse nobre, para tentar compreender a necessidade, muitos anos depois, de um instrumento normativo como a Lei Maria da Penha:



“Mandamos que o homem, que dormir com mulher casada, e que em fama de casada tiver, morra por isso. Porém, se o adúltero for de maior condição que o marido dela, assim como, se o tal adúltero fosse fidalgo, e o marido Cavaleiro, ou Escudeiro, ou o adúltero Cavaleiro ou Escudeiro e marido peão, não farão as justiças nele execução, até nos fazerem saber, e verem sobre isso nosso mandado. E toda mulher, que fizer adultério a seu marido, morra por isso (...).”[\[5\]](#)

Além do mais, a relação direito/história também permite evidenciar, a partir de Mark Tushnet, alguma sombra no contexto Norte-Americano, marcado por certo “originalismo jurídico”, que pretende fazer valer as disposições de “intenção original dos pais fundadores” mais de 200 anos depois do nascimento do documento constitucional, em uma realidade na qual muitos juízes da Suprema Corte seriam relapsos no uso da história (maus historiadores) para justificar suas decisões, que utilizariam a história de maneira equivocada, por não empregarem os métodos e mecanismos desenvolvidos por “historiadores treinados”, mas há duas ressalvas importantes:

“Historiadores enfrentam duas dificuldades que os juristas e os cientistas políticos podem ignorar. Para investigações sobre a ‘intenção original’, de modo a torná-la útil no direito constitucional, eles precisam produzir respostas relativamente firmes: os juízes querem saber “os pais fundadores queriam dizer isto, ou aquilo”. Mas o treinamento e a orientação disciplinada dos historiadores os conduziram a uma sintonização com as complexidades de qualquer evento histórico real ou grupos de intenções, tornando suas conclusões menos úteis aos juízes. Em segundo lugar, e talvez mais importante: historiadores são treinados para uma maior sensibilidade sobre o contexto dos eventos e das intenções. Particularmente importante, para meu ponto de vista aqui, são as lições que os historiadores aprenderam sobre a história intelectual de Quentin Skinner e J. G. A. Pocock. Um contexto da linguagem constitucional é a retórica geral do discurso político. Skinner e Pocock mostraram que nós não podemos reconstruir o sentido de termos como “estabelecimento da religião” sem antes reconstruir o inteiro universo intelectual a partir do qual estes termos foram cunhados.” (Tradução Livre)[\[6\]](#)

Reconstruir pode significar reajuste, invenção, inovação, destruição e remodelação, e não apenas construção historicamente orientada. A relação do binômio história/direito, a par de suas potencialidades e complexidades, é elemento central na crítica de Jhering. Na última coluna observamos que depois de visitar as intrigantes máquinas presentes no “Paraíso dos Conceitos Jurídicos” (*Máquina de Partir Cabelos*, o *Pau de Sebo dos Problemas Jurídicos*, *Máquina de Construir*, a *Máquina da Ficção*, a *Furadeira Dialética*, a *Máquina de Conciliar Passagens Contraditórias*, e o *Muro da Vertigem*) o espírito guia pretendia conduzir o candidato ao “céu dos teóricos” até a “Academia de História do Direito”. A narrativa de Jhering deixa bem claro que não se trata de uma academia de história do direito em geral, mas uma academia de história do direito romano, em particular, e mesmo neste aspecto não se referia a todo o direito romano, mas apenas parte dele, qual seja, aquela que transcenderia todo o restante em razão de seu especial valor científico, o período de reconstrução das fórmulas romanas, na mordaz crítica que apresenta.

Há certa sutileza histórica, amalgamada ao ato que ridiculariza de forma impiedosa (conforme Franz



Wieacker) os juristas no “Paraíso dos Conceitos Jurídicos”, local que teria estado esvaziado em favor do “Paraíso dos Juristas Normais” até que Puchta apareceu por lá, ocasionando o aumento do número de integrantes, e mesmo Savigny teve muitas dificuldades de ingresso, mas a “graça” deste comentário residiria no fato da morte de Puchta, em 1846 (professor de Jhering), ter ocorrido antes da de Savigny (1861), além da alusão ao fato de que Puchta, junto com muitos outros discípulos, teriam tornado Savigny um jurista “conceitualista”<sup>[7]</sup>.

Observe-se que Puchta é o fundador da jurisprudência clássica dos conceitos do século XIX, e as suas Pandectas (*Pandekten*) e o seu Curso de Instituições (*Cursus der Institutionen*) teriam feito desta herança jusracionalista um princípio metodológico inerente à própria pandectística, influenciador do “System” de Savigny, e, tendo em vista que Puchta teria renunciado às relações jurídicas orgânicas e às “instituições” de Savigny, a chamada “pirâmide conceitual” (leia-se: hierarquia dos conceitos), a partir dos axiomas, passa a ser construída de maneira contínua e pretensamente sem lacunas, além da dedução das normas jurídicas isoladas e das decisões jurídicas concretas pressupor a existência possível exclusivamente através de estrito rigor lógico. Além do mais, convém recordar, foi o próprio Puchta quem mencionou uma “genealogia dos conceitos”, segundo a qual o jurista deveria seguir de cima para baixo a descendência de cada conceito através de todos os elementos que tomam parte na sua formação: “tornar-se consciente da ‘proveniência’ de cada direito até chegar ao puro conceito de direito e, deste conceito supremo, poder voltar novamente e ‘descer’ até cada um dos direitos subjetivos isolados”<sup>[8]</sup>.

Esta “mecânica” introduziu o processo de dedução da norma e da decisão jurídica a partir do conceito, ao invés do contrário, vale dizer, produzir o sistema e os conceitos através de indução a partir das normas jurídicas, das decisões judiciais e das valorações sociais, algo “*elogiado e mais tarde ridicularizado por Jhering como ‘jurisprudência construtiva’, censurado pela jurisprudência dos interesses como ‘método da inversão’*”<sup>[9]</sup>.

Como veremos na sequência, Jhering (o segundo) buscou denunciar certo abuso relacionado à utilização da história, algo que também faz de seu texto sobre os conceitos jurídicos uma das mais importantes narrativas críticas sobre o direito. Aliás, através da colossal obra de Franz Wieacker (“História Do Direito Privado Moderno”, traduzida para o idioma português por António Hespanha), percebemos a importância da crítica traçada por Jhering, em fragmento valioso para a repensarmos alguns aspectos inerentes à teoria do direito:

“Através do despertar da reflexão sobre a historicidade da própria existência foi aberto na ciência jurídica um processo que ainda hoje não chegou ao seu termo. Ele significa nada menos que o fato de que a relação do dever ser com o histórico, da norma jurídica com a realidade social, penetrou pela primeira vez na sensibilidade da ciência jurídica – o que a autoridade do *Corpus Iuris* e o racionalismo bi-dimensional do direito natural tinham impedido até aqui. Quase todas as fórmulas polêmicas e as proposições do séc. XIX podem ser aferidas a este processo e incluir-se num processo global de desenvolvimento da consciência social dos juristas alemães. O espírito do povo de Savigny, o direito dos juristas de Puchta, o direito popular de Beseler, a finalidade no direito de Jhering, o direito social e comunitário de Gierke, todos eles são (tal como a alienação do homem na sociedade de mercadorias, segundo a concepção de Karl Marx), tentativas de



reaquisição da identidade da consciência jurídica e jurídico-científica com o caráter histórico e, portanto, social – agora descoberto – da existência (nacional ou social). Este foi o último e mais duradouro contributo do historicismo para o pensamento jurídico do século XIX”<sup>[10]</sup>.

É dentro deste contexto fático, teórico e histórico que iremos abordar, na próxima coluna, aspectos relevantes da crítica tecida por Jhering sobre o engodo que pode representar a reconstrução de antigas fórmulas do direito romano, mais destinadas a “inovação” do que propriamente à reconstrução, e de como esse exercício ainda está presente em nossa realidade, tornando imprescindível (e atual) a reflexão sobre a crítica realizada no final do século XIX pelo jurista alemão, sobretudo se pensarmos na resposta crítica que Neil MacCormick ofereceu aos juristas integrantes “Critical Legal Studies”<sup>[11]</sup>. 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)*

[1] COSTA, Adailton Pires. Cinco pontos para uma história crítica do direito a partir da obra de E. P. Thompson. Em: FONSECA, Ricardo Marcelo; LOPES PEREIRA, Luís Fernando; FURMANN, Ivan (orgs.). Anais do V Congresso Brasileiro de História do Direito: as formas do direito, ordem, razão, decisão: experiências jurídicas antes e depois da modernidade. Curitiba: IBHD, 2013.

[2] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e História: Uma Relação Equivocada. Londrina: Editora Humanidades, 2004.

[3] STRECK, Lenio Luiz. A Ficção da Verdade Real e os Sintomas da Falta de Compreensão Filosófica da Ciência Processual. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 70, set. 2011 p. 212.

[4] PENNINGTON, Kenneth. *Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim*. The Jurist, n. 63, 2003.

[5] A linguagem foi propositalmente atualizada. Cfr. ORDENAÇÕES Filipinas. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>, acesso em 1º.03.2017.

[6] TUSHNET, Mark. *Toward a Revisionist History of the Supreme Court*. Cleveland State Law Review, vol. 36, 1988.

[7] WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Trad. António Hespanha. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 456, nota de rodapé nº 77.

[8] WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Trad. António Hespanha. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 456.

[9] WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Trad. António Hespanha. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 457.

[10] WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. Trad. António Hespanha. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 409.

[11] MACCORMICK, Neil. Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS. Oxford Journal of Legal Studies, v. 10, 1990.

## Date Created

06/03/2017