

O paraíso dos conceitos jurídicos de Rudolf von Jhering (parte 5)

Ao chegar à *Academia de História do Direito*, nosso pretendente ao “Paraíso dos Teóricos” recebe a informação de que quem não compreende a fundamental importância do período de reconstrução das fórmulas romanas não pode ser admitido na academia. Informam-lhe, a propósito, que a academia é dividida em duas classes: a primeira, para a “restauração dos textos”, e a segunda, para a “reconstrução das fórmulas”, e que apenas os membros da primeira classe são considerados “membros completos”, enquanto os membros da segunda seriam considerados “pseudoacadêmicos”.

Recebe também a informação de que pode até entrar na “academia” para observar, mas deveria permanecer calado, eis que ele não seria membro. Uma vez lá dentro, observa um “tabuleiro” que lhe chama a atenção. Era o denominado *Tabuleiro de Ensaio*, no qual seriam anotados fragmentos de textos romanos que apresentassem lacunas e que, portanto, precisavam ser reconstruídos. A dinâmica é tamanha que, todos os meses, o tabuleiro era alterado. Em muitos espaços, só se podiam ler algumas letras. Em outros espaços, nem mesmo existiam letras reconhecíveis. No momento da visita, se pôde ler/ver o seguinte:

UN.....

.....FRUC

.....HTB

ARE.....

SP.....I

ELE.....

RE.....

I.....EN...

O espírito-guia provoca o pretendente ao Paraíso dos Teóricos, incitando-o a “comple(men)tar” o fragmento. Hesitante, ele menciona que não se animaria a fazê-lo, pois nunca tentara isso antes, mas que interpretaria que as letras SP (*Senatus Populus*) teriam perdido as letras QR (*que Romanus*), e que o texto poderia dizer: *Senatus Populus (que Romanus)*. Dizem-lhe, então, que absolutamente todos os acadêmicos reconheceram esse fragmento, mas infelizmente esse seria, também, o único ponto sobre o qual suas interpretações convergiam, uma vez que em todos os demais as interpretações realizadas seriam completamente divergentes. Até então, nenhum “intérprete” teria surgido com a “resposta correta”, e quem acertasse este se transformaria no presidente da Academia, até que algum outro

acadêmico o suplantasse através da mesma via. Contudo, até então ninguém teria conseguido o cargo.

Tentando explicar o prazer do ofício, o espírito-guia passa a mencionar que todos os “intérpretes” estariam absolutamente convencidos de terem decifrado um “enigma”, trazendo-lhes muita satisfação, e qualquer um que tenha tomado gosto por tal “passatempo científico” não encontraria outro prazer mais excelso, pois isso lhes daria a incomensurável sensação de ter resgatado (e desenterrado) uma peça perdida da antiguidade clássica, fazendo-se achar uma espécie de Schliemann das fontes jurídicas romanas. A explicação é evidente: qualquer pessoa normal poderia “ler” as fontes, mas “fazê-las” (criá-las?), isso sim seria a essência do prazer da arte.

Advertem-lhe: e isto porque todos os tipos de expressões antigas permaneceriam em ruínas, decaídas, junto com *Festus* e *Varro*, como farrapos velhos para qualquer um que não soubesse devidamente apreciá-las e valorá-las, mas a pessoa certa surge e, com seu auxílio, oferece uma nova regra das XII Tábuas. No local, encontram um espírito que está a laborar na obra de *Gaius*, pretensamente colmatando suas lacunas, expressamente dizendo que estaria “corrigindo o texto”.

O referido espírito estava convencido de que *Gaius* teria cometido inúmeros “erros” e “imprecisões”, como por exemplo, ao reproduzir a fórmula de testamento romano (II, 104), omitindo-se de colocar o fragmento “*ex iure Quiritium meam esse aio*”, que ele então, generosamente, acabara de inserir no texto. O pretendente ao Paraíso dos Teóricos tenta intervir, mas logo recebe uma advertência para que ficasse calado, e quaisquer observações que quisesse fazer deveria ser através do espírito-guia, soprando-lhe a observação ao ouvido.

A partir da advertência, o candidato observa que a pretensão do “(re)construtor” não teria “nem pé nem cabeça”, pois o fragmento *The familiae emptor*, que ele pretendia destacar, e da qual a fórmula supostamente tratava, apenas servia para enfatizar que ele não se transforma em proprietário, mas que unicamente para se referir a uma expressão jurídica alemã, *salman*, sobre o fiduciário que fosse administrar a herança (*familia pecúnia que tua endo mandatela(m) custodela(m) que mea(m)... est emta*). Esta expressão “*ex jure Quiritium meam esse ajo*” iria significar, justamente, o contrário do que se pretendia na “(re)construção”, pois se o “*familiae emptor*” houvesse chegado a ser “*dominus ex jure quiritium*”, então ele poderia alienar todos os bens da herança, deixando os herdeiros e legatários a ver navios. Por isso, lhe era conferida apenas a “*mandatela custodelaque*” da herança.

O espírito-guia declara que essa também seria a sua opinião, mas observa que o “(re)construtor” não teria parado por aí na sua invectiva (re)construtiva, pois, para ele, “*ex jure Quiritium meum esse*” soaria exatamente como “*meum esse*”, e à falta desse complemento, ele trataria de inseri-lo. No momento seguinte, o “(re)construtor” passa a se ocupar da “correção” da obra de *Paulus*, para uma adequação da fórmula da “*interdictio bonorum*” (S. R. III 4a, 7), convertendo o fragmento “*ea re*”, da passagem final: “*ob eam rem, tibi ea re commercioque interdicto' em um 'lare'.*”, fazendo com que o candidato perguntasse o motivo disso, obtendo como resposta, neste sentido, que provavelmente porque “lar” remeteria a um culto doméstico, e se assim fosse, o pródigo não teria sido apenas afastado da administração dos seus bens, mas também da participação do culto familiar.

A observação choca o candidato, que faz observar que, tendo relação com atividade do *praetor*, em Roma, ele não tinha nada que ver com questões religiosas, e que essas questões eram deixadas para a autoridade dos pontífices, e que o candidato nunca ouvira falar que um *praetor* houvesse infringido essa

competência de autoridade. No momento em que faz a observação, o candidato debocha do espírito guia, dizendo-lhe que em seu céu se aprendem coisas das quais jamais se suspeitaria na terra, como por exemplo, ser o *praetor* uma autoridade suprema em matérias religiosas! E prossegue no deboche: E por que não? Na Alemanha, o presidente do Superior Tribunal Regional teria sido nomeado também presidente do *Oberkonstitorium*. O fundamento da “correção” das fórmulas do Direito Romano teria como ponto culminante a “pouca confiança gramatical”, algo que “disfarçaria” a pretensão de “correção”.

Surge dessa discussão, dentre tantas possibilidades, não apenas o “engodo” que pode representar a “(re)construção” de fórmulas antigas (prévias, precedentes), através da problemática relação entre “direito” e “história”, mas também a “discrecionariiedade” com que age o “(re)construtor” para “corrigir” as fontes do direito.

“Escolher” entre uma letra e outra (de uma fórmula), é similar a permitir que um julgador (ou tribunal) realize a correção moral do direito, “escolhendo” se aplica determinada norma ou se deixa de aplicá-la de maneira amplamente baseada no “livre convencimento motivado”, que em boa hora foi extirpado do ordenamento jurídico, mas não das práticas jurídicas e institucionais, se o pano de fundo estiver permeado pela discrecionariiedade judicial. Sobre esse tema, consulte-se Streck^[i], Dworkin^[ii] e Carbonell Bellolio^[iii] para a discussão sobre as variantes e implicações aliadas à “tese da única resposta correta” (TURC) e à “tese da inexistência de respostas corretas” (TIRC).

Dentro da tradição jurídica dos Estados Unidos (e também no Brasil atual)^[iv], a “desconfiança” no Parlamento é um dos elementos chaves para a atuação alegadamente “proativa” (ativista??) da Suprema Corte, quando fez inserir a famosa “nota de rodapé nº 4” (*the footnote, footnote four*), no caso “*Caroline Products*”. São importantes alguns aspectos inerentes à famosa nota de rodapé nº 4, do caso “*United States v. Carolene Products Company*”, julgado pela Suprema Corte Americana em 1938, naquela que é considerada a nota de rodapé mais famosa do direito constitucional.

No caso “*Carolene Products*”, a questão decidida envolvia saber se era compatível com a Constituição um ato normativo do Congresso Americano (o “Filled Milk Act” of Congress of 1923”), que proibia o comércio interestadual de leite desnatado, composto por qualquer tipo de gordura ou óleo que não fosse propriamente a gordura do leite, pois os aditivos substitutivos do leite puro seriam danosos à saúde, além de facilitadores da burla e da fraude ao público consumidor, e a Suprema Corte, em acórdão cuja elaboração ficou à cargo do Justice Harlan Stone, entendeu que a proibição legislativa era presumivelmente compatível com a Constituição, de acordo com a discrecionariiedade legislativa, pois havia substancial evidência probante sobre os riscos à saúde pública, estando a famosa nota de rodapé nº 4, fundada em:

“O prejuízo contra as minorias discretas e insulares pode ser uma condição especial, que tende a limitar seriamente o funcionamento daqueles processos políticos nos quais podemos confiar regularmente para a proteção das minorias, e que podem, em consequência, necessitar de uma maior supervisão judicial” (tradução livre, sem os destaques no original).

Os efeitos práticos dessa decisão para a história da Suprema Corte americana, sobretudo a partir da famosa nota de rodapé nº 4, são os de que muito embora o governo seja democrático, num regime no qual, em regra, as majorias devem legislar e regular as situações da vida cotidiana, existiriam certos

grupos minoritários aos quais não se concederia participação efetiva no processo político, e que, portanto em alguns casos excepcionais o processo político tradicional não asseguraria à proteção aos interesses desses grupos. Com base nessas premissas, a Suprema Corte passaria a possuir duas missões especiais: primeira, afastar impedimentos de participação política, assegurando que grupos minoritários pudessem participar da maneira mais igualitária possível no processo político, e, segunda, rever com escrutínio mais estrito de constitucionalidade a legislação que interfira na esfera de proteção de minorias (discretas e insulares) que não sejam capazes de participar mais ativamente do processo legislativo^[v].

No entanto, a desconfiança também pode ser invertida, e passar do parlamento para a Suprema Corte, “local institucional” que possui credenciais democráticas muito mais débeis que o parlamento, e, tanto pior se estiver permeada por reconstruções historicamente orientadas a partir dos problemas apontados por Jhering. Uma nota de rodapé, em uma decisão judicial, pode fazer às vezes de uma Emenda à Constituição? “Ponderar” “valores”, por mais nobres que sejam, é similar a “mastigar” e dilacerar o potencial de normatividade do Estado Constitucional de Direito? Realizar o exercício de “trashing”, inerente aos integrantes do “CLS”, herdeiros de um específico realismo jurídico, pode possuir muitas similaridades, e é por este motivo que a próxima coluna tratará da reposta de McCorcmick sobre tais aspectos, mas com os olhos voltados para Jhering. 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] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

^[ii] DWORKIN, Ronald. Judicial Discretion. *The Journal of Philosophy*, vol. 60, n. 21, 1963.

^[iii] CARBONELL BELLOLIO, Flavia. *La idea de corrección en el derecho*. Junio de 2013. 553f. Tese (Doutorado) – Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho da Universidad Carlos III de Madrid, Getafe: 2013.

^[iv] O mesmo notara Francisco Campos sobre o Parlamento brasileiro na década de 1940 e argumentava: “Se o órgão incumbido de legislar se demitira da sua função, cumpria urgentemente substituí-lo por outro processo” de criação de leis”. CAMPOS. Francisco. *Directrizes do Estado Nacional, O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico (Vícios do Poder Legislativo)*, p. 43.

^[v] POWELL JR., Lewis F. *Carolene Products Revisited*. *Colorado Law Review*, vol. 82, 1982.

Meta Fields