

CONCEITOS JURÍDICOS E FANTASIA: NOTAS SOBRE O SÉRIO E O JOCOSO NO PENSAMENTO SOCIOLÓGICO DE JHERING

Henrique Garbellini Carnio*

RECEBIDO EM:	29.12.2017
APROVADO EM:	28.3.2018

* Doutor e mestre em Filosofia do Direito e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e pós-doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Fadisp). E-mail: henrique.garbellini@uol.com.br

- **RESUMO:** Por meio de uma abordagem baseada no pensamento sociológico do direito de Rudolf von Jhering, o artigo pretende apresentar uma reflexão sobre a relação do direito com o jogo. A investigação perpassa o dualismo homem/animal para resgatar o conceito de brincadeira e a origem do termo jogo como um elemento mais antigo que a cultura, pois esta, mesmo em suas definições mais rigorosas, pressupõe sempre a sociedade humana. Nesse compasso, como ponto de apoio para reflexão, utiliza-se o pensamento de Jhering de como o jogo é composto pelo jocoso e como por meio dele é possível propor uma crítica ao direito.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Rudolf von Jhering; jogo; ciência do direito.
- **ABSTRACT:** Through an approach based on the sociological thinking of law of Rudolf von Jhering, the article intends to present a reflection on the relation about law with the notion of play. The research runs through the dualism of man/animal to rescue the concept of play and the origin of the term play as an element older than culture, for this, even in its most rigorous definitions, always presupposes human society. In this measure, as a point of support for the reflection, is used Jhering's thought of how the play is composed of jocking and how in this way is possible to propose a critique of law.
- **KEYWORDS:** Rudolf von Jhering; play; science of law.

1. Considerações iniciais

No esforço envolvente do exercício de uma investigação que insiste em retornar à busca da gênese daquilo que nos acomete, constitutivamente, como seres humanos, acabamos por constatar que o modo como se tem assumido a noção do humano – como ser – obstaculiza um acesso mais profundo da própria investigação, capturando-nos em uma teia, cuja uma das pontas é o estabelecimento da dicotomia moderna ocidental entre homem e animal.

Essa ponta tem sido pensada pela filosofia desde sua origem, e o desenvolvimento de sua história leva para muitos caminhos que, em sua maioria, sustentam e aprimoram a violência instauradora dessa dicotomia que passa, então, a se sustentar e criar *mundo* no plano rigoroso da metodologia científica, com o acirramento das diferenças entre homem e animal, sobretudo nos estudos tradicionais da biologia, fisiologia e psicologia.

O retorno que se pretende propor, então, não pode ser aprofundado no âmbito desse aprisionamento, e a prova disso é que outro acesso a essa noção implica direta-

mente uma ruptura, com a metodologia, do que atribuímos como estudos tradicionais da ciência moderna. Entretanto, esse acesso gerador de tal tipo de comprovação é difícil de ser percebido e pensado, pois, ao ultrapassar os limites da atividade puramente física e biológica, ele revela uma função significante, isto é, encerra um determinado sentido que deslocará as estruturas construídas com base nessa metodologia aprisionante.

Desde a proto-história do processo civilizatório há a verificação da ocorrência de um fenômeno que propicia esse - um - outro acesso: o jogo. Ele é um elemento mais antigo que a cultura, pois mesmo em suas definições mais rigorosas, ela pressupõe sempre a sociedade humana. O lúdico supera o plano da dicotomia homem e animal: “os animais não esperaram que os homens os iniciassem na atividade lúdica. É-nos possível afirmar com segurança que a civilização humana não acrescentou característica essencial alguma à ideia geral de jogo. Os animais brincam tal como os homens” (HUIZINGA, 2012, p. 3).

O que precede essa indiferenciação é um ritual convidativo para uma brincadeira que ocorre mediante certas atitudes e gestos. O jogo dos homens e o jogo dos animais constitutivamente têm as mesmas nuances; há um respeito de regras que proíbem certos atos, como a agressão física violenta, de tal modo que na brincadeira finge-se ficar zangado ou dissimula-se por dramatização, e o que essa experientiação promove, evidentemente, é divertimento e prazer.

As brincadeiras ocorrem tanto na forma de simples atividades lúdicas, como filhotes de cachorro brincando entre si e crianças brincando de esconderijo em suas casas, quanto em formas bem mais complexas, como as competições que podem paralisar as atividades cotidianas de uma massa e representações destinadas a um público.

Refletindo sobre isso, parece que o próprio elemento do sagrado que aparece no humano, na vida, tem essa inclinação, pois o ato religioso é exatamente uma construção ritualística que revela uma função significante para a vida humana pela consciência. Em outras palavras, o sagrado constitui-se como um elemento na estrutura da consciência humana, de forma que, nos níveis mais arcaicos de nossa cultura, “viver como ser humano é em si um ato religioso, pois a alimentação, a vida sexual e o trabalho têm um valor sacramental. Em outras palavras, ser - ou, antes, tornar-se - um homem significa ser ‘religioso’” (ELIADE, 2010, p. 13).

E, mais ainda, antes de tudo, lúdico, cuja fundamentalidade originária e original está nos cultos xamânicos, valendo destacar aqui, pelo contexto, o texto de Carlo Ginzburg (2007, p. 105-111): “Os europeus descobrem (redescobrem) os xamãs”, no

qual registra o autor como, em 1698, Adam Brand, um negociante de Lubeck, secretário de uma embaixada enviada à China por Pedro, o Grande, escreveu uma relação, traduzida depois para várias línguas europeias, em que pela primeira vez se registrava o termo tungue “xamã” como sinônimo de sacerdote ou mago. Outra anotação digna de nota nesse texto é seu comentário sobre o ensaio de Karl Meuli, publicado bastante tempo depois, em 1935, denominado “Scythica”, no qual evidencia, em certa medida, ter redescoberto as conotações xamânicas do rito funerário cita descrito por Heródoto, analisando pela primeira vez com profundidade os elementos xamânicos presentes nessa cultura, assim como sua absorção por parte dos colonos gregos instalados nas margens do Mar Negro, onde, sem que seu autor soubesse, teve-se notícia dos resultados de uma escavação arqueológica feita alguns anos antes da publicação do ensaio, com a confirmação de sua aposta, uma vez que foram encontrados, nas montanhas do Atlai oriental, na localidade de Pazyryk, alguns túmulos que datavam de dois ou três séculos antes de Cristo, conservados sobre o gelo, em que se via um cavalo disfarçado de rena, um tambor parecido com os usados pelos xamãs e algumas sementes de *Cannabis sativa*, em parte conservadas em um recipiente de couro e em parte tostadas entre pedras contidas em uma pequena bacia de bronze (GINZBURG, 2007, p. 105-111).

O jogo, mesmo em suas formas mais simples produzidas pelos animais, é um fenômeno que se projeta para além do biológico, fisiológico ou dos reflexos psicológicos. Nele sempre existe algo em jogo, que ultrapassa as necessidades imediatas da vida e fornece um sentido à ação, e, exatamente por esse simples fato, de trazer em si um sentido - tanto para os animais quanto para os humanos, o que faz já soar desgastada a sonoridade dessa dicotomia -, implica a presença de um elemento não material em sua própria essência.

Esse elemento, que resiste às análises e interpretações lógicas das ciências (biologia, fisiologia, psicologia etc.) e, portanto, provoca a necessidade de repensá-las, é o divertimento do jogo. Huizinga (2012) define que o divertimento é, precisamente, a essência do jogo, o que permite dizer que encontramos nele uma categoria absolutamente primária da vida, que qualquer um é capaz de identificar desde o nível animal. O jogo é considerado, assim, como uma totalidade, ultrapassando a esfera da vida humana, pois não tem seu fundamento em qualquer elemento racional, não se limitando à humanidade e não estando também ligado a qualquer grau de civilização ou qualquer concepção do universo, de forma que todo ser pensante pode entender a realidade autônoma do jogo: “é possível negar a seriedade, mas não o jogo” (HUIZINGA, 2012, p. 6).

Ao se compreender que o jogo não é essencialmente material, passamos a caminhar no terreno da fundação espiritual. Seja no mundo humano, seja no animal, o jogo ultrapassa os limites da realidade física: se somos todos capazes de brincar, e isso é o traço de uma indistinção que afasta uma bipolaridade racional violenta que o homem estabeleceu sobre a sua condição, como humana, superior aos outros seres, devemos insistir mais nessa dimensão, pois sua potencialidade pode nos conduzir para a *desativação* de usos que compõem os sentidos e as instituições que permeiam a nossa vida cotidiana, algo que, cada vez mais, se torna urgente nos dias atuais. A questão é premente, pois o próprio brincar – a brincadeira, o brinquedo – resta capturado: sequer temos sido capazes de brincar, quando o ocultamento de nosso ser cada vez mais nos arrasta, pela técnica, para nossa perdição, cuja exemplificação característica, dentre outras, é a insistência na categorização originária distintiva entre o homem e o animal, que apaga o traço lúdico que nos funda para além de nossa violenta racionalização.

Mesmo no mito, na linguagem, no culto, há sempre uma brincadeira, um jogo transformador, imaginativo, um espírito fantasista. No mito e no culto é que se tem origem as grandes forças do processo civilizatório, como a troca, o escambo e o comércio, o direito e a ordem, a poesia e a ciência. Na linguagem também há toda uma ludicidade, já na designação das coisas pensadas e materiais, do mesmo modo, no desenvolvimento do diálogo, que chega a revelar, em pontos de alto refinamento, a força da ironia.

O jogo está, ainda, no inabalável terreno da busca da verdade. Com o jogo parresíastico verificamos exatamente isso, pois a *parresía*, como a fala franca que explicita a coragem da verdade naquele que fala e assume o risco de dizer, a despeito de tudo, toda a verdade que pensa, sendo a só tempo a coragem do interlocutor que aceita receber como verdadeira a verdade ferina que ouve, não é originariamente uma técnica ou uma profissão, embora haja muitos aspectos técnicos nela. Ela é um jogo, uma atitude, em que o éthos encontra sua verificação na palavra do paresiasta e no próprio jogo da *parresía* (FOUCAULT, 2011). Tudo isso que não se tem verificado entre nós nos dias atuais e que tem arrastado todos para uma vida desesperada(dora) de autoflagelamento e destruição pessoal, sem cuidado de si (*Epiméleia*).

2. O *ludus* e o *jocus*

A palavra jogo provém do latim *jocus*, mas as formas latinas que traduzem a ideia de jogo como divertimento, mais ou menos competitivo, são *ludus*, *lusus* e *lusio*, sendo

ludus a palavra corrente, a qual assume outros significados, como a representação teatral e outras manifestações culturais, o gracejo, o prazer. A ideia de luso, em latim *lusus* (filho de Baco e ascendente mitológico dos Lusitanos), assenta no radical celta *Lus* e, segundo parece, não tem a ver com jogo, que em latim também se chama *lusus* (*lusus, us*, do verbo *ludo*, jogar). *Ludus aetatis* significa o prazer da juventude (Tito Lívio), algo muito importante, pois a ideia de prazer, do divertimento, é a primeira finalidade do jogo. *Jocus* em língua portuguesa tem usualmente o significado de gracejo - o que diverte, desperta o riso. O termo gracejo parece mais apropriado a *jocus* do que graça, apesar de entendermos que a finalidade tanto da graça como do gracejo é assumir deslocamentos similares. Ele também significa tanto o dito chistoso como o comportamento equivalente e divertimento, mormente mais ligado ao sentido psicológico do que ao físico. O adjetivo ligado a jogo é geralmente lúdico, jogo ou atividade lúdica; o que se emprega como derivado de *jocus* é jocoso, gracejo ou dito jocoso (CABRAL, 1986, p. 79).

Na Idade Média, a palavra jogo tinha uma aceção muito ampla. Entendiam os medievais que o primeiro fim de jogo é divertir, e é por isso que o jogo vem de *jocus* e não de *ludus* - de *jocus* pelo divertimento que proporciona e pela graça que contém. No jogo, o *ludus* completa-se com o *jocus*. Também os latinos entendiam o *ludus* como atividade que podia se fixar na seriedade. Daí que a escola se designasse como *ludus: ludus discendi, ludus litteratus, ludus saltatorius, ludus magister*. Diz-se ainda que *ludus* se designou como escola por lýtotes, um jogo que consiste em obter um grau superlativo pela negação do contrário. De todo modo, foi no *jocus* que os medievais assentaram. A representação dramática medieval era tomada também como jogo: no século XIII, na França, chamava-se jogo uma peça de teatro religioso ou cômico pelo o que ela tinha de imitação ou de fantasia. Da mesma forma, momos e outras representações teatrais eram entendidos muitas vezes como *ludi* (CABRAL, 1986, p. 83).

O contraste entre jogo e seriedade vai por aí se construindo, inicialmente como diametralmente opostos, até que mutuamente implicados. Na baixa Idade Média, o jogo e a seriedade eram entendidos como dois modos fundamentais da vida e expressos de maneira bastante imperfeita entre *folie et sens* (a categoria do cômico está estreitamente ligada à da loucura) até que, Erasmo, em seu *Laus stultitiae*, mostra a impropriedade desse contraste. Quanto mais “nos esforçarmos para estabelecer uma separação entre a forma a que chamamos ‘jogo’, e outras formas aparentemente relacionadas a ela, mais se evidencia a absoluta independência do conceito de jogo” (HUIZINGA, 2012, p. 9).

Pensar o jogo em tal perspectiva permite avançar para além de uma discussão epistemológica, mas também ética e estética (est-ética), algo que nos direciona para uma reflexão mais aprofundada sobre nosso próprio tempo e sua relação com o brincar e com os brinquedos. Nessa perspectiva, o pensamento de Walter Benjamin (1984) sobre o brinquedo e a brincadeira é fundamental; para ele, o significado do brinquedo e a valoração da brincadeira foram concebidos como fenômenos homogeneizantes, de modo que tanto o brinquedo quanto a brincadeira se tornaram produtos da massificação industrial. O brinquedo inscreve-se historicamente na sociedade provocando, nas diferentes eras culturais, as diversas formas de interação e de concepções do brincar – nascem nas oficinas de entalhadores de madeira e, no decorrer do século XVIII, afloram as fabricações industriais especializadas.

Ao analisar a história dos brinquedos e dos livros infantis ao longo do desenvolvimento industrial e pós-industrial, Benjamin (1984) faz um resgate do brincar por meio de histórias e brinquedos feitos com arte, elaborados pelas mãos das crianças e dos adultos, e exatamente o nosso distanciamento das formas primitivas do brincar: se há muito as crianças utilizavam materiais encontrados em seu próprio ambiente, como folhas, terra, pedra, papel etc., adentramos em um cenário de massificação, fazendo da cultura do brinquedo algo decorrente de uma sociedade – moderna – que o pens(a)ou como imitação, esquecendo que, na realidade, ele compõe um elemento importante da formação humana.

Demorou muito tempo até que se desse conta que as crianças não são homens ou mulheres em dimensões reduzidas – para não falar do tempo que levou até que essa consciência se impusesse também em relação às bonecas. É sabido que mesmo as roupas infantis só muito tardiamente se emanciparam das adultas. Foi o século XIX que levou isso a cabo. Pode parecer que o nosso século tenha dado um passo adiante e, longe de querer ver nas crianças pequenos homens ou mulheres, reluta inclusive em aceitá-las como pequenos seres humanos (BENJAMIN, 1984, p. 86).

Com essa passagem, chegamos a um ponto ilustrativo do fio que incita esta reflexão em tom introdutório sobre o jogo. Esse esquecimento do que compõe o humano é a marca de uma tragédia anunciada que, como Édipo, nos esforçamos determinadamente em concretizar.

Precisamos nos empenhar na tarefa de explorar as sendas dessa problematização. O que nos ocupa, então, neste texto, é rigorosamente ensaiar um primeiro passo para essa tarefa, e ele será dado na via do pensamento jurídico.

3. O sério e o jocoso em Jhering

O pensamento de Rudolf von Jhering tem um lugar de destaque entre os clássicos do direito. Não é para menos: ele foi um dos maiores responsáveis pelo desenvolvimento da ciência do direito e pelo aprimoramento da pesquisa jurídica¹.

Já em uma fase madura de seu pensamento, sob a advertência de que não pretendia que o livro viesse pertencer à literatura jurídica científica, Jhering escreveu *O sério e o jocoso na ciência jurídica (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz)*², e, como já se antevê no título, a obra é composta de textos jocosos, com fina ironia, reveladores de verdades sobre o direito. Certamente é um texto inovador e representa um período importante de sua obra. O livro chegou a quatro edições, sendo a primeira publicada em 1884 e a última, modificada pelo autor, em 1891, pouco menos de um ano antes de sua morte (ADEODATO, 2002, p. 167)

O livro tem quatro textos, todos com bastante divertimento para seus leitores. Três dos textos são jocosos com um fundo muito sério, e o outro é sério, mas com algumas partes jocosas muito criativas e estimulantes.

As concepções às quais se dirigem as gozações mostram as graves falhas e até mesmo algumas aberrações da ciência do direito no final do século XIX.

Todos eles têm um aprofundamento que nos põe a refletir sobre o direito e repensá-lo muito mais do que quando nos atemos a livros muito eruditos e compilados em grandes volumes. Como o próprio autor anuncia ao final de seu prólogo, o seu propósito é mostrar que as piadas somente buscam que o sério se resulte mais eficaz e prático, de tal modo que se da primeira impressão de hilaridade não se suceder nenhuma outra, a obra poderia ser dada por perdida, sem utilidade.

As três primeiras partes da obra estão dedicadas ao jocoso (piadas) e a quarta ao sério (verdade), mas a nenhum de meus leitores deve escapar que as quatro perseguem uma mesma e única finalidade, já que o jocoso tem por missão dar mais relevo ao sério. Não quero afirmar que esse seja o fim da totalidade e cada uma das chacotas, pois muitas delas foram postas com o mero ânimo de brincar. Mas espero que, em geral, o leitor não deixe de ter a impressão de que também o jocoso tem neste escrito seu significado sério e, ainda que como primeiro efeito somente faça rir

1 Para um quadro geral da obra de Jhering a que estamos nos dedicando aqui, recomenda-se a leitura do Capítulo 8 da obra *Ética e retórica*, de João Maurício Adeodato (2002).

2 A obra foi traduzida para o espanhol com o título *Bromas y veras en la ciencia jurídica: un presente navideño para los lectores de obras jurídicas (JHERING, 1987)*.

· HENRIQUE GARBELLINI CARNIO

o leitor, se não tiver outra transcendência, estimaria que o trabalho fracassou em seu propósito (JHERING, 1987, p. 36)³.

O livro todo é escrito com uma descontraída ironia, mas sem sarcasmos ou ranços de agressividade. Permeia a obra um fio latente que revela seus sólidos conhecimentos do direito e da história romana, bem como o pleno domínio dos conceitos jurídicos (dogmáticos) de seu tempo, sem deixar escapar a força de sua formação e inclinação filosófica que ganha um tom bastante alto ao final da terceira parte, escolhida para os propósitos deste texto como adiante será apresentado.

Com excelente humor, Jhering ironiza os erros das direções tomadas em sua época pela filosofia pura e jurídica. A seu ver, por inspiração de uma nova metodologia científica ensaiada na Idade Moderna, por um lado pela matemática, sob o fio condutor do pensamento cartesiano, e por outro pela física, sob as indicações do pensamento de Bacon – enquanto sequentemente Kant tratava de submeter este caminho às diretrizes daquele outro –, a filosofia tomou o caminho de direções que repercutiram diretamente no direito, sendo este, de modo geral, o alvo de sua humorística.

Temos em pauta, claramente, o racionalismo cartesiano na Escola do Direito Natural e das Gentes; a influência do método analítico-sintético de Bacon e Galileu em Hobbes e o de Newton em Montesquieu; o encaminhamento de Hugo, que posteriormente foi desenvolvido pela Escola Histórica; e, também, o pensamento de Hegel, apresentando a Razão e a História com letras maiúsculas e sua realização pelo Estado.

A terceira parte da obra é denominada “No céu (paraíso) dos conceitos jurídicos: uma fantasia”, que começa com a constatação de que Jhering, repentinamente, se descobre morto e, ao desprender-se de seu corpo e tornar-se espírito, é recebido no céu por uma figura luminosa chamada Psicóforos, que logo lhe afirma:

O mundo no qual até agora creste perceber não existia mais do que em tua imaginação, igual ao tempo e ao espaço, que eram forma de tua visão subjetiva, como deve saber se estudaste Kant e Schopenhauer. Tudo é ilusão e alucinação. O verdadeiro ser é de índole imaterial, todo o mundo é espírito, e tu mesmo és parte desse espírito. O que pensas, isso é o que tu és, o pensar e o ser são uma mesma e única coisa [...] o tormento da vontade, como chamam vossos filósofos, que somente têm em vista a vontade terrena, há cessado para ti. De agora em diante, somente teu pensamento será querer. O que pensar, haverá como querido, e o que tiver querido, será realidade.

3 Salvo indicação em contrário, todas as traduções são de nossa autoria.

O pensamento e a realidade são unos, e, no estado de transição, não saberás se estás acordado ou sonhando, nem se o que experimentas é ilusão ou realidade. Esse é o primeiro sintoma de que tua consciência subjetiva está se extinguindo (JHERING, 1987, p. 215).

Essa revelação inicial é seguida da de que Jhering estaria em uma fase ainda de transição posterior à sua morte, como a crisálida no caminho de se tornar mariposa, de tal forma que nesse estado não pode saber se está acordado ou sonhando nem se o que experimenta é ilusão ou realidade. Como em vida foi um grande romanista, então será levado ao céu dos conceitos jurídicos, pois lá poderá encontrar todos os conceitos com os quais se ocupou durante toda sua vida, não na forma imperfeita como os tinha na Terra, mas em seu estado de perfeita pureza e beleza ideal, pois, nesse céu, as questões às quais os teóricos terrenos tentaram em vão uma solução são contestadas pelos próprios conceitos.

Além do céu dos teóricos, existem outros dois céus, o dos práticos e o dos filósofos do direito. Todos eles são muito diferentes, e a primeira diferenciação é feita pelo contraste entre o céu dos teóricos e o dos práticos.

O céu dos práticos ainda pertence ao sistema solar e nele, portanto, ainda penetram os raios solares e também uma atmosfera adequada à rústica construção do jurista prático, que não pode subsistir no vazio de que necessitam os conceitos. Enquanto nesse céu existem as mesmas condições da vida terrena, no céu dos conceitos, um prático sequer pode respirar ou tampouco dar um simples passo, pois seus olhos não são feitos para a obscuridade que ali impera - um lugar lóbrego em que reina uma noite tenebrosa, pois, por mais que o sol seja a fonte da vida, os conceitos são incompatíveis com a vida. Os teóricos que ingressam nesse céu conseguem ali ficar e ver, pois, na Terra, já estavam acostumados com essa obscuridade, “como a coruja, a ave de Minerva, que vê no escuro” (JHERING, 1987, p. 217).

O problema inicial é que, para ingressar no céu dos conceitos jurídicos, é preciso passar por um exame no céu precedido de um período de quarentena, para que a alma possa se desfazer de todo ar atmosférico trazido da Terra, um verdadeiro veneno para o céu dos conceitos jurídicos, localizado no último rincão do Universo, pois os conceitos não suportam contato com o mundo real. Nesse momento, Psicóforos chama a atenção para uma curiosidade: de uns tempos pra cá, com a chegada de um tal de Puchta, o paraíso dos conceitos tem recebido um considerável nome de juristas da Alemanha, a maioria professores, mas há também políticos apaixonados pelas ideias de Bismarck. Jhering então pergunta se Savigny estava lá, ao que o guia diz que, depois de vários problemas de adaptação, ele passou no teste.

Após a quarentena há uma opção: ou logo se faz o exame ou pode-se, optativamente, antes, dar uma volta pelo céu para conhecer rapidamente o lugar. O personagem escolhe a segunda opção e, então, é acompanhado de outro espírito que também havia sido professor de direito romano, mas já não pode se nominar, pois, desde que bebeu da fonte do esquecimento, esqueceu-se de todo seu passado e também do próprio nome.

Ao começar sua caminhada pelo céu dos conceitos jurídicos, Jhering depara-se com um monte de esquisitices. O primeiro lugar a que vai é a academia de ginástica, onde as almas vão quando estão cansadas de contemplar conceitos. A primeira coisa estranha é uma máquina que reparte cabelo. Uma das atividades do exame é a de que deverá dividir um cabelo em 999.999 partes exatamente iguais, cujo resultado será dado por uma balança que é tão sensível que, se um raio de sol a tocar, isso já basta para inclinar seus pratos. O que chama a atenção é como alguns que lá adentraram chegaram a se destacar tanto nessa tarefa que foram capazes de dividir cada uma dessas partes em outras 999.999 frações, e o prêmio do campeão é receber uma coroa como a de láurea, consistente em cabelos repartidos por ele mesmo, até que alguém consiga superá-lo.

Ao lado da máquina de repartir cabelos, há uma vara muito lisa (pau de sebo) que está lá para ser escalada. Ela revela a escalada dos conceitos jurídicos difíceis. Quem passa pelo exame tem a chance de trepá-la por três vezes. A vara tem três coifas em três níveis de altura: ao escalá-la deve-se chegar até a primeira, pegar um dos problemas que contém e voltar a subir, já que as outras duas somente podem ser alcançadas por escaldores consumados, tanto que lhe é advertido que somente um teria conseguido chegar à coifa superior, e este, ao ver o problema que encontrou, logo o pôs em seu lugar de volta. Em suma, o importante é ter o problema para se escalar e não para se resolver, e lá todos os problemas são teóricos, nenhum tem cunho prático. No céu dos conceitos jurídicos impera claramente “a ciência pura, a lógica jurídica e a condição de seu império e para toda magnificência que emana consiste no desentendimento absoluto das questões da vida” (JHERING, 1987, p. 222).

Na sequência, o falecido Jhering é informado que junto ao salão dos conceitos, onde estão os conceitos puros, há um gabinete anatomopatológico, em que estão postas as deformações e distorções que sofreram os conceitos no mundo real.

A próxima máquina – dentre várias outras que não poderão ser mostradas e explicadas aqui – é o aparato da ficção. Este, adverte a alma-guia, pode ser compreendido sem ajuda, pois, como se sabe, seu alto valor é para os fins do direito, algo bem conhecido pelo candidato.

Entre diálogos sobre a que seu condutor estava se dedicando e várias outras máquinas inúteis como as que lhe sucederam, eles chegam ao muro da vertigem, que fecha o recinto. Sua altura é tão imensa que os olhos não podem alcançar onde termina. Olhando atentamente conseguem ver um espírito que está treinando - adestrando-se - contra a vertigem e o que sucede com ele.

O muro se eleva por partes. Na parte inferior da senda, há ainda a marca dos pés de nossos espíritos, mas, à medida que se sobe, ele vai se tornando mais estreito até chegar à finura de um fio de navalha de barbear. Essa é a senda da dedução dialética, na qual a razão, ao menor tropeço, corre perigo de cair no precipício do absurdo. Nas partes superiores são muitos os que caem. Veja, aqui temos um exemplo. O homem cai [...]. E veja que em seguida volta a levantar-se para repetir o experimento. Nossas cabeças são feitas para suportar golpes (JHERING, 1987, p. 224).

O próximo lugar é a Academia de História do Direito, dedicada exclusivamente a um só ramo da história do direito romano que supera, em muito, todos os outros pelo seu interesse e valor científicos. O seu principal exercício não é a investigação da proto-história, mas sim a necessidade de restauração de fórmulas e dos textos romanos. Quando se entra na academia, logo se vê um tablado (lousa) de ensaios. Nele estão os textos romanos que apresentam lacunas e que devem ser restaurados. O curioso nesse trabalho, adverte o espírito-guia, é que cada um dos que o fazem, completando as lacunas, está firmemente convencido de ter alcançado a solução justa e é essa convicção que lhe dá satisfação, permitindo ao candidato compreender que as derivações podem ter a troca de uma só letra; basta que se troque uma palavra e tudo pode tomar outro sentido.

Por fim, chegam ao lugar mais importante, localizado em um edifício suntuoso, o salão dos conceitos. Em uma de suas alas laterais, encontra-se o *cerebrarium*; e na outra, o gabinete anatomopatológico. Nesse lugar não há porta, deve-se dar com a cabeça na parede e será lhe dada a entrada.

O *cerebrarium* é onde se fabrica a substância cerebral para os teóricos. Essa substância colocada na cabeça do teórico, desde quando está em gestação, proporciona-lhe a faculdade de pensar idealmente, o que não pode confundir com a faculdade de pensar em abstrato. Seu reino de trabalho está no reino da abstração, as questões concretas são deixadas aos práticos, de tal forma que elimine a antítese entre o pensar e a realidade. O teórico encontra-se aí à altura do idealismo filosófico, para o qual o mundo real é uma pura ilusão, uma fantasia do sujeito.

Mas o mais importante, além dessa substância, é que ali também é produzida outra para a intuição histórico-jurídica, baseada em uma fórmula dosificada com fantasia que

se agrega à substância teórica geral. Nesse momento, surge uma das passagens mais ricas do texto travado no diálogo entre o espírito-guia e o espírito candidato:

- É que somente o historiador do direito necessita de fantasia? Recordo ter lido, num escrito de Thomasio, que nenhum jurista, tampouco o prático, pode prescindir de uma boa dose de fantasia. Essa fantasia, diz, é necessária para “imaginar os estranhos *casus juris*”.

- Essa é a fantasia vulgar, a *fantasia communis seu vulgaris*. Para o historiador do direito, ela não é suficiente. O historiador necessita de uma fantasia muito especial, que é a que aqui se fabrica. A fabricação baseia-se em um agregado exato de fantasia poética, de *phantasia poetica seu eximia*, que se agrega à substância cerebral teórico-jurídica. Se se excede a proporção justa em somente uma pequena dose, o futuro portador do cérebro padecerá consequências bastante desagradáveis. A fantasia poética, que não se contenta então com os problemas da pura história do direito, não é absorvida por eles [...] o poeta e o jurista travam um duelo. Tudo depende de quem resulta vencedor. [...] a poesia imperfeita inunda a jurisprudência. A poesia integral não resulta perigosa, pois esta não cai na tentação de assenhorar-se com temas jurídicos. Mas a poesia imperfeita essa sim tem de se temer! Nada, nem sequer os temas jurídicos mais áridos, está a salvo do perigo de que, ao vê-los, essa poesia não caia em êxtase e mova o céu e a Terra para transfigurá-los com seu esplendor poético. O que pode ser mais sombrio que a ficção? (JHERING, 1987, p. 229).

Do *cerebrarium* chegam ao salão dos conceitos. O lugar é tomado por um falatório, como em uma bolsa de valores. Lá estão os conceitos jurídicos que são inconfundíveis por sua simples imagem, seus próprios rostos. Em uma primeira vista, identificam-se rapidamente o *Dolus* com sua oculta malícia, a *Culpa lata* com sua cara torpe, a *Culpa Levis* com a falta de preocupação em seu semblante, a *Mora* sempre ali encostada, a *Bona fides* com sua inconfundível expressão de franqueza, honradez e sinceridade, a propriedade forte com membros robustos, bem nutrida, a *obligatio* sempre preocupada em saber se seu direito terminará por realizar-se e assim por diante. O contato com esse salão revela uma ilustração, uma imagem que mostra a personificação desses conceitos. Logo se veem os rostos deles, o que está à face, a sua *persona*.

Por fim, chegam ao gabinete anatomopatológico, onde se encontram os conceitos para além de suas formas puras, com as deformações que sofreram na Terra, já cometidas pelos próprios romanos. Lá a passagem é mais rápida, pois o que impera ali é o erro, o desvirtuamento, e, já que esse é o céu dos conceitos jurídicos, em sua forma pura, tal verificação só garante a fortificação da pureza dos próprios conceitos.

Não restando mais nada para ver, chega o momento do exame. Depois de tudo o que foi visto, o candidato não quer de modo algum participar do exame, pois, mesmo diante

de toda magnificência que lá se pode ver e em que pesem todos os jogos que servem de passatempo aos espíritos, tudo parece ser muito chato, sendo preferível ir para outro céu.

Como o falecido é jurista, restam-lhe dois outros céus, o dos filósofos do direito e o dos práticos. O caminho escolhido, inicialmente, é para o céu da filosofia do direito, muito malvisto pelo céu dos conceitos jurídicos, pois lá impera a razão, e no céu dos conceitos deduz-se o direito dos próprios conceitos. Lá também é necessário um exame, mas antes de ser admitido é preciso fazer uma profissão de fé, a saber, de que as verdades jurídicas foram dadas ao homem pela natureza e lhe são inatas, e, portanto, o homem somente necessita pensar com energia para aflorar todas as riquezas que, em forma embrionária, encontram-se em seu raciocínio.

Outro problema, então, surge, pois tal profissão de fé, adverte o personagem, não lhe é possível, pois, durante toda sua vida na Terra, professou o contrário, restando-lhe somente o céu dos práticos. No céu dos práticos, entra-se nos maiores problemas, diz-lhe o espírito-guia, pois basta que tenha passado em seu exame jurídico na Terra, para o qual, adverte, como se sabe, não se requerem muitas condições. O máximo para possibilitar a entrada e que pode ser que seja dado a quem se candidata a um caso para resolver e basta que este seja resolvido, não interessa muito saber como. Na verdade, no céu dos práticos não são muito exigentes, tampouco severos.

Nesse momento, a narrativa vai chegando ao seu final, o novo guia que o levará para o céu dos práticos se aproxima, e, por um deslocamento em espaços imensuráveis, na velocidade do pensamento, chegam até o céu dos práticos, onde já tomado por ar atmosférico novamente, sentido-se livre e disposto, é informado que basta bater à porta para que possa se inscrever.

O bater à porta é o ponto de ligação para a revelação final do texto. Repentinamente, o personagem se apercebe que tudo era um sonho, pois estavam, na realidade, batendo à sua própria porta; era o carteiro que trazia a carta de um amigo. O que se passou é que ele acabou dormido sentado em um sofá, enquanto lia um dos últimos livros publicados sobre direito romano. A carta recebida comentava exatamente o livro que estava sendo lido quando o sono o dominou, e ela trazia, como suma do relato da leitura da obra, precisamente a frase do “Rei dos elfos”, de Goethe: “entre as folhas secas, murmurava o vento”.

4. O jogo e o jocoso no direito

No paraíso teórico de Jhering, os conceitos têm luz própria, e os olhos da alma do teórico, já acostumados a ver na penumbra, no escuro, conseguem com eles lidar, pois quanto

mais impenetrável a escuridão, melhor eles conseguem enxergar. Só os teóricos conseguem ver a diferença dos conceitos e compreendê-los, algo que se assemelha aos problemas da Santíssima Trindade, em que só os eleitos conseguem ver.

O cenário do texto é composto pela constatação absurda – e finamente irônica – de se insistir na separação entre teoria e prática. Um dualismo que distancia e esvazia a vida, tanto dos que se veem como os teóricos, quanto dos que se veem como práticos, e, pela insistência crítica de Jhering no campo da filosofia do direito e por sua análise sobre a falácia naturalista e sua potência racionalizadora, o mesmo sucede com os filósofos do direito.

O divertimento provocado na leitura das partes que compõem o livro de Jhering tem o engenhoso recurso de dizer a verdade rindo (*Ridendo dicere verum*). Por meio desse esquema, ele produziu uma contundente crítica aos conceitualistas dogmáticos de sua época, alheios de toda realidade.

Precisamos explorar mais os conceitos de *jocus* e *ludus* no direito; é tempo de brincarmos, fazermos troça, chiste, tal qual fez seriamente Jhering com suas críticas aos teóricos e filósofos do direito. Trazendo para o plano de nosso país, em que agora temos visto insistentemente um trabalho para a construção de uma “jurisprudência dos princípios” e de uma “teoria da decisão judicial”, merecem mesmo troça tais construções – tanto pela via dos teóricos quanto pela dos práticos –, pois o que impera ali é algo como o que ocorria no céu dos conceitos jurídicos e na Santíssima Trindade: somente os eleitos podem ver, já que, no fundo, o que se impõe é a questão de princípios, a questão dos princípios, que nada mais é do que a do principal, do soberano, do príncipe e do principado (DERRIDA, 2001, p. 45) que mantém a estrutura da captura da nossa violenta racionalidade, aquela mesma que reverbera e sustenta, dentre outras falácias, um modo propriamente violento que impõe o dualismo entre homem e animal, e, portanto, daquele que impõe pelo direito e pela filosofia – esta muitas vezes tratada sem qualquer seriedade e rigor, o que o jogo também ensina – a metodologia do aprisionamento de si e dos outros, própria de um direito que não conhece (entre) o sério e jocoso.

LEGAL CONCEPTS AND FANTASY: NOTES ON THE JOKING AND SERIOUSNESS IN THE SOCIOLOGICAL THOUGHT OF JHERING

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. *Ética e retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BENJAMIN, W. *Reflexões: a criança, o brinquedo, a educação*. São Paulo: Summus, 1984.

DERRIDA, J. *Estados-da-alma da psicanálise: o impossível para além da soberana crueldade*. São Paulo: Escuta, 2001.

ELIADE, M. *História das crenças e das ideias religiosas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. v. I.

FOUCAULT, M. *A coragem de verdade: o governo de si e dos outros*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. v. II.

GINZBURG, C. *O fio e os rastros: verdadeiro, falso, fictício*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUIZINGA, J. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2012.

JHERING, R. von. *Bromas y veras en la ciencia jurídica: un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*. Madrid: Civitas, 1987.