

**LEONARDO PASSINATO E SILVA**

**– O DISCURSO DOS BÁRBAROS –  
RECEPÇÕES DA ANTIGUIDADE E DOS ESTUDOS CLÁSSICOS NO  
PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

**Tese de Doutorado**

**Orientador: Professor Associado Dr. Ari Marcelo Solon**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2019**



**LEONARDO PASSINATO E SILVA**

**– O DISCURSO DOS BÁRBAROS –**  
**RECEPÇÕES DA ANTIGUIDADE E DOS ESTUDOS CLÁSSICOS NO**  
**PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

Tese apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Professor Associado Dr. Ari Marcelo Solon.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO-SP**

**2019**



**Catálogo na Publicação**  
**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da**  
**Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

---

Silva, Leonardo Passinato e

O discurso dos bárbaros: recepções da antiguidade e dos estudos clássicos no pensamento jurídico contemporâneo / Leonardo Passinato e Silva. -- São Paulo, 2019.

180 p. ; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientador: Ari Marcelo Solon.

1. História do Direito. 2. Filologia Clássica. 3. Recepção dos Clássicos. I. Solon, Ari Marcelo, orient. II. Título.

---



## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço às seguintes pessoas e instituições, por sua contribuição para a concretização deste trabalho:

A meus pais, Gildenor e Maria da Glória, em razão de tudo que passamos nesses últimos três anos;

Ao meu orientador, Professor Associado Doutor Ari Marcelo Solon, por todas as discussões sobre o direito antigo ao longo de uma década;

À Professora Associada Doutora Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux e ao Professor Doutor Samuel Rodrigues Barbosa, por suas sugestões, incentivos e críticas por ocasião da banca de qualificação;

Aos amigos e colegas doutorandos Bruno Cunha Weyne e Vinicius Fernandes Ormelesi, pelo valioso apoio mútuo durante o doutorado;

Ao amigo Mario Augusto D'Antonio Pires, pelas discussões sobre nossas pesquisas e pela ajuda crucial na obtenção de acesso a fontes.

Ao Ministério dos Direitos Humanos, pela licença-capacitação concedida, que propiciou a frequência a disciplinas e a preparação para o exame de qualificação.

A Andrea Valentim Alves Ferreira, cujo apoio incondicional e compreensão bem-humorada de minhas circunstâncias ao longo do processo de escrita permitiram conjugar estudo e trabalho da melhor maneira possível;

A todas as instituições e pessoas que se dedicam a democratizar o acesso ao conhecimento.





*Scientific objectivity is not the absence of initial bias.  
It is attained by frank confession of it.*

MORTIMER ADLER, *How to read a book*



## **RESUMO**

SILVA, Leonardo Passinato e. O discurso dos bárbaros: recepções da antiguidade e dos estudos clássicos no pensamento jurídico contemporâneo. 180p. Tese de doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Esta tese tem como objetivo analisar a recepção da Antiguidade greco-romana no pensamento jurídico ocidental, a fim de demonstrar como a evolução da filologia clássica conformou a perspectiva de filósofos e historiadores do direito sobre o direito antigo. O primeiro capítulo descreve a recepção dos direitos antigos na Europa e em seus centros subsidiários desde o fim da Antiguidade até o advento da filologia clássica como uma ciência moderna. O segundo capítulo apresenta a consolidação da filologia clássica e do direito como disciplinas engajadas na formação da nacionalidade alemã no século XIX. Ao final do capítulo, será proposta uma descrição de duas abordagens filológicas contrapostas, aqui denominadas ortodoxa e heterodoxa, com fundamento na exposição do debate filológico havido entre Ulrich von Wilamowitz e Friedrich Nietzsche. Tal polarização conformará a compreensão da Antiguidade Ocidental no século XX, com consequências para o estudo do direito antigo. O terceiro e o quarto capítulo ocupam-se, respectivamente, das recepções ortodoxas e das recepções heterodoxas, buscando-se situar as principais abordagens da Antiguidade em função da filiação filológica de cada jurista tratado.

Palavras-chave: HISTÓRIA DO DIREITO. FILOLOGIA CLÁSSICA. RECEPÇÃO DOS CLÁSSICOS.



## **ABSTRACT**

SILVA, Leonardo Passinato e. The discourse of the barbarians: receptions of the antiquity and classical studies by contemporary legal thought. 180p. Doctoral dissertation. Faculty of Law, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

This dissertation aims to analyze the reception of Greco-Roman Antiquity in the Western legal thought, in order to demonstrate how the evolution of classical philology framed the perspective of legal philosophers and historians on ancient law. The first chapter describes the reception of ancient law in Europe and its subsidiary centers from the end of Antiquity to the dawn of classical philology as a modern science. The second chapter presents the consolidation of classical philology and legal science as disciplines engaged in the shaping of German nationality in the 19<sup>th</sup> century. At the end of this chapter, a description of two opposed philological approaches is proposed, an orthodox and an heterodox approach, based on the philological debate between Ulrich von Wilamowitz and Friedrich Nietzsche. Such polarization will frame how Western Antiquity is understood in the 20<sup>th</sup> century, later influencing the study of ancient law. The third and fourth chapters deal respectively with orthodox and heterodox receptions, in order to depict the main approaches to Antiquity according to the philological affiliation of each jurist discussed.

**Keywords: LEGAL HISTORY. CLASSICAL PHILOLOGY. CLASSICAL RECEPTIONS**



## RÉSUMÉ

SILVA, Leonardo Passinato e. Le discours des barbares: réceptions de l'antiquité et des études classiques dans la pensée juridique contemporaine. 180p. Thèse de doctorat. Faculté de Droit, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Cette thèse a pour objectif l'analyse de la réception de l'Antiquité gréco-romaine dans la pensée juridique occidentale, afin de démontrer comment l'évolution de la philologie classique a conformé la perspective des philosophes et des historiens du droit sur le droit ancien. Le chapitre premier décrit la réception des droits anciens dans l'Europe et ses centres subsidiaires dès la fin de l'Antiquité jusqu'à la naissance de la philologie classique comme une science moderne. Le chapitre deuxième présente la consolidation de la philologie classique et du droit comme disciplines engagées à la formation de la nationalité allemande au XIXe siècle. À la fin du chapitre il y a une proposition pour la description de deux approches philologiques opposées, l'approche orthodoxe et l'approche hétérodoxe, sur la base du débat philologique entre Ulrich von Wilamowitz et Friedrich Nietzsche. Cette opposition façonnera la compréhension de l'Antiquité Occidentale au XXe siècle, avec des conséquences pour l'étude du droit ancien. Le troisième et le quatrième chapitre traitent respectivement des réceptions orthodoxes et hétérodoxes, pour placer les approches principales selon l'affiliation philologique de chaque juriste abordé.

Mots-clé: HISTOIRE DU DROIT. PHILOGIE CLASSIQUE. RÉCEPTION CLASSIQUE.





# SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS

EPÍGRAFE

RESUMO

ABSTRACT

RÉSUMÉ

INTRODUÇÃO.....	1
1. O problema.....	1
1.1 <i>Influência e recepção</i> .....	1
1.2 <i>Direito e filologia clássica</i> .....	8
2. Metodologia.....	18
3. Plano da obra.....	25
Capítulo 1. A CIÊNCIA PRÉ-FILOLÓGICA DO DIREITO ANTIGO.....	28
1. Sobrevivências e ressignificações do direito romano na Alta Idade Média.....	28
2. Bizâncio e a Europa Oriental.....	36
3. O estudo exegético do direito romano: glosadores e pós-glosadores.....	38
4. O humanismo jurídico e a aurora da ciência filológica.....	45
5. A Antiguidade e o direito público.....	51
5.1 <i>O modelo das constituições clássicas no debate renascentista</i> .....	51
5.2 <i>Fundações antigas e revoluções modernas</i> .....	57
Capítulo 2. DIREITO E FILOGIA: DUAS ARENAS DO PROJETO NACIONAL ALEMÃO NO SÉCULO XIX.....	63
1. A nacionalidade alemã como problema filológico.....	63
2. Ideias jurídicas na era romântica.....	78
3. As polaridades da filologia clássica e sua repercussão para a compreensão do direito antigo.....	91
Capítulo 3. RECEPÇÕES ORTODOXAS.....	94
1. O direito romano.....	95
1.1 <i>A reorientação histórico-propedêutica</i> .....	95
1.2 <i>Neo-humanismo e ortodoxia filológica</i> .....	99
2. Estudos clássicos e totalitarismo.....	102

2.1 <i>O terceiro humanismo</i> .....	102
2.2 <i>Apropriações totalitárias</i> .....	106
3. <b>Carl Schmitt</b> .....	114
<b>Capítulo 4. RECEPÇÕES HETERODOXAS</b> .....	120
1. <b>A via ritualista</b> .....	120
1.1 <i>Os ritualistas de Cambridge</i> .....	120
1.2 <i>Axel Hägerström e a essência mágica do direito romano</i> .....	129
2. <b>A via psicanalítica</b> .....	140
2.1 <i>A heterodoxia psicanalítica</i> .....	140
2.2 <i>Kelsen, leitor de Platão e de Freud</i> .....	145
<b>CONCLUSÃO</b> .....	151
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	154

# INTRODUÇÃO

*Se não me engano, as peças heterogêneas que enumerei se parecem com Kafka; se não me engano, nem todas se parecem entre si. Este último fato é o mais significativo. Em cada um desses textos reside a idiosincrasia de Kafka, em grau maior ou menor, mas se Kafka não tivesse escrito, não a perceberíamos; ou seja, ela não existiria. O poema “Fears and Scruples”, de Robert Browning, profetiza a obra de Kafka, mas nossa leitura de Kafka afina e desvia sensivelmente nossa leitura do poema. Browning não o lia como nós agora o lemos. No vocabulário crítico, a palavra precursor é indispensável, mas seria preciso purificá-la de toda conotação de polêmica ou rivalidade. O fato é que cada escritor cria seus precursores. Seu trabalho modifica nossa concepção do passado, assim como há de modificar o futuro. Nessa correlação, nada importa a identidade ou a pluralidade dos homens. O primeiro Kafka de Betrachtung é menos precursor do Kafka dos mitos sombrios e das instituições atrozes do que Browning ou lorde Dunsany.*

JORGE LUIS BORGES, *Kafka e seus precursores*  
(1951)

## 1. O problema

### 1.1 *Influência e recepção*

“*Quer em Roma, quer nos dias de hoje...*”. A iniciação nos estudos jurídicos na Europa continental e nas diversas regiões do mundo sobre as quais aquela exerceu seu domínio político ou cultural tradicionalmente inclui referência, ainda que sumária, à matriz romana dos direitos nacionais aí vigentes, constituintes daquilo que se convencionou chamar de sistema jurídico romano-germânico. Aos neófitos enfatiza-se, sobretudo, o débito moderno para com os romanos em matéria de direito privado.

Paralelamente, nos campos integrantes da chamada propedêutica jurídica, especialmente em áreas tangentes ou introdutórias aos diversos objetos de direito público – tais como a teoria geral do Estado e a ciência política – apresenta-se aos estudantes o

caráter tributário do pensamento político moderno relativamente à especulação filosófica antiga, sobretudo grega. Aqui, o direito positivo antigo, seja grego ou romano, aparentemente não opera impacto digno de menção.

Desse modo, importância significativa é conferida à cultura da Antiguidade Ocidental para a formação jurídica desde seus momentos iniciais, tornando-se, ao menos em plano simbólico ou tópico, elemento constitutivo das culturas jurídicas nacionais e da cosmovisão dos juristas nelas formados, apresentando-se como um referencial dificilmente contornável. A percepção corrente de uma influência do direito romano sobre a evolução posterior dos direitos continentais é amplamente divulgada e aceita.

Este trabalho parte da constatação do caráter problemático de tal percepção, cuja dificuldade congênita concentra-se na noção de *influência* dos Antigos sobre os Modernos. Tal noção é problemática por sua natureza circular e redutora. Circular, porque a importância de quem exerce influência está na constatação *a posteriori* da influência exercida. Redutora, pois tal constatação se apoia em um recorte de certos elementos de influência, com a exclusão de outras características fundamentais para a cultura influenciadora, por serem consideradas de reduzida importância no contexto do sujeito influenciado.

Com isso, vela-se o papel ativo daquele que se pretende o sujeito influenciado, consistente em reafirmar, por sucessivos recortes e reelaborações, certo espectro do sujeito influenciador, espectro este que será, a partir de então, admitido como representativo do influenciador em sua inteireza, ainda que talvez sequer chegue a representar efetivamente alguma qualidade sua historicamente atestada. Tomada a abstração realizada pelo sujeito influenciado como a figuração do que é o sujeito influenciador, este é reduzido a uma série de características que induzem o comportamento e o ponto de vista do sujeito influenciado, que agora se percebe como destinatário passivo e legitimado.

Passivo, por se apresentar como resultante de um processo historicamente inescapável de influência, sem se perceber e sem ser percebido como responsável, em alguma medida, pela formação de uma representação daquilo que admite como uma influência.

Legitimado, porque a força inescapável da influência denota, por si, a importância dos valores, tradições e eventos influenciadores, a justificar antecipadamente o

modo de ser e de proceder do sujeito influenciado. Como recorda Hespanha, a construção de uma impressão de neutralidade científica do direito por meio da imagem do jurista como uma figura erudita e formal, preocupada exclusivamente com um passado remoto, que se apresenta de forma desconectada com as questões do presente, proporciona um efeito de legitimação pela ciência.<sup>1</sup>

Nossa proposta, alternativa à percepção de uma cadeia de influência no pensamento jurídico com referência às fontes greco-romanas, consiste na proposição da validade da teoria da recepção como um ferramental útil à compreensão da importância da Antiguidade Ocidental para o pensamento jurídico, especialmente no que se refere ao direito romano, como resultante de um fenômeno de recepção por parte dos juristas modernos e contemporâneos.

Tal mecanismo de recepção é validado mediante a constatação da projeção dos valores dos juristas sobre os textos antigos; e não como a suposta continuidade de uma relação de influência da experiência jurídica antiga sobre as épocas posteriores, justificada por uma concepção essencialista de certas qualidades do direito antigo – *como se a identificação e o reconhecimento de tais qualidades não implicassem a assunção de valores pela posteridade*.

A percepção da relação entre Antigos e Modernos como um liame de influência é equivocada, repise-se, por ignorar o papel ativo do sujeito moderno na escolha e, principalmente, no manejo das fontes antigas, construindo-se narrativas estruturantes da ciência jurídica que apartam do campo da plena consciência do sujeito as motivações ideológicas e os cálculos políticos envolvidos em sua reverência àquelas fontes.

A desconstrução da ideia de influência faz parte das estratégias científicas empregadas no âmbito de uma história crítica do direito:

A primeira estratégia deve ser a de instigar uma forte consciência metodológica nos historiadores, problematizando a concepção ingênua segundo a qual a narrativa histórica não é senão o simples relato daquilo que “realmente aconteceu”. É que, de facto, os acontecimentos históricos não estão aí, independentes do olhar do historiador, disponíveis para serem descritos. Pelo contrário, eles são *criados* pelo trabalho do historiador, o qual selecciona a perspectiva, constrói objectos que não têm uma existência empírica (como curvas de natalidade, tradições literárias, sensibilidades ou mentalidades) ou cria esquemas mentais para organizar os eventos, como quando usa os **conceitos de**

---

<sup>1</sup> HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. S. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 33.

**“causalidade”, de “genealogia”, de “influência”, de “efeito de retorno” (*feedback*). A única coisa que o historiador pode verificar são sequências meramente cronológicas entre acontecimentos; tudo o resto são inferências suas (v.g., transformar uma relação de precedente-consequente numa relação de causalidade [*post ergo propter*] ou de **genealogia-influência** [*prior ergo origo*]). Os historiadores devem estar conscientes (i) deste artificialismo da “realidade” historiográfica por eles criada, (ii) da forma como os seus processos mentais modelam a “realidade” histórica, ou seja, do carácter “poiético” (criador) da sua actividade intelectual e (iii) das raízes social e culturalmente embebidas deste processo de criação [grifos nossos].<sup>2</sup>**

Por seu turno, a ideia de recepção, proveniente dos estudos de literatura comparada, refere-se à forma como temas e motivos de uma expressão literária são recebidos e atualizados em contexto diverso, seja no espaço, no tempo ou em ambos os aspectos. Portanto, a recepção literária não se restringe a um movimento unilateral, mas constitui uma via de mão dupla, da qual os receptores participam ativamente ao *retrabalhar* os temas, personagens e autores recepcionados, não funcionando como simples repositório da “tradição”. Mais do que isso, há a participação de múltiplas vozes no processo de recepção, não necessariamente relacionadas, cada uma delas, ao contexto da tradição recepcionada, promovendo-se uma construção não linear e, muitas vezes, fragmentária.<sup>3</sup>

No campo histórico, isso implica o abandono daquela “concepção ingénu” criticada por Hespanha. A respeito disso, o pioneiro da teoria da recepção, Hans Robert Jauss (1921-1997):

A concepção positivista da história como descrição “objetiva” de uma sequência de acontecimentos num passado já morto falha tanto no que se refere ao carácter artístico da literatura, quanto no que respeita à sua historicidade específica. A obra literária não é um objeto que exista por si só, oferecendo a cada observador em cada época um mesmo aspecto. Não se trata de um monumento a revelar monologicamente seu Ser atemporal. Ela é, antes, como uma partitura voltada para a ressonância sempre renovada da leitura, libertando o texto da matéria das palavras e conferindo-lhe existência atual [...]. É esse carácter dialógico da obra literária que explica por que razão o saber filológico pode apenas consistir na continuada confrontação com o texto, não devendo congelar-se num saber acerca de fatos. O saber filológico permanece sempre vinculado à interpretação, e esta precisa ter por meta, paralelamente ao conhecimento de seu objeto, refletir e

---

<sup>2</sup> HESPANHA, pp. 33-34.

<sup>3</sup> Pensamos que a maneira como referenciais da Antiguidade são remanejados na arte contemporânea dá boa mostra do que se quer exprimir aqui. Veja-se o exemplo do cinema. Referências mitológicas e literárias podem ser objeto de tentativas de reencenação “fiel” à narrativa mítica – que serão sempre frustradas de início pelo simples fato da diversidade do meio de expressão e de público –, assim como podem refletir aspectos realistas ou naturalistas, conforme entendidos em cada época (*Troia* [Wolfgang Petersen, 2004]), ou, ainda, ser instrumentalizados para a narrativa, como elemento de problematização da condição moderna, explorada em paralelo (*O desprezo* [Jean-Luc Godard, 1963]), de maneira apenas alusiva e quase subliminar (*Persona* [Ingmar Bergman, 1966]), ou, ao contrário, de maneira explícita, exagerada, com efeitos cômicos (*Poderosa Afrodite* [Woody Allen, 1995]). Em todo caso, a literatura e a religião gregas são recepcionadas pelos cineastas contemporâneos, que operam ativamente para sua desconstrução e recriação.

descrever a consumação desse conhecimento como momento de uma nova compreensão.<sup>4</sup>

A peculiaridade da ideia de recepção reside em se compreender com ela não apenas o recebimento de elementos de outra tradição, movimento explicitado no termo *recepção*, mas também a *atualização e ressignificação* desses elementos que se opera na tradição receptora. Isso significa reconhecer que a análise da relação entre duas literaturas não pode se resumir a um catálogo ou justaposição de elementos. Isso não impede, a nosso ver, que se reconheça que tais processos de atualização e ressignificação possam se dar de maneira total ou parcialmente inadvertida pelo sujeito receptor.

Como assinala Jauss, a mera justaposição de autores em sequência cronológica, tendo por critério unicamente a obediência a algum cânone pré-estabelecido com base em supostas qualidades intrínsecas, dificilmente pode ser considerada como um exercício histórico válido.<sup>5</sup>

Argumenta Jauss:

Afinal, a qualidade e a categoria de uma obra literária não resultam nem das condições históricas ou biográficas de seu nascimento, nem tão somente de seu posicionamento no contexto sucessório [*Folgeverhältnis*] do desenvolvimento de um gênero, mas sim dos critérios da recepção, do efeito [*Wirkung*] produzido pela obra e de sua fama junto à posteridade, critérios estes de mais difícil apreensão. Ademais, se, comprometido com o ideal da objetividade, o historiador da literatura limita-se à apresentação de um passado acabado, deixando ao crítico competente o juízo acerca da literatura do presente inacabado e apegando-se ao cânone seguro das “obras-primas”, permanecerá ele o mais das vezes, em sua distância histórica, uma ou duas gerações atrasado em relação ao estágio mais recente do desenvolvimento da literatura. Na melhor das hipóteses, participará, pois, como leitor passivo da discussão presente sobre os fenômenos literários contemporâneos, tornando-se, assim, na construção de seu juízo, um parasita de uma crítica que, em segredo, ele desdenha como “não científica”.<sup>6</sup>

A teoria de Jauss dialoga com o pensamento de Hans-Georg Gadamer (1900-2002), conforme se aduz da menção feita por aquele autor à ideia de *efeito* histórico, que ecoa a noção gadameriana de reflexão histórico-efeitual (*Wirkungsgeschichte*):

De maneira nenhuma podemos afirmar que todo interesse histórico tenha seu fundamento na realização consciente de uma reflexão histórico-efeitual. A história das tribos dos esquimós norte-americanos não depende em nada de que possam ou não ter tido influências na “história universal da Europa”, e de quando isso possa ter ocorrido. E, no entanto, não se pode negar, em sua consciência, que essa reflexão histórico-efeitual não possa mostrar seu poder

---

<sup>4</sup> JAUSS, Hans Robert. **A história da literatura como provocação à teoria literária**. S. ed. São Paulo: Ática. 1994. pp. 24-25.

<sup>5</sup> JAUSS, p. 7.

<sup>6</sup> JAUSS, pp. 7-8.

também face a essa tarefa histórica. Quem daqui a 50 ou 100 anos ler a história dessas tribos, escrita hoje, não somente achará que essa história é antiquada, porque entrementes sabe mais ou interpreta as fontes mais corretamente. Ele também pode admitir que no ano de 1960 liam-se as fontes de modo diferente, porque se estava motivado por outras questões, por outros pressupostos e interesses. Querer simplesmente subtrair a historiografia e a investigação histórica à competência da reflexão histórico-efeitua significa reduzi-la à indiferença extrema. É justamente a universalidade do problema hermenêutico que questiona o que está por trás de todas as espécies de interesse pela história, porque se refere àquilo que está como fundamento para a “questão histórica”.<sup>7</sup>

De acordo com Jauss, ignorar o papel ativo do intérprete ao realizar a leitura de um texto equivale a desconsiderar a imersão da consciência histórica na rede da história do efeito, negando-se o conjunto de pressupostos envolvidos na própria operação interpretativa, revestindo-se de mera aparência de objetividade.<sup>8</sup> Jauss retoma o conceito gadameriano de  *fusão de horizontes*,<sup>9</sup> que exprime a impossibilidade de se situar o cerne interpretativo no texto seja no autor, seja no intérprete, mas, sim, na fusão das perspectivas históricas de ambos.<sup>10</sup>

Nos termos em que Jauss coloca a questão,

A conclusão [...] de que não há possibilidade de nos esquivarmos de nosso próprio juízo e de que se deve apenas torná-lo o mais objetivo possível, procedendo como fazem os cientistas, isto é, “isolando o objeto” – não constitui

---

<sup>7</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2015. Vol. I, pp. 18-19.

<sup>8</sup> JAUSS, pp. 36-37.

<sup>9</sup> Não obstante, em certas passagens de *Verdade e método* Gadamer refere-se criticamente a Jauss, negando, como na seguinte passagem, que este opere segundo a ideia de fusão de horizontes (GADAMER, vol. II, p. 14): “Nenhuma obra de arte nos fala sempre do mesmo modo. E a consequência é que nós também precisamos responder cada vez de modo diferente. Diferentes sensibilidades, diferentes percepções, diferentes aberturas fazem com que a configuração única, própria, una e mesma – a unidade da expressão artística – se manifeste numa multiplicidade inesgotável de respostas. Considero um erro querer contrapor essa multivariada indifindável à identidade irredutível da obra. Frente à estética da recepção de Jauss e ao desconstrutivismo de Derrida (que nesse ponto se aproximam), parece-me ser o caso de afirmar que insistir na identidade de sentido de um texto não significa recair no superado platonismo de uma estética classista e nem aprisionar-se na metafísica”. Adiante (ibid., pp. 22-23): “Também não estou convencido de que a “experiência estética”, que Jauss tenta fazer valer, satisfaça à experiência da arte. Este era exatamente o ponto nuclear do meu conceito de “indistinção estética”, segundo a qual a experiência estética não pode ser isolada, de tal forma que a arte se torne um mero objeto de fruição. O mesmo ocorre, segundo me parece, com a “recusa” de Jauss da fusão de horizontes. Eu próprio sublinhei em minha análise que a distinção do horizonte representa um momento integral no processo de investigação hermenêutica. A reflexão hermenêutica ensina, no entanto, que jamais se consegue realizar plenamente essa tarefa, por razões essenciais, e que isto não demonstra a debilidade de nossa experiência. A investigação da recepção não pode querer liberar-se das implicações hermenêuticas, contidas em toda interpretação”. Ora, pensamos, à luz do trecho de Jauss reproduzido acima, que, este autor não nega a possibilidade de se pensar um sentido próprio do texto, que, entretanto, pode ser caracterizado tanto como inacessível quanto como irrepitível, em face da diversidade de contextos verificada entre o autor e os intérpretes. O próprio Gadamer reflete sobre as consequências de se recuar até a *mens auctoris* como efeitos de um “psicologismo” (ibid., p. 29): “Mesmo que a leitura não seja reprodução, todo texto que lemos só se realiza na compreensão. Também o texto que está sendo lido experimenta um crescimento ontológico, e é só através deste que a obra recebe sua atualidade plena. Creio que isso se dá, mesmo quando não se trata de reprodução no palco ou no púlpito”.

<sup>10</sup> SOLON, Ari Marcelo. **Hermenêutica jurídica radical**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017. pp. 52-53.



solução alguma da aporia, mas uma recaída no objetivismo.<sup>11</sup> O “juízo dos séculos” acerca de uma obra literária é mais do que apenas “o juízo acumulado de outros leitores, críticos, espectadores e até mesmo professores”; ele é o desdobramento de um potencial de sentido virtualmente presente na obra, historicamente atualizado em sua recepção e concretizado na história do efeito, potencial este que se descortina ao juízo que compreende na medida em que, no encontro com a tradição, ele realize a “fusão dos horizontes” de forma controlada.<sup>12</sup>

Creemos ser motivada a constatação da necessidade de se identificar o modo como a literatura receptora envolve e reelabora de maneira não necessariamente linear os elementos apropriados a partir das formas de construção textual, de organização interna e de uso da linguagem de que dispõe. Isso aponta para o equívoco de análises extremas, centradas ora no ideal romântico da originalidade, ora na noção positivista de influência<sup>13</sup> entre literaturas, pautada em uma cisão artificial entre forma e conteúdo de texto.

Como assevera Gilmário Guerreiro da Costa, em sua disciplina *Filosofia e literatura*,<sup>14</sup> a ascensão da teoria da recepção literária se dá especialmente no contexto pós-colonial, marcado pela contestação da visão tributária das literaturas locais em relação à literatura dos grandes centros. Nesse contexto, os estudos da recepção promovem a superação do paradigma positivista do estabelecimento de cadeias de influência entre os textos. Tal movimento de superação tem se valido, além do conceito de recepção, do conceito de intertextualidade, voltado para o processo de produção textual, que coloca em questão a noção romântica de originalidade, relativizando-a e situando-a por meio da localização da obra em um plano relacional no qual ela se revela diante de outras obras como crítica, submissa, conformista etc.

Como já dito, os estudos da recepção provêm do campo da literatura comparada, disciplina que, ainda de acordo com Costa, compreende a comparação não apenas entre textos literários, mas entre estes e outros tipos discursivos, tais como textos filosóficos e psicanalíticos. De nossa parte, vemos com naturalidade o acréscimo dos textos jurídicos e jusfilosóficos a esse rol, evidenciando-se como plenamente viável a aplicação da teoria da recepção no campo do direito, especialmente na esteira da crítica da ideia de

---

<sup>11</sup> Cf. infra, **INTRODUÇÃO**, 2.

<sup>12</sup> JAUSS, pp. 37-38.

<sup>13</sup> A noção de influência é positivista em dois sentidos. Primeiramente, por sua tentativa de estabelecer um movimento de progresso unidirecional. Em segundo lugar, pela construção de explicações calcadas estritamente em relações de causalidade (cf. infra, **INTRODUÇÃO**, 2). Como teremos oportunidade de examinar, a respeito do historicismo (cf. infra, **CAP. 2**, 1), Jauss é crítico da possibilidade de se lograr o relato objetivo da realidade a partir de séries causais.

<sup>14</sup> Disciplina ministrada no âmbito do curso de especialização em Estudos Clássicos promovido pela Cátedra UNESCO-Archai, da Universidade de Brasília (2012-2013), da qual o autor foi aluno.

influência como elemento de uma história crítica do direito, conforme anteriormente apontado.

Dessa maneira, operamos sob a premissa metodológica de que a teoria da recepção mostra-se como o ferramental mais adequado ao entendimento do direito antigo, a ser adotado em detrimento da concepção que apresenta a literatura jurídica como uma estrutura em cadeia sucessiva de influências propiciadas por supostas qualidades intrínsecas dos Antigos.

## 1.2 *Direito e filologia clássica*

A noção de influência prosperou nos estudos jurídicos, ademais, em função do encapsulamento acadêmico da disciplina, que ainda na atualidade apresenta baixa compreensão a respeito de sua relação com outras áreas no contexto do surgimento e desenvolvimento histórico das humanidades, estruturadas todas a partir do problema da compreensão da Antiguidade, cuja disciplina por excelência é a filologia clássica.

Como nos recorda Turner, a necessidade de se superar tal deficiência não é uma exclusividade da seara jurídica:

Because philology's legacy survives in ways we build knowledge today, the excavation of the philological past becomes an effort at once of historical reconstruction and present-day self-understanding. When we see where our modes of knowing came from, we grasp better their strengths and weaknesses, their acuties and blind spots. I hope that a broad view of the philological heritage will help us to detect these things more easily, to locate ourselves more securely on the map of knowledge, and thereby to improve our future investigations.<sup>15</sup>

Essa necessidade de investigação decorre do próprio fato de os campos contemporâneos das humanidades terem sido estruturados a partir da investigação filológica:

Still, we are only beginning to recover how language study in its heyday formed the skeleton of modern erudition and gave us many disciplines that today make up the humanities and even social sciences. Historians have excavated philology's role in the origins of anthropology, of classics (as distinct from mere teaching of Greek and Latin), of comparative study of religions, of literary scholarship, indeed of certain kinds of legal research. We have also become

---

<sup>15</sup> TURNER, James. **Philology: the forgotten origins of the modern humanities**. S. ed. Princeton: Princeton University, 2014. p. xiii.

increasingly aware that two other learned activities, related in topics, method, and attitude, went alongside philology for most of its long history: rhetoric (the art of expressive speaking or writing) and antiquarianism (the study of physical and other relics of the past). Their traces, too, appear in scholarship today.<sup>16</sup>

Diante da aludida centralidade estruturante da filologia para o edifício das humanidades, tomamos essa disciplina como o aspecto privilegiado dos estudos clássicos cuja evolução deve ser tomada em consideração como parâmetro para a discussão da introjeção do viés dos classicistas no pensamento jurídico, em suas variadas vertentes. Nisso consiste nossa hipótese: **Os direitos da Antiguidade não operam sobre o pensamento jurídico posterior por meio de cadeias de influência, mas a partir de práticas de recepção, que podem ser caracterizadas em função da evolução da filologia, como disciplina estruturante para o entendimento da Antiguidade. Tal conformação filológica da abordagem da Antiguidade sob o ponto de vista jurídico culmina na reprodução, entre os juristas do século XX, de elementos do debate fundamental para o estabelecimento dos marcos teóricos da disciplina filológica no século XIX, que havia resultado na polarização entre os projetos filológicos de Ulrich von Wilamowitz-Moellendorff (1848-1931) e Friedrich Nietzsche (1844-1900).**

Diante disso, uma vez que esta pesquisa, especificamente, tem em vista a recepção de um contexto cultural reverenciado pelo Ocidente como *clássico*, cabe deter-se sobre os sentidos desse termo, especialmente em razão de ser o qualificativo que particulariza a filologia clássica campo do conhecimento posto em interface com o saber jurídico nesta pesquisa. Embora o interesse dos juristas pelos direitos da Antiguidade não se fundamente sempre explicitamente em seu caráter “clássico”, tem-se que o objeto de estudo daqueles historiadores do direito coincide com certas acepções do clássico pressupostas na reflexão em filologia clássica e em estudos clássicos.

Há certa dificuldade em se conceituar o que seja o clássico<sup>17</sup> e, por conseguinte, qual seria o objeto e a delimitação da filologia clássica e mesmo da filologia, em grau

---

<sup>16</sup> TURNER, pp. xii-xiii.

<sup>17</sup> É na discussão do conceito de clássico que Jauss reconhecerá os limites de sua concordância com a hermenêutica gadameriana, que entende querer “elevar o conceito do clássico à condição de protótipo de toda mediação histórica entre passado e presente” (JAUSS, p. 38), apegando-se a um conceito de arte clássica do Humanismo, não se prestando a fundamentar uma estética da recepção (ibid., p. 39). Gadamer (vol. II, p. 22) opôs a essa crítica a justificativa de ter buscado ilustrar, com o exemplo do clássico, “o quanto a mobilidade histórica está incluída na atemporalidade daquilo que se chama de clássico (e que contém, todavia, um componente normativo, mas nenhuma caracterização de estilo), de tal forma que a compreensão se transforma e se renova constantemente”. Confessamos ser constantemente assomados pela impressão de que Gadamer e Jauss estão sempre a divergir sobre mal-entendidos, quando apontam, na verdade, para as mesmas questões de fundo.

menos específico. Mesmo Wilamowitz, o maior vulto da filologia clássica da passagem do século XIX para o XX, demonstra certa hesitação ao definir o alcance e vigência da disciplina em amplos termos, dilema que resolve por meio do apelo da proposta de recriação direta do passado por meio de uma ciência de síntese, abrangente e de motivações idealizadas<sup>18</sup>:

The nature of classical scholarship – as it is still called, though it no longer claims the primacy the epithet implies – is defined by its subject-matter: Graeco-Roman civilization in its essence and in every facet of its existence. This civilization is a unity, though we are unable to state precisely when it began and ended; and the task of scholarship is to bring that dead world to life by the power of science – to recreate the poet’s song, the thought of the philosopher and the lawgiver, the sanctity of the temple and the feelings of believers and unbelievers, the bustling life of market and port, the physical appearance of land and sea, mankind at work and play. In this as in every department of knowledge – or to put it in the Greek way, in all *philosophy* – a feeling of wonder in the presence of something we do not understand is the starting-point, the goal was pure, beatific contemplation of something we have come to understand in all its truth and beauty. Because the life we strive to fathom is a single whole, our science too is a single whole. Its division into the separate disciplines of language and literature, archaeology, ancient history, epigraphy, numismatics and, latterly, papyrology can be justified only as a concession to the limitations of human capacity and must not be allowed to stifle awareness of the whole, even in the specialist.<sup>19</sup>

Um ponto de partida para que se principie a esclarecer essa questão pode ser encontrado na discussão das distintas acepções correntes de “clássico”, conforme a síntese realizada por Władisław Tatarkiewicz (1886-1980): a) acepção valorativa, para denotar o que é de “primeira classe”, perfeito e modelar; b) acepção cronológica, como sinônimo de Antiguidade greco-romana ou, em sentido ainda mais restrito, da civilização grega em seu apogeu; c) acepção estilística, como referência aos modernos que imitam modelos antigos; e d) acepção estética, como uma categoria descritiva de autores e obras em que se reconhece as qualidades de harmonia, medida e equilíbrio.<sup>20</sup>

Embora tais acepções – com a óbvia exceção da segunda – tenham extrapolado o campo do estudo da Antiguidade greco-romana (ao se falar, por exemplo, em “música clássica” como sinônimo de música erudita; ao se tentar identificar, no século XX, expressões e períodos clássicos em outras culturas, como ocorre ao se falar em “clássicos chineses” ou “arte clássica pré-colombiana”); ou mesmo ao se tentar definir o clássico em

---

<sup>18</sup> Cf. *infra*, CAP. 2, 1.

<sup>19</sup> WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, Ulrich von. **History of classical scholarship**. 1<sup>st</sup>. ed. Baltimore: Johns Hopkins University, 1982. p. 1.

<sup>20</sup> SETTIS, Salvatore. Classical. In: GRAFTON, Anthony. MOST, Glenn W. SETTIS, Salvatore (eds.). **The classical tradition**. 1<sup>st</sup> ed. Cambridge: Harvard University. 2010. p. 205.

campos essencialmente contemporâneos, como a fotografia, o cinema, a música *pop* e a publicidade), há uma inegável relação privilegiada entre o atributo de “clássico” e as culturas grega e romana.<sup>21</sup> Não só o próprio termo *classicus* tem origem latina, como o culto retrospectivo da Antiguidade, característico da educação clássica, provém da própria Antiguidade greco-romana, conformando o valor modelar historicamente atribuído aos produtos da civilização greco-romana para a educação das elites ocidentais.<sup>22</sup>

Fritz Schulz (1879-1957) desdobra em dois sentidos o caráter modelar do clássico para justificar tal qualificação do período clássico do direito romano: o período em comento é clássico por ser a época em que, passado o tempo de maior elaboração criativa, a *iurisprudencia* tem o seu desenvolvimento aprofundado ao máximo de suas possibilidades; e por ser a época cuja produção tornou-se “modelo e padrão”, *métron kai kanón*, para as gerações posteriores.<sup>23</sup>

*Classicus* é um termo pouco presente nas fontes latinas, tendo sido tomado de empréstimo à linguagem técnica dos censores – contexto em que designava contribuintes de elevada fortuna e de alta classe social – para passar a designar, na perspectiva arcaizante de Aulo Gélcio (123-165), escritores de excelência, que não eram parte da massa (*proletarii*). Também associada às ocorrências literárias do termo está a característica de ser o clássico de algum modo pertencente a tempo anterior ao presente. O termo desapareceu do latim tardio e caiu em desuso durante a Idade Média, ressurgindo no Renascimento, com a retomada da oposição entre o *classicus* e o *proletarius* para descrever categorias de escritores, sentido com o qual adentrou os vernáculos europeus nos séculos XVI e XVII. Cabe destacar a ocorrência, entre as diversas referências verificadas nesse período, de menção a Aulo Gélcio nas *Annotationes* sobre o Digesto, de Guillaume Budé (1467-1540).<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> A título exemplificativo da força de tal relação entre o clássico e o greco-romano, veja-se o volume **Estudos clássicos I: origens do pensamento ocidental**, publicação dos cursos ministrados no âmbito da especialização em estudos clássicos promovida pela Cátedra UNESCO-Archai, da Universidade de Brasília. Em nenhum momento da obra, seja em sua apresentação geral, seja no capítulo inicial intitulado justamente “Introdução aos estudos clássicos”, derivado da disciplina de mesmo nome ministrada pelo Prof. Delfim Leão, autor do capítulo, há qualquer definição do que se entende por “clássico”. O mesmo se verifica nos célebres **Estudos de história da cultura clássica**, de Maria Helena da Rocha Pereira (1925-2017), que parte da consideração de cultura clássica e cultura grega e romana como equivalentes, sem qualquer elaboração a respeito de tal qualificação.

<sup>22</sup> SETTIS, pp. 205-206.

<sup>23</sup> SCHULZ, Fritz. **History of Roman legal science**. S. ed. London: Oxford University, 1953. pp. 99-100.

<sup>24</sup> SETTIS, p. 205. Sobre Budé, cf. infra, **CAP. 1**, 4.

O uso do termo seguiu fortemente associado à literatura, tendo apenas muito gradualmente passado a ser empregado em referência às artes figurativas – ainda Johann Joachim Winckelmann (1717-1768), estudioso fundamental da arte greco-romana,<sup>25</sup> não fala em “clássico” senão em sua correspondência privada, e estritamente a respeito da literatura. A definição da Antiguidade clássica como greco-romana, em oposição a outras antiguidades (egípcia, hebraica etc.) é consagrada por Friedrich August Wolf (1759-1824) em sua obra *Darstellung der Alterthums-Wissenschaft* (1807). Por fim, Goethe (1749-1832) contribui para a história do uso moderno do termo, com certo senso de equilíbrio e harmonia que se tornaria indissociável da noção do clássico, ao declarar, em 1829: “Chamo clássico o que é saudável; romântico, o que é doentio”.<sup>26</sup>

Vê-se, portanto, que a ideia de uma Antiguidade *clássica* esteve sujeita a rupturas, reinvenções e ampliações. A recepção dos clássicos, especificamente, pode ser definida nos seguintes termos:

By ‘receptions’ we mean the ways in which Greek and Roman material has been transmitted, translated, excerpted, interpreted, rewritten, re-imaged and represented. These are complex activities in which each reception ‘event’ is also part of wider processes. Interactions with a succession of contexts, both classically and non-classically orientated, combine to produce a map that is sometimes unexpectedly bumpy with its highs and lows, emergences and suppressions and, sometimes, metamorphoses.<sup>27</sup>

Um balanço do conjunto dos estudos de recepção que evidencia a notável diversidade de abordagens teórico-metodológicas consolidadas, quase mutuamente criticáveis, é elaborado por Hardwick e Stray,<sup>28</sup> a partir do qual apresentamos algumas ponderações especificamente voltadas à questão da recepção no pensamento *jurídico*:

a) *tomar exemplos particulares para divisar padrões e tendências (ao que se opôs a crítica de ser uma prática “positivista” ou uma mera listagem sem coerência);*

Tal justaposição constitui prática comum não apenas no âmbito do positivismo, mas igualmente no tocante a abordagens estruturalistas.

Conquanto passível de crítica em um trabalho científico, por se apresentar fora de contexto e sem possibilidade de verificação de sua ocorrência no mundo dos fatos, o

---

<sup>25</sup> Cf. *infra*, CAP. 2, 1.

<sup>26</sup> SETTIS, p. 205.

<sup>27</sup> HARDWICK, Lorna; STRAY, Christopher. Introduction: making connections. In: HARDWICK, Lorna; STRAY, Christopher (eds.). **A companion to classical receptions**. 1<sup>st</sup> ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2011. p. 1.

<sup>28</sup> HARDWICK; STRAY, pp. 2-3.

exemplo anedótico vale por sua contundência: certa vez, durante o curso de graduação, ouvimos de um docente que as mudanças verificadas no decorrer da História seriam muito superficiais para impedir que se constatasse certo aspecto perene nas manifestações culturais. Para tanto, valeu-se de exemplos do campo do vestuário e dos penteados e cortes de cabelo. Em seguida, buscou demonstrar como também no campo jurídico haveria, analogamente, a persistência de certos elementos fundamentais e recorrentes.

Ora, ainda que se admitisse que o gosto no campo da moda não tenha sofrido transformações profundas – *o que é flagrantemente falso* – tal constatação em nada autorizaria juízo análogo em relação ao fenômeno jurídico.

Ironicamente, alguma analogia entre os dois campos seria possível justamente ao se defender que, sim, ambos sofreram transformações profundas historicamente. Por exemplo, poder-se-ia apontar para o fato de que os modos de vestir-se e de adornar-se sofreram profunda modificação à medida que passaram a ser determinados no contexto de um modo de produção diverso, que ocasionou o surgimento da assim chamada “indústria da moda” – o que também permite descrever a forma como o direito passou por transformações decisivas em sua produção e aplicação propiciadas pelo advento do capitalismo, em contraste com o modo de produção vigente em períodos históricos anteriores, que apresentaram *problemas* sociais distintos e, por conseguinte, *soluções* distintas, segundo *possibilidades* distintas, por parte dos juristas.

Não se pretende com o exercício de refutação precedente reduzir as condicionantes do fenômeno jurídico àquelas ditadas pelo sistema econômico vigente. Trata-se de identificar no argumento refutado uma concepção essencialista equivocada a respeito do direito.

*b) discutir o contexto histórico das culturas recepcionadas e receptoras (abordagem polemicamente entendida por alguns como uma forma de materialismo cultural que ignora o texto propriamente dito);*

Entendemos ser um equívoco especialmente comum entre estudantes de graduação que, ávidos de voltar-se a abordagens vagamente definidas como “críticas”, desprezam de pronto a discussão sobre os clássicos como um tema puramente ultrapassado, ideológico ou enviesado. Aqui, poderíamos suscitar outros tantos episódios anedóticos vivenciados em atividades de monitoria junto a turmas de graduação. Trata-se de uma

postura ingênua, conforme sustenta Gadamer a respeito de problema análogo verificado no estudo da filosofia:

*A ingênua autoestima da atualidade pode até se rebelar contra o fato de a consciência filosófica abrigar a possibilidade de que sua própria perspectiva filosófica seja muito inferior à de um Platão ou Aristóteles, de um Leibniz, Kant ou Hegel. Pode-se considerar uma fraqueza da filosofia atual dedicar-se à interpretação e à elaboração de sua tradição clássica, admitindo sua própria fraqueza. No entanto, o pensamento filosófico seria bem mais fraco se cada um não se submetesse a uma tal prova e preferisse fazer o papel de tolo por conta própria. Precisamos admitir que na compreensão dos textos desses grandes pensadores se reconhece a verdade que não seria acessível por outros meios, ainda que isso contradiga o padrão de pesquisa e de progresso com que a ciência mensura a si mesma.<sup>29</sup>*

Sempre temos sustentado a tantos com quem tivemos oportunidade de debater a esse respeito que ignorar de chofre o estudo dos clássicos simplesmente em razão de serem produto de um contexto material diverso do nosso equivale a assumir o risco de se adotar concepções alienadas acerca da prática jurídica, entendendo-se o direito de maneira a-histórica, meramente ideológica ou instrumental.

*c) enfatizar relações estéticas e formais entre os textos recepcionados e receptores (procedimento atacado por desconsiderar elementos sociais e históricos; ou por sua suposta matriz neokantiana);*

No que concerne aos estudos histórico-jurídicos, parece-nos tratar-se, aqui, por exemplo, da identificação entre institutos antigos e modernos a partir de uma denominação comum (“contrato”; “testamento”; “lei” etc.) ou de outras similitudes externas. A aproximação entre elementos de contextos distintos a partir da identidade de denominação é absolutamente precária.

Nesse sentido, Hespanha:

Embora muitos conceitos ou princípios jurídicos sejam muito mais modernos do que geralmente se supõe, é verdade que há outros que parecem existir, com o seu *valor facial* (i.e., referidos com as mesmas palavras ou como frases), desde há muito tempo. Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, contrato, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente *relacional* ou *local*. Os conceitos interagem em campos semânticos diferentemente estruturados, recebem influências e conotações de outros níveis da linguagem

---

<sup>29</sup> GADAMER, vol. I, p. 30.



(linguagem corrente, linguagem religiosa, etc.), são diferentemente apropriados em conjunturas sociais ou em debates ideológicos. Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido. E esta descontinuidade semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam.<sup>30</sup>

Também se enquadraria nessa hipótese, a nosso ver, a não percepção de certos fenômenos culturais como pertencentes à esfera do direito por conta de sua forma ou meio de expressão (oral, poética etc.).

*d) focar a história de textos, estilos ou ideias específicos (abordagem atacada por promover uma concepção estática – fixa e não problemática – do texto recepcionado; ou por privilegiar seja a influência do texto antigo, seja o progresso ou atualidade na formação do texto moderno);*

Nisso se enquadra a generalidade dos textos que, ao promover uma percepção da relação entre Antiguidade e Contemporaneidade na literatura e na prática jurídica, privilegiam explicitamente uma chave interpretativa sob a ótica da influência, buscando estabelecer narrativas que expliquem a origem de institutos modernos por meio de “escorços históricos” que relatem a “evolução” de tais institutos desde a Antiguidade, sem se atentar, entre outros aspectos, aos distintos contextos socioeconômicos, políticos e culturais em que institutos supostamente análogos se desenvolvem hoje e no passado.

A respeito disso assinalou Hespanha:

Partamos de um modelo histórico evolucionista. Ou seja, de um modelo que conceba a história como uma acumulação progressiva de conhecimento, de sabedoria, de sensibilidade. Nesta perspectiva, também o direito teria tido a sua fase juvenil de rudez. Contudo, o progresso da sabedoria humana ou as descobertas de gerações sucessivas de grandes juristas teriam feito progredir o direito, progressivamente, para o estado em que hoje se encontra; estado que, nessa perspectiva da história, representaria um apogeu. Nesta história progressiva, o elemento legitimador é o contraste entre o direito histórico, rude e imperfeito, e o direito dos nossos dias, produto de um imenso trabalho agregativo de aperfeiçoamento, levado a cabo por uma cadeia de juristas memoráveis.

Esta teoria do progresso linear resulta frequentemente de o observador ler o passado desde a perspectiva daquilo que acabou por acontecer. Deste ponto de vista, é sempre possível encontrar prenúncios e antecipações para o que se veio a verificar [...]. Mas normalmente perde-se de vista tanto todas as outras virtualidades de desenvolvimento, bem como as perdas originadas pela evolução tecnológica e de sentido individualista que marca as sociedades contemporâneas ocidentais tende a valorizar a história do progresso científico-técnico da cultura europeia, bem como as aquisições político-sociais no sentido da libertação do indivíduo. Deste ponto de vista, a evolução da cultura europeia deixa ler-se como uma epopeia de progresso e a sua história pode converter-se numa celebração

---

<sup>30</sup> HESPANHA, pp. 26-27.

disto mesmo. Mas o que se perde é a noção daquilo que, por causa deste progresso, se fechou como oportunidade de evolução ou que se perdeu. Como, por exemplo, o equilíbrio do ambiente, os sentimentos de solidariedade social.<sup>31</sup>

Conforme se observará adiante, o enfoque na *história de textos, estilos ou ideias específicos* é característico das abordagens historicistas, em cujo seio se deu a gênese tanto da filologia clássica quanto da escola histórica do direito, em suas vertentes alemãs.<sup>32</sup>

e) *destacar o impacto do processo de recepção nas perspectivas correntes sobre textos e contextos (postura criticada por promover relativismo cultural e negar a autonomia e valor do material antigo).*

Tem-se aqui, conforme acima acusado, um raciocínio circular: o direito romano é importante por ter influenciado os direitos contemporâneos. Ou ainda: os direitos gregos não são muito sofisticados, já que sequer exerceram alguma influência sobre a experiência jurídica atual. Trata-se de um veredito sobre o clássico a partir de fatores extraclássicos; e proferido *ex post facto*.

Em suma, a alienação não está em estudar os clássicos, mas em *como* se estuda, eis que o estudo de forma reverencial ou segundo métodos ultrapassados ou irrefletidos pode efetivamente servir, de maneira não necessariamente consciente, a interesses que turvem a compreensão da realidade. De outra banda, é possível ater-se aos clássicos sem deixar de se guiar pelas concepções científicas mais atualizadas, evitando-se, ainda assim, anacronismos e fetichismos, como demonstra a tendência atual em estudos clássicos, que expandiu o interesse literário e historiográfico para além dos relatos formulados pelas elites políticas e intelectuais, tendo passado a discutir a situação de mulheres, escravos, crianças, entre outras categorias sociais tidas até então por francamente irrelevantes. Hodiernamente, tem progressiva aceitação a percepção de que o registro linguístico e a perspectiva filosófica e existencial expressos nos textos clássicos *não retrata* a situação da generalidade dos indivíduos, independentemente de sua posição na sociedade da época em questão.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> HESPANHA, pp. 28-29.

<sup>32</sup> Cf. *infra*, CAP. 2, 1 e 2.

<sup>33</sup> Essa conclusão se aproxima, a nosso ver, do quanto exposto a respeito da coexistência de mundividências próprias de cada categoria de indivíduos em uma sociedade complexa, conforme discutido por HESPANHA, pp. 82-85.

Em outros termos, os ditos subalternos da Antiguidade talvez estejam, sob certos aspectos, mais próximos dos marginalizados nas sociedades periféricas pós-modernas do que dos autores aristocráticos de seu próprio tempo.

Como se vê, todas as abordagens expostas têm aspectos criticáveis. Hardwick e Stray apresentam nos seguintes termos o que consideram como uma abordagem contemporânea da recepção dos clássicos:

There is also an embryonic debate that seems likely to gather momentum concerning the scope of the so-called ‘democratic turn’ in classical reception analysis. The ‘democratic turn’ covers a number of issues, both historical and philosophical. The first is that assumptions about the inherent superiority of ancient works were questioned and the independent status and value of new works accepted [...]. Second, research has tracked ways in which (partly through education) both the ancient and the newer works became better known among less privileged groups, with the newer sometimes acting as an introduction to the ancient. Third, the range of art forms and discourses that used or refigured classical material has been extended to include popular culture [...]. Furthermore, there has been extensive debate about the extent to which ancient texts and performance, especially in Greece, were products of democracy [...] and about the resonances of ancient democratic processes and concepts to the modern world [...]. Conceptually, the notion of the ‘democratic turn’ is partly derived from the impetus given to reception studies from the theories of German scholars such as Jauss and Iser, particularly in the decisive role given to reader (and audience) response [...]. However, if readers and audiences do indeed have a role in the ‘construction of meaning at the point of reception’ [...] there are further questions to be asked about the relative importance of immediate response based on experience as against deferred and reflected response. It is also necessary to consider the relative status of the multiple meanings represented by the responses of unconnected individuals and the more consensual judgements arrived at among groups of different kinds (including the classically educated or ‘reception-orientated’ students or general readers or spectators, a ‘reception-friendly’ doctrine of the expert may yet see a revival).<sup>34</sup>

Para os gregos antigos, o discurso – uma das traduções possíveis do termo *lógos* – era uma peculiaridade de sua cultura política, que os diferenciaria dos povos ditos bárbaros – *bárbaroi*, palavra derivada da onomatopeia que expressa uma fala inarticulada, um *blá-blá-blá* – entre os quais se contava não apenas os persas, mas também os europeus do norte. Poeticamente, serão os descendentes desses bárbaros nortistas que virão a se apropriar criativamente da Antiguidade nos séculos subsequentes para produzir os seus próprios discursos de singularidade nacional. O modo como o pensamento jurídico se insere nesses discursos, recepcionando e recriando suas interpretações da Antiguidade, é o objeto deste trabalho.

---

<sup>34</sup> HARDWICK; STRAY, pp. 3-4.

## 2. Metodologia

Em um trabalho que discute a recepção de obras e autores e a construção de narrativas de fundação na ciência, a metodologia se torna, inevitavelmente, uma espécie de “metaproblema”. Passamos a considerar mais detidamente esse problema em fevereiro de 2017, ao participar do curso *Philosophy of Science*, ministrado pelo Prof. Patrick Thaddeus Jackson, no âmbito dos cursos de verão promovidos na Universidade de São Paulo pela International Political Science Association (IPSA).<sup>35</sup>

De acordo com Jackson, a metodologia em ciências sociais pode ser pensada a partir de dois critérios: 1) a relação entre observador e objeto; e 2) a questão da validade da consideração científica de elementos para além dos fatos observáveis pelos sentidos. Quanto ao primeiro critério, a abordagem pode ser de cunho dualista ou monista; quanto ao segundo, factualista ou transfactualista.

Do cruzamento de tais critérios, no atual quadro do problema, pode-se adotar uma abordagem neopositivista (dualista e factualista); realista (dualista e transfactualista); fenomenalista (monista e factualista); ou reflexivista (monista e transfactualista).

O aludido caráter de “metaproblema” associado à questão metodológica nesta pesquisa evidencia-se pelo fato de o relato apresentado acerca dos caminhos do pensamento jurídico mostrar-se como um continuado condicionamento mútuo entre os juristas e a “herança” greco-romana, o que comprometeria de antemão uma análise pautada em uma abordagem de cunho dualista. Nesta, admite-se como dado a cisão entre observador e observado, em uma relação mediada pelo evento da descoberta.

Tal cisão orienta a investigação científica, entre os neopositivistas, à busca de relações de covariância entre fatos aferíveis pelos sentidos. Entre os realistas, por sua vez, significará a busca por poderes causais indetectáveis à simples observação, que necessitam, portanto, da subsequente elaboração pelo raciocínio para atingirem a consciência do observador.

---

<sup>35</sup> Para o arrazoado metodológico aqui proposto, cf. JACKSON, Patrick Thaddeus. **The conduct of inquiry in international relations: philosophy of science and its implications for the study of world politics**. S. ed. London: Routledge, 2011.

Por seu turno, sob a perspectiva monista, não há que se falar em cisão entre observador e observado, uma vez que mente e mundo ocorrem concomitantemente. Tal não significa assumir uma postura idealista e tampouco subjetivista – ambas pressupõem um dualismo. Trata-se de compreender que o sujeito conhecedor não é um autônomo, sua mente se encontra envolvida em termos práticos no ambiente, de forma marcadamente antecipada em relação à busca e aquisição conscientes de conhecimento. O mundo se apresenta, portanto, como uma totalidade significativa, com todos os seus pressupostos, desvelada pela atividade prática.

Diante desse quadro, uma possibilidade metodológica seria a abordagem fenomenalista, que enfoca a intersubjetividade e o consenso dos sujeitos envolvidos no processo, sem efeitos significativos sobre o objeto observado. O instrumento típico de tal abordagem, que, na visão de Jackson, encontra em Max Weber (1864-1920) seu maior expoente, é a formulação de tipos ideais.

Não subscrevemos a abordagem fenomenalista, por sua pretensa manutenção de objetividade, manifestada mediante sua ênfase no conhecimento do fato enquanto afirmação do conhecimento científico como um modo disciplinado de confecção do mundo, o que expressa seu caráter factualista a despeito da constatação do caráter problemático da separação entre observador e objeto.

Em um aspecto, porém, valemo-nos do instrumental weberiano, a saber: na construção de uma tipologia ideal apta a registrar nosso entendimento das correntes em curso na filologia clássica desde o século XIX. Esse recurso foi necessário a fim de se sublinhar os fatores conformativos da análise da Antiguidade pelos juristas do século XX como decorrentes de construções extrajurídicas, o que demandou a elaboração de descritores de tendências do pensamento científico, a fim de explorá-las historicamente.

Há, contudo, que se moderar o sentido em que se adota a construção de tipos ideais como ferramental para o presente estudo. Raymond Aron (1905-1983) distingue duas acepções do conceito weberiano de tipo ideal. A primeira acepção, em sentido estrito, relaciona-se a espécies pré-definidas de tipos ideais propostos de forma mais ou menos explícita pelo sociólogo alemão. A primeira dessas espécies seria a dos tipos ideais de indivíduos históricos definidos a partir da reconstrução inteligível de uma realidade histórica a um só tempo global e singular (por exemplo, “capitalismo” ou “cidade ocidental”). A segunda espécie corresponde a elementos abstratos da realidade histórica,

identificáveis em contextos variados, e que, uma vez combinados, servem de elementos de caracterização de tais contextos (por exemplo, “burocracia” ou “feudalismo”). Enfim, a terceira espécie trata das racionalizações de condutas viabilizadoras de modelos explicativos (por exemplo, a racionalidade dos agentes econômicos).<sup>36</sup>

Nenhum desses sentidos da acepção mais restrita de tipo ideal dá conta da construção tipológica ora empregada. Voltamo-nos exclusivamente à acepção mais geral de tipo ideal enunciada por Aron:

Por tendência idealtípica de todos os conceitos utilizados pelas ciências da cultura, quero dizer que os conceitos mais característicos das ciências da cultura, quer se trate de religião, dominação, profetismo ou burocracia, comportam um elemento de estilização ou de racionalização. Diria mesmo, correndo o risco de chocar alguns leitores, que a tarefa dos sociólogos consiste em tornar a matéria social ou histórica mais inteligível do que ela foi na experiência que tiveram dela aqueles que a viveram. Toda sociologia é uma reconstrução que tende à inteligibilidade das existências humanas, que são confusas e obscuras como todas as existências humanas. O capitalismo nunca é tão claro como nos conceitos dos sociólogos, e estaríamos errados se os criticássemos por isso. Os sociólogos têm o objetivo de tornar inteligível até o limite o que não o foi, de fazer aparecer o sentido daquilo que foi vivido sem que o sentido tenha sido consciente aos que o viveram.

Os tipos ideais se exprimem por definições que não se ajustam ao modelo da lógica aristotélica. Um conceito histórico não retém as características que todos os indivíduos incluídos na extensão do conceito apresentam e menos ainda as características médias dos indivíduos considerados; visa ao típico, ao essencial. Quando se diz que os franceses são indisciplinados e inteligentes, não se quer dizer que todos eles sejam indisciplinados e inteligentes, o que é improvável. O que se pretende é reconstruir um indivíduo histórico, os franceses, identificando certos traços que parecem típicos e definindo sua originalidade. Quando um filósofo afirma que os homens são prometeicos, que definem seu futuro tomando consciência do passado, que a existência humana é um engajamento, ele não quer dizer que todos os homens concebem sua existência pela reflexão simultânea a respeito do passado e do futuro. Está sugerindo que o homem é verdadeiramente homem quando se eleva a este nível de reflexão e de decisão. Quer se trate da burocracia ou do capitalismo, do regime democrático ou de uma nação particular, como a Alemanha, o conceito não será definido nem pelas características comuns a todos os indivíduos nem pelas características médias. Será uma reconstrução estilizada, um isolamento dos traços típicos.<sup>37</sup>

Dessa forma, apresentamos um esforço de construção de duas séries tipológicas de juristas e filósofos do direito, no âmbito da história do sistema jurídico romano-germânico, ele próprio um tipo ideal, como o são as descrições de todos os demais sistemas jurídicos.

A primeira série, que não representa por si só uma novidade para a historiografia jurídica, trata da descrição das sucessivas abordagens predominantes do

---

<sup>36</sup> ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*, pp. 758-760.

<sup>37</sup> ARON, pp. 757-758.

direito antigo – do direito romano, em especial – desde o fim da Antiguidade até o surgimento de uma ciência filológica propriamente dita. Os glosadores, pós-glosadores e humanistas são identificados como tendências idealtípicas da cultura jurídica, apresentadas em paralelo às concepções filológicas em gestação, igualmente descritas em sua essência idealtípica, a fim de se sublinhar o fenômeno histórico da recepção da Antiguidade no campo jurídico por meio das interrelações entre as concepções históricas dos juristas e o estado da arte do conhecimento filológico, a cada tempo.

Na segunda série, passou-se à construção de uma tipologia apta a abarcar os juristas do século XX desde a perspectiva da adequação filológica de sua abordagem da Antiguidade. Como ressaltado por Aron, não se pretende com isso esgotar as características definidoras do pensamento de cada autor, tampouco atribuir uma série de características em bloco, sem quaisquer nuances, a todos os autores identificados em cada tendência, indistintamente. O que se buscou foi aclarar o sentido implícito tomado pela recepção da Antiguidade no âmbito jurídico desde a institucionalização científica dos estudos clássicos, mormente com a *Altertumswissenschaft* no século XIX.

Ressalvado esse aspecto incorporado da abordagem fenomenalista – a construção tipológica –, entende-se haver em todo discurso, inclusive no científico, uma experiência codificada, cujo vocabulário e sintaxe compõem uma perspectiva específica. Portanto, não há ponto de vista ou linguagem neutra. Ao contrário das demais abordagens apresentadas, esta – a abordagem reflexivista – não se encerra em uma discussão ontológica sobre a relação sujeito-objeto, mas assume contornos sociológicos, ao entender o conhecimento científico em conexão com a ordem social mais ampla, não apenas com o horizonte imediato da prática de pesquisa.

A inexistência de neutralidade científica se deve a haver uma hegemonia dos pressupostos compartilhados pelos sujeitos, de maneira relativamente inconsciente. Trata-se, portanto, de uma abordagem transfactualista, uma vez que reconhece haver estruturas profundas que modelam a produção do conhecimento. Este quadro parece-nos ser exatamente aplicável às correntes de pensamento descritas neste estudo.

Este trabalho visa evidenciar pressupostos e questionar a perspectiva hegemônica por meio da explicação histórica da construção da própria hegemonia, em torno de um espectro de predominância no discurso jurídico que opõe hegemonia e marginalidade. Nessa ordem de ideias, poder-se-ia dizer haver algo de terapêutico na

abordagem reflexivista, na medida em que se busca evidenciar pressupostos que não estejam colocados de maneira consciente para o sujeito observador científico, buscando-se privilegiar abordagens muitas vezes marginalizadas.

No entanto, tal explicação deve se centrar na própria narrativa buscada, sem recorrer à mera aplicação à realidade de esquemas prévios com o objetivo de denunciar as ideologias desde uma posição intelectual ou moralmente superior. Do contrário, incorrer-se-á em dogmatismos. Conscientes de que, assim como os autores que estudamos, nós próprios também nos inserimos em um dado contexto, buscamos por à prova o nosso instrumental metodológico, e não nos ancoramos nele como uma verdade irrefutável e evidente *per se*.<sup>38</sup>

Pode-se dizer que o reflexivismo abarca – ou, pelo menos, se aproxima – da concepção de conhecimento formulada por Michel Foucault (1926-1984):

Meu objetivo será mostrar-lhes como as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. O próprio sujeito de conhecimento tem uma história, a relação do sujeito com o objeto, ou, mais claramente, a própria verdade tem uma história.<sup>39</sup>

Ainda, Foucault:

Atualmente, quando se faz história – história das ideias, do conhecimento ou simplesmente história – atemo-nos a esse sujeito de conhecimento, a este sujeito da representação, como ponto de origem a partir do qual o conhecimento é possível e a verdade aparece. Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história. É na direção desta crítica radical do sujeito humano pela história que devemos nos dirigir.<sup>40</sup>

Deve-se reconhecer que o estudo ora apresentado, para além da reflexão sobre as estruturas que permeiam e condicionam a produção científica, promove uma ultrapassagem da dimensão da facticidade ainda em um segundo sentido, ao argumentar sobre determinados aspectos implícitos do pensamento de um autor a partir da análise textual de sua obra. Isso ocorre, por exemplo, em relação às conclusões defendidas a respeito de uma possível motivação da abordagem politicamente asséptica sustentada por Hans Kelsen (1881-1973) em sua *Teoria pura do direito* a partir das consequências da

---

<sup>38</sup> GADAMER, vol. II, pp. 140-141.

<sup>39</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002. p. 8.

<sup>40</sup> FOUCAULT, p. 10.



filosofia platônica vislumbradas pelo jurista austríaco, apresentadas em sua forma final no texto póstumo *A ilusão da justiça*.<sup>41</sup>

Em um terceiro sentido, a consciência dos limites da facticidade afeta não apenas os autores estudados por nós, mas a nós mesmos e a nossa produção. Nessa linha, falou-se inicialmente no problema metodológico como um metaproblema evidente em um estudo baseado na teoria da recepção. Tendo dedicado toda a nossa vida acadêmica até o presente momento à linha de pesquisa de semiótica do direito antigo, tivemos oportunidade de explorar diversos problemas sobre a Antiguidade jurídica, sem, no entanto, ter plena consciência dos pressupostos envolvidos em nossas escolhas relativas ao próprio objeto específico de cada investigação, bem como dos referenciais teóricos adotados.

Afinal, é o próprio formulador da teoria, Jauss, quem recorda que:

Uma renovação da história da literatura demanda que se ponham abaixo os preconceitos do objetivismo histórico e que se fundamentem as estéticas tradicionais da produção e da representação numa estética da recepção e do efeito. A historicidade da literatura não repousa numa conexão de “fatos literários” estabelecida *post festum*, mas no experienciar dinâmico da obra literária por parte de seus leitores. Esta mesma relação dialógica constitui o pressuposto também da história da literatura. E isso porque, antes de ser capaz de compreender e classificar uma obra, o historiador da literatura tem sempre de novamente fazer-se, ele próprio, leitor. Em outras palavras: ele tem de ser capaz de fundamentar seu próprio juízo tomando em conta sua posição presente na série histórica dos leitores.<sup>42</sup>

Jackson elenca Karl Mannheim (1893-1947) como o típico representante da abordagem reflexivista, por seus estudos a respeito do contexto social do intelectual, indagando sobre as condições que propiciam os processos de ideação sem restringir-se aos contextos de classe social, demasiado amplos. Sem negar a importância do exame das questões de classe, Mannheim investiga aspectos tais como a constituição, as condições de acesso, a institucionalização, a posição social e as potencialidades de ação em uma elite intelectual.<sup>43</sup> Ora, segundo Jauss, justamente Mannheim teria sido o responsável pela expansão da aplicabilidade do conceito de horizonte de expectativa para a axiomática da sociologia, após o primeiro desdobramento daquele conceito na interpretação histórico-literária pelo próprio Jauss.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Cf. *infra*, CAP. 4, 2.2.

<sup>42</sup> JAUSS, p. 24.

<sup>43</sup> MANNHEIM, Karl. **Sociologia da cultura**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2014. pp. 96-97, 125-139.

<sup>44</sup> JAUSS, p. 51.

O trabalho como um todo, assim como cada um de seus capítulos, são antecedidos de epígrafes. Buscou-se, por meio do recurso a referências artísticas, valer-se do uso das epígrafes elas próprias como um exercício de recepção textual e reelaboração de sentidos por meio do estranhamento decorrente do deslocamento dos fragmentos citados em relação aos seus contextos originais.

Algumas escolhas referentes a convenções adotadas devem ser explicitadas. Como as datas das edições empregadas das obras discutidas muitas vezes não refletem o contexto das edições originais, sempre que possível fazemos referência às datas de nascimento e morte de autores e demais indivíduos mencionados, sempre junto à primeira ocorrência de seus nomes neste trabalho, a fim de estabelecer uma baliza temporal mínima. Nos casos em que não foi possível averiguar tais datas, mencionou-se o século em que a pessoa em questão viveu ou – se possível estimá-lo – produziu a parcela mais significativa de sua obra. Nomes de autores e personalidades vivas ao tempo da redação deste trabalho não se fizeram acompanhar de menção a quaisquer datas. Optou-se, ainda, por utilizar todas as citações no idioma em que as obras foram consultadas, sem tradução para o português. Ponderamos que seria o mais adequado, primeiramente, por não termos treinamento como tradutores, o que poderia acarretar inadequações. Em segundo lugar, como há quantidade significativa de textos que já não foram utilizados em sua língua original, buscou-se evitar com isso a exposição de traduções indiretas, “de segunda mão”.

A fim de se precaver contra possíveis erros de editoração e incompatibilidades de formatação, os poucos termos gregos utilizados foram transliterados para o alfabeto latino. Quando referentes a nomes próprios ou personificações, utilizou-se a grafia corrente na literatura em língua portuguesa. Quando se tratou de referência a vocábulos comuns e conceitos no idioma original, grafou-se da maneira mais fiel possível ao original. Isso explica, por exemplo, a coexistência, neste texto, de Thêmis e Diké (grafia consagrada na literatura consultada para o nome das divindades ctônicas) ao lado de *thémis* e *dikē*, como vocábulos objeto de discussão etimológica.

### 3. Plano da obra

Demais da Introdução, este trabalho está estruturado em quatro capítulos, seguidos de Conclusão e Bibliografia. O primeiro capítulo, *A ciência pré-filológica do direito antigo*, apresenta o relato histórico dos usos dos direitos antigos na Europa e em seus centros subsidiários desde o fim da Antiguidade até o advento da filologia clássica como uma ciência moderna voltada precipuamente ao estudo sistemático das fontes literárias greco-romanas. Sua forma expositiva não se confunde, seja por suas funções ou por seus objetivos, com mero escorço histórico, uma vez que se pretendeu atender a três propósitos: demonstrar as descontinuidades e retomadas do estudo e aplicação dos direitos antigos até o século XIX; frisar o recurso ao direito romano como um movimento histórico de recepção, no sentido literário do termo; e demonstrar a situação da abordagem jurídica da Antiguidade clássica no quadro mais amplo do desenvolvimento inicial do pensamento filológico.

Tendo plena consciência das inevitáveis críticas à amplitude do arco histórico abrangido por este primeiro capítulo, a elas nos opomos, antecipadamente, por partilharmos da opinião de Paul Koschaker (1879-1951), para quem o estudo do desenvolvimento do direito romano no Ocidente desde a Idade Média até a atualidade requer a consideração de suas conexões em âmbito político e cultural geral.<sup>45</sup> Embora seja evidente que tais questões não possam ser esgotadas nos marcos deste trabalho, tampouco seria possível ignorá-las, o que nos deu ocasião para reafirmar pontualmente, no relato do desenvolvimento histórico da cultura jurídica, o paradigma de recepção que sustentamos em nosso estudo.

O capítulo seguinte, *Direito e filologia: duas arenas do projeto nacional alemão no século XIX*, apresenta a confluência entre os saberes sobre a Antiguidade e o saber jurídico a partir do contexto histórico do estabelecimento do estatuto científico dessas disciplinas em decorrência das demandas político-culturais que emergem com a progressiva formação da nacionalidade alemã no século XIX, nos marcos do romantismo e do historicismo.

---

<sup>45</sup> KOSCHAKER, Pablo. **Europa y el derecho romano**. S. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 101.

A ascensão concomitante do historicismo jurídico e da filologia clássica será determinante para a caracterização das recepções da Antiguidade pelo pensamento jurídico no século XX. O correto entendimento do contexto de surgimento dessas disciplinas, com suas interações e engajamentos, permite esclarecer o equívoco de se pensar a presença da Antiguidade no direito moderno como um influxo decorrente de uma cadeia autoritária de influências, percepção que já se vinha atacando no capítulo precedente.

Ao final do capítulo, será proposta uma descrição de duas abordagens filológicas contrapostas, aqui denominadas ortodoxa e heterodoxa, com fundamento na exposição do debate filológico havido entre Wilamowitz e Nietzsche, cujas respectivas concepções e métodos terão produtividade perceptível na produção dos juristas do século XX.

Em razão disso, o terceiro e o quarto capítulos ocupam-se, respectivamente, das *Recepções ortodoxas* e das *Recepções heterodoxas*, buscando identificar os filtros filológicos tomados a cada uma daquelas vertentes fundamentais identificadas ao final do capítulo anterior – a ortodoxia e a heterodoxia – empregados no pensamento jurídico do século XX para o entendimento do fenômeno do direito antigo.

Novamente antevemos a crítica ao amplo escopo da exposição oferecida no terceiro e no quarto capítulos. Evidentemente, cada momento da recepção ali apresentado, ortodoxa ou heterodoxa, demandaria esforços individualizados de aprofundamento. Nosso intuito, contudo, não consistiu em discutir de maneira pormenorizada o pensamento de cada autor, e tampouco em cobrir todos os representantes de cada vertente, mas em demonstrar, em uma perspectiva panorâmica, como cada um dos autores tratados se enquadra no movimento maior da recepção da Antiguidade pelos estudos jurídicos por meio do viés filológico, indelevelmente marcado pela polarização entre as abordagens de Wilamowitz e de Nietzsche. Mais uma vez com apoio em Jauss, recusamo-nos a restringir o objeto com base na percepção geral do relato histórico mais amplo como pretensioso ou pouco sério<sup>46</sup> – qualificativos que devem ser afastados, mesmo porque, conforme se esclareceu, tampouco constitui este estudo um esforço histórico totalizante.

Dentre as possíveis críticas previstas, uma, com efeito, deve ser prontamente acolhida e reconhecida: nosso conhecimento deficiente da língua alemã, situação que

---

<sup>46</sup> JAUSS, p. 6.

inegavelmente apresentou certos entraves à expansão dos elementos articulados em nossa argumentação, que se tornou, na maior parte das vezes, dependente de traduções a outros idiomas. Optamos por concentrar nossos esforços no manuseio de textos em alemão apenas nos casos incontornáveis das obras que não têm edição em outro idioma mais acessível. Nada nos resta a não ser admitir essa dificuldade e exprimir a compreensão de que sua resolução, inviável no curto prazo, é um imperativo para a persecução de desenvolvimentos ulteriores no campo de pesquisa ora proposto.

De resto, dadas as circunstâncias apontadas em relação ao objeto e à natureza da pesquisa, poderíamos dizer de nosso próprio trabalho, com as devidas adaptações, o que foi apontado por Turner a respeito de seu próprio estudo sobre a matriz filológica das modernas ciências humanas:

*I am far from its ideal narrator. Innocent of Sanskrit, barely acquainted with ancient Greek and Hebrew, feeble in Latin, I am bound to get tangled in vines, to trip over roots while exploring the dense forests of philology – as any specialist will happily point out. My excuse for undertaking the expedition is simple: no one else has. Technical frailties may even prove strengths. Specialized arguments agitating different branches of philology do not distract me. Products of specific philologies interest me less than their digestion by workers in other domains (sometimes as ignorant of the original field as I). I am oriented to the general intellectual history of the last two or three centuries, not to any philological subfield. I am apt, then, to ask questions about broad influence, maybe to see the forest more clearly because my hyperopic vision blurs nearby trees. But I hardly need add that I stand on the shoulders of scholarly forerunners, since the reference notes scream of dependence – though I have also had to hack my own way through little-explored thickets.<sup>47</sup>*

---

<sup>47</sup> TURNER, p. xiii.

## Capítulo 1

### A CIÊNCIA PRÉ-FILOLÓGICA DO DIREITO ANTIGO

*Car, disait-il, au monde n'y a livres tant beaux,  
tant ornés, tant élégants, comme sont les textes des  
Pandectes, mais la bordure d'iceux, c'est à savoir  
la glose d'Accurse, est tant sale, tant infâme et  
punaise, que ce n'est qu'ordure et vilenie.*

RABELAIS, *Gargantua et Pantagruel*

#### 1. Sobrevivências e ressignificações do direito romano na Alta Idade Média

Suplantado o Império Romano do Ocidente com a formação dos reinos germânicos na Europa Ocidental, logo se distinguiram três grandes áreas, no tocante à interação entre os direitos germânicos e o direito romano originário. As regiões poucos romanizadas correspondentes às províncias do Norte, atualmente situadas na Bélgica e no Norte da França, foram marcadas pelo predomínio dos direitos germânicos, com a possível exceção de certos centros mais profundamente romanizados, tais como Trêves, Colônia e Reims. Por outro lado, o Sul da Gália e as Penínsulas Ibérica e Itálica, territórios de romanização profundamente enraizada, experimentaram forte continuidade do direito romano, apenas ligeiramente afetado em sua aplicação pelo influxo bárbaro, menos intenso nessas regiões do que ao norte.<sup>48</sup>

Nas franjas entre essas duas grandes regiões, estendendo-se desde a região central da França através do Norte da Itália e do Sudoeste da Alemanha até os Alpes,<sup>49</sup> o

---

<sup>48</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. pp. 167-168.

<sup>49</sup> Parece-nos que o forte traço de oralidade do direito medieval constitui uma premissa, ainda a ser adequadamente explorada, para a seguinte observação de Gilissen (p. 168): “Note-se que esta fronteira que divide a Europa Ocidental em duas zonas, corresponde também aproximadamente a fronteiras nos domínios linguístico (entre as regiões de língua <<d’oc>> e as regiões de língua <<d’oïl>>) e artístico (arte românica e arte gótica) no século XII”. Esclarece o historiador do direito, em nota a esta passagem, que a fronteira linguística encontra-se ligeiramente ao sul da fronteira jurídica, enquanto, no domínio artístico, a arte gótica

direito romano manteve-se em vigor em relação às pessoas de origem romana, enquanto os direitos de origem germânica continuaram a reger as populações invasoras. Tal fenômeno verificou-se nos reinos dos visigodos, ostrogodos, burgúndios e francos; enquanto os direitos dos anglos, saxões e eslavos não teriam entrado em contato com o direito romano.<sup>50</sup>

Essa situação de vigência simultânea de direitos distintos no território segundo a condição do sujeito diz respeito ao princípio da personalidade do direito. Longe de ser uma experiência restrita aos exotismos de uma época remota, recorda-nos Gilissen ter tal princípio vigorado na maior parte das colônias europeias na África durante os séculos XIX e XX, período em que os nativos permaneceram regidos pelos direitos tradicionais, enquanto os colonos europeus tinham suas relações reguladas pelos respectivos direitos metropolitanos.<sup>51</sup>

No caso dos reinos germânicos, Gilissen atribui o fenômeno da personalidade do direito à impossibilidade de imposição exclusiva dos sistemas jurídicos dos povos invasores, por conta da diferença entre o nível de evolução do direito romano e o do direito dos povos germânicos; bem como à legitimação conferida pelo direito público romano à autoridade dos reis.<sup>52</sup>

Este último aspecto merece ser sublinhado, a fim de que não se pense que a adoção de instituições romanas pelos povos germânicos tenha resultado de um sentimento de impotência ou acomodação ante a uma contingência histórica, desprovido de qualquer tipo de cálculo político. Koschaker recorda que os invasores, além de não terem aniquilado as populações romanas, mostraram-se abertos àquilo que identificaram como vantajoso para si na cultura de Roma. Longe de uma mera adulação hipócrita, mas tendo demonstrado, sim, genuína admiração pela grandeza de Roma e de seus imperadores, os reis germânicos adotaram títulos romanos (*consul*, *patricius*, *magister militum* etc.) e asseguraram o curso da moeda romana. Sem abdicar da dignidade real sobre seus

---

penetrou as zonas meridionais apenas tardiamente, e sem atingir o mesmo desenvolvimento observado nas áreas setentrionais.

<sup>50</sup> GILISSEN, p. 128. Sobre os direitos eslavos, cf. infra, **CAP. 1**, 2.

<sup>51</sup> GILISSEN, p. 167.

<sup>52</sup> GILISSEN, p. 167.

respectivos povos, colocaram-se, desde o primeiro momento, como *foederati* de Roma ou de Bizâncio, o que valeu para si o título de generais romanos.<sup>53</sup>

O rei visigodo Ataulfo (372-415), de acordo com Paulo Orósio (385-420),

*Un día quiso extirpar el nombre de Roma y ser fundador de un imperio gótico, pero poco a poco fué reconociendo que los godos, bárbaros sin freno, no tenían poder bastante para crear un Estado sin las leyes de Roma, y acabó por preferir cooperar con las fuerzas de los godos al mayor esplendor romano.*<sup>54</sup>

Como o critério de aplicação do princípio da personalidade do direito repousa na identificação do grupo social a que pertence cada indivíduo, impõe-se a necessidade de resolver dois problemas que se encontram na gênese do direito internacional privado moderno, a saber: a determinação do direito aplicável a cada indivíduo e a resolução de conflitos entre pessoas pertencentes a sistemas diferentes. De modo geral, consideraram-se os filhos legítimos como pertencentes ao direito que regia seu pai, enquanto os filhos naturais pertenceriam ao grupo da mãe. A mulher casada considerava-se pertencente ao sistema jurídico do marido. Por sua vez, o liberto era regido pelo direito cujo processo fora utilizado para sua alforria. No tocante aos conflitos entre indivíduos de grupos diversos, geralmente aplicou-se, conforme regras diversas de especialidade da matéria, a lei do réu; do marido; do proprietário ou possuidor aparente; e a do defunto. Como se vê, a personalidade vigeu essencialmente em relação ao direito civil e penal; todos os habitantes de um dado território enquadraram-se sob um mesmo direito público-administrativo, enquanto súditos de um mesmo corpo político.<sup>55</sup>

O direito romano seguiu em vigor nas porções da Itália que permaneceram sob controle bizantino.<sup>56</sup> Embora a invasão lombarda tenha causado, no dizer de Koschaker, forte retrocesso cultural na Península Itálica, tampouco esse evento ocasionou o esquecimento do direito romano, que seguiu vigente para as populações de origem romana em virtude da adoção do princípio da personalidade pelos lombardos.<sup>57</sup>

Do ponto de vista da evolução das ideias filológicas, observa Wilamowitz que a Alta Idade Média lombarda foi um período de grande precariedade. A decadência dos mosteiros, relacionada ao desenvolvimento das cidades e das cortes senhoriais locais,

---

<sup>53</sup> KOSCHAKER, pp. 33-34.

<sup>54</sup> *Adversus paganos*, VIII, 48 (II), apud KOSCHAKER, p. 34.

<sup>55</sup> GILISSEN, pp. 168-169.

<sup>56</sup> A esse respeito, cf. *infra*, **CAP. 1, 2.**

<sup>57</sup> KOSCHAKER, pp. 102-103.



inviabilizou qualquer estudo mais robusto dos manuscritos da Antiguidade. Ainda, Wilamowitz ressalta o contraste entre o atraso nos estudos textuais e o florescimento exuberante da arte gótica na região.<sup>58</sup>

Trata-se, nesse contexto, de uma vigência empobrecida do direito romano, já que se refere essencialmente à legislação imperial, incorporada entre os séculos V e VI aos direitos bárbaros por meio de compilações, enquanto as formulações dos juristas romanos permaneceram largamente ignoradas (Gilissen sustenta, no entanto, que os escritos dos grandes jurisconsultos clássicos teriam persistido como base do direito, ao lado das legislações imperiais). De toda sorte, observa-se o desenvolvimento de um “direito romano vulgar” (*Vulgarrecht*), mescla de direito romano e costumes locais, passando estes progressivamente a suplantar aquele. Como a maioria dos juízes era de origem germânica, cada vez mais ignorantes do direito das populações romanizadas, os monarcas sentiram a necessidade de promover tais compilações de direito romano, aproximadamente a partir do ano 500 – anteriormente, portanto, à redação oriental patrocinada por Justiniano. As três principais compilações bárbaras de direito romano são o *Édito de Teodorico*, a *Lex romana Burgundionum* e a *Lex romana Visigothorum*, esta última a mais significativa, promulgada em 506, por Alarico II (466-507).<sup>59</sup>

Ademais, o fato de os primeiros comentários aos textos legais romanos estarem circunscritos à dimensão gramatical denota o caráter dependente do estudo jurídico no período, compreendido como parte do treinamento em retórica.<sup>60</sup> A situação não poderia ser diversa, dado o enquadramento das atividades intelectuais no esquema das artes liberais, apropriadas da Antiguidade, conforme a proposição de Magnus Aurelius Cassiodorus Senator (c. 490-585), cuja atividade monástica preconizou a conservação e correta interpretação das Escrituras e de seus comentadores mais importantes. Esse propósito poderia ser alcançado por meio do estudo da gramática, da retórica, da dialética, da aritmética, da música, da geometria e da astronomia – disciplinas citadas pelo religioso na

---

<sup>58</sup> WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), pp. 19-20. Tal fato nos chama a atenção, embora não tenhamos como explorar as possíveis correlações envolvidas, à luz do que se observou anteriormente a respeito da concorrência de domínios jurídicos, linguísticos e artísticos.

<sup>59</sup> KOSCHAKER, pp. 105; GILISSEN, pp. 169-170.

<sup>60</sup> Interessante assinalar que no período helenístico do desenvolvimento do direito romano, época em que se testemunhou o contato da cultura romana com a arte retórica de origem grega, esta geralmente esteve associada à prática mais elementar dos *oratores*, menos aprofundada em comparação ao conhecimento vertical do direito cultivado pelos juristas. Não obstante haver discussão sobre até que ponto estes últimos se afastaram ou se ativeram à formalidade estrita do direito arcaico, certamente foram avessos à abordagem relativista do direito por parte da retórica. Cf. SCHULZ, pp. 43-45, 75-80.

ordem que viria a ser consagrada no delineamento do *trivium* e do *quadrivium*, respectivamente. A atuação da Igreja propiciou a conservação da língua latina e das obras conhecidas no período final da evolução imperial. Cassiodorus, como o nome de maior vulto em meio ao amadorismo reinante entre os antiquários do período, a serviço de nobres geralmente ainda mais ignorantes nessas questões, permitiu o estabelecimento de padrões em relação ao estudo da Antiguidade que seriam posteriormente endossados pelos monges beneditinos.<sup>61</sup>

Também o influxo da Igreja contribuiu para a manutenção de certos aspectos do direito romano, especialmente a partir do século VIII, quando os lombardos abjuraram o arianismo. Igualmente, a persistência de práticas notariais, cuja solenidade se valia da língua latina, com menção a cláusulas usuais no direito romano, contribuiu para a sua conservação.<sup>62</sup>

Maiores desenvolvimentos têm lugar a partir do século XI, com o estabelecimento da escola de direito de Pavia, centro do poder político lombardo. A formulação do direito lombardo naquela cidade, a partir das compilações legislativas reais organizadas, doravante, segundo o modelo da compilação justinianeia, mormente a partir das *Institutas* e do *Código*, valeu-se do direito romano em caráter subsidiário, compondo ambos, conjuntamente, um *ius commune* que resistiria até o século XIV, tendo conformado o contato dos glosadores com os textos de direito romano.<sup>63</sup>

Entrementes, com a expansão progressiva do Reino dos Francos entre os séculos VI e IX, verificam-se esforços para a unificação do direito, insuficientes, contudo, para impedir os movimentos simultâneos de progressivo desmembramento político-territorial e de enfraquecimento do poder real face aos poderes locais. Essa conjunção de fatores ocasionou o advento do regime feudal, predominante na Europa ocidental especialmente entre os séculos IX e XII, com persistências na França e na Bélgica, até o século XVIII; e na Alemanha, até o século XIX.<sup>64</sup>

Ocorrida no contexto de consolidação do poderio franco, a coroação de Carlos Magno (742-814) no ano 800 não pode ser entendida como um ato de refundação do Império Romano. Tampouco se pode identificar neste monarca alguma dileção pessoal

---

<sup>61</sup> KOSCHAKER, pp. 104-105; TURNER, pp. 25-26; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), pp. 14.16.

<sup>62</sup> KOSCHAKER, p. 103.

<sup>63</sup> KOSCHAKER, pp. 105-106. A respeito dos glosadores, cf. *infra*, CAP. 1, 3.

<sup>64</sup> GILISSEN, p. 128.

pela Antiguidade, por ele entendida muito mais sob a chave do antagonismo em relação à fé cristã do que no sentido de fonte de legitimação política. Contrariamente à noção romana original da unidade mediterrânea do Império, Carlos Magno entende a si próprio como titular de um *imperium occidentale*, definido por oposição ao *imperium orientale* bizantino. Deslocado o eixo político ocidental do Mediterrâneo para o Norte da Europa, Carlos Magno não pretendeu nem a assunção do legado romano, nem a fundação de um império cristão – que, para todos os efeitos, o fora Roma e ainda o era Bizâncio – mas a criação de um império propriamente germânico, em contraste com a identidade romana de Bizâncio e o sentido cristão do papado.<sup>65</sup>

Desse modo, a entidade político-territorial chefiada por Carlos Magno estabeleceu uma relação de polarização em relação às duas cunhas ora interpostas no espaço mediterrâneo, outrora unido sob Roma. A primeira cunha, latitudinal, delimita a oposição frente ao Islã. A segunda, longitudinal, estabelece a contraposição em relação a Bizâncio. É em oposição, mas também em imitação a Bizâncio que o *Imperium* dos Francos assume sua feição de *occidentale*, reforçada pelo apoio do papa, enquanto chefe supremo da cristandade ocidental. Trata-se de um império ocidental que realiza o amálgama entre elementos germânicos e romanos, com um sentido de universalidade cristã comum ao Império Romano tardio e a Bizâncio. De qualquer modo, a polarização sustentada por Carlos Magno é franca, ou seja, genuinamente germânica, não romana.<sup>66</sup>

Afinal, a dualidade ora estabelecida entre Europa e Oriente não fazia parte da geografia afetiva romana. Fez parte, com efeito, da perspectiva cultural grega, que entendeu a Europa como extensão da Grécia continental, em contraposição à Ásia. Roma, por sua vez, cedo fixou a antinomia entre a urbe e o orbe, não se entendendo a Europa como sinônimo de Roma e, portanto, não se definindo a Ásia como antônimo de Roma. Enquanto os romanos buscaram a expansão para a Ásia sem experimentar nisso quaisquer contradições, foram seus adversários asiáticos que se preocuparam em garantir que o espaço romano se restringisse à Europa.<sup>67</sup>

Ademais, pode-se constatar que a entidade política carolíngia não se pretendeu romana ao recordar que foi na corte de Carlos Magno que se deu a disseminação do

---

<sup>65</sup> KOSCHAKER, pp. 43-44, 53-56, 60-62.

<sup>66</sup> KOSCHAKER, p. 72.

<sup>67</sup> HARTOG, François. **Os antigos, o passado e o presente**. S. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2003. pp. 109-110.

vocábulo *moderno*, definindo sua própria época como o *saeculum modernum*. Se desde a Antiguidade já se discutia quem era e com quais critérios se definia o *antigo*, sua antípoda era sempre pensada, até então, em termos de *mais recente* ou *posterior*, nunca de *moderno*, como algo com qualidades distintivas, mesmo que apenas tenha resultado em uma oposição à Antiguidade pagã greco-romana ao tempo do renascimento humanista.<sup>68</sup> Diferencia-se, portanto, o império de Carlos Magno tanto no aspecto temporal (*moderno*, não *antigo*) quanto territorial (*uropeu*, não *mediterrâneo*).

O fomento de estudos eruditos sobre o texto bíblico e os clássicos, por curto período compreendido entre o reinado de Carlos Magno e de seus sucessores imediatos, ocasionou o que ficaria conhecido como o renascimento carolíngio, movimento de alcance muito mais restrito do que sugere o nome que lhe foi dado. Com forte ênfase nos trabalhos de correção de textos corrompidos e de cópia de manuscritos mais antigos – o que acarretou ainda mais erros a serem corrigidos pela crítica textual da posteridade – os intelectuais do período asseveraram o sentido de continuidade entre o império franco e o romano.<sup>69</sup> Como se infere, tal se deu em um plano muito mais simbólico e de homenagem ao mecenato carolíngio do que de efetiva e sistemática afirmação de uma reivindicação política de dimensão europeia.

Desse modo, o sentido germânico do reino franco original é conservado mesmo com a consolidação do Sacro Império Romano-Germânico, ainda que neste se verifique um vetor de cultivo das fontes clássicas muito mais forte do que o existente na corte de Carlos Magno. Ainda assim, a despeito do intento manifesto, sob Otão III (980-1002), de se promover uma *renovatio imperii romani*, estimulada por conselheiros eclesiásticos de forte inclinação classicista, esta se restringiu ao plano externo das manifestações retóricas e simbólicas, com vistas ao atendimento de objetivos políticos bem determinados e conscientes, sem verdadeira quebra do sentido político territorial e eclesiástico franco.<sup>70</sup>

Apenas a partir da segunda metade do século XI verifica-se na literatura o fortalecimento de um verdadeiro esforço de associação entre os monarcas alemães medievais e os imperadores romanos da Antiguidade, passando-se a considerar aqueles como sucessores destes em um mesmo esquema dinástico, enquanto processos históricos como a eliminação dos vândalos e ostrogodos por Justiniano e a participação militar nas

---

<sup>68</sup> HARTOG, pp. 121-122.

<sup>69</sup> TURNER, pp. 26.27.

<sup>70</sup> KOSCHAKER, p. 72-73.

Cruzadas foram enquadrados retrospectivamente em uma visão de restauração imperial romana. Ao mesmo tempo, os cronistas responsáveis pelo registro de tal interpretação dos fatos entenderam a si próprios como sucessores da tradição historiográfica latina. Disseminou-se o uso oficial de termos como *romanorum imperator*, *rex romanorum* e *imperium romanum*; assim como se empreendeu a emulação de instituições romanas (Cúria, Senado, centúria etc.) e as referências ao direito romano como um legado dos antecessores imperiais romanos, utilizado para legitimação do poder político dos soberanos do *imperium* medieval.<sup>71</sup>

O acirramento dessa tendência está estreitamente ligado aos desdobramentos da Querela das Investiduras, que opôs Papado e Império. Sendo inatacável a dignidade do argumento teológico acionado pelo papa, volta-se o imperador para as origens pagãs romanas como forma de subtrair-se à preponderância reivindicada pela Igreja. Tal estratégia, contudo, jamais seria suficiente face à fundamentação bíblica da posição papal, levando Frederico II (1194-1250), enfim, a proclamar-se ungido diretamente por Deus, sem intervenção do pontífice. Embora com isso se evidencie a natureza tópica do recurso à Antiguidade, em jogo juntamente com outros recursos retóricos disponíveis, tais como a promoção da defesa do cristianismo contra a corrupção papal, não se pode concluir que a Antiguidade desempenhava para os monarcas do Sacro Império mera função propagandística ou retórica. Sustenta Koschaker não haver desígnios cínicos por parte dos imperadores romano-germânicos nesse particular, pois se cria ideologicamente na continuidade entre Roma e a Europa medieval, crença reforçada pelo cultivo da cultura clássica, paulatinamente disseminado a partir do ambiente monástico.<sup>72</sup>

O pensamento medieval, por seu fundamento cristão, foi universalista, de modo que o caráter do que é romano, em suas distintas manifestações, constituiu parte do conjunto de fatores evocativos do caráter supranacional do Império. Também a Igreja, em sua missão de vocação universal, e no contexto do fortalecimento de uma burguesia urbana na Itália, teve que lidar com os elementos simbólicos de tal romanidade, cujos traços pagãos se tornaram problemáticos em vista do zelo pela ortodoxia.<sup>73</sup> A carência de senso

---

<sup>71</sup> KOSCHAKER, pp. 77-80.

<sup>72</sup> KOSCHAKER, pp. 80-86.

<sup>73</sup> A perspectiva eclesiástica sobre o legado cultural pagão variou historicamente. Inicialmente, o cristianismo abominou tanto o Estado romano, dado o objetivo transcendente da comunidade cristã, quanto sua cultura e instituições pagãs. Nesse contexto, os apologetas cristãos aprofundaram-se nos estudos filosófico-literários das fontes não cristãs como forma de instrumentalizar-se para o debate com os adversários pagãos. Logo se desenvolve a ideia de que a verdade cristã encontra-se contida em germe na cultura pagã, como um *lógos*

histórico no pensamento medieval traduziu-se em um entendimento tanto do relato bíblico quanto da existência de Roma como critérios de autoridade aptos a serem atualizados para a compreensão dos eventos contemporâneos. A interpretação segundo a qual a reafirmação da continuidade de Roma equivaleria ao uso de um elemento exótico ou anacrônico por mero oportunismo político só faz sentido à luz do verdadeiro anacronismo, qual seja considerar a ótica medieval sob o filtro do nacionalismo contemporâneo.<sup>74</sup>

## 2. Bizâncio e a Europa Oriental

Para além de sua decantada importância sob o ponto de vista estritamente jurídico, a compilação justiniana denota, sob a ótica filológica, a persistência do cultivo literário da língua latina em Constantinopla em época tardia, quando o latim já soava arcaico frente à predominância do idioma grego na “Nova Roma” oriental.<sup>75</sup>

Após o desaparecimento do Império Romano no Ocidente, o direito justiniano seguiu em vigência no território bizantino, ainda que com a superveniência de diversas revisões, que objetivaram reduzi-lo, simplificá-lo e adaptá-lo à evolução pós-justiniana. Dignos de menção, nesse sentido, a *Écloga* promulgada em 740 pelo imperador Leão, o Isauriano (685-741); e os *Basílicos*, obra de sistematização e atualização do direito justiniano promovida em fins do século IX por Leão, o Filósofo (886-912), que viriam a suplantar a compilação justiniana desde pelo menos o século XII. Durante o período, circularam diversos resumos, a exemplo da *Synopsis* e do *Tipoukeitos*, bem como manuais, tais como o *Hexabiblos* de Harminopoulos.<sup>76</sup>

A rigor, a divisão do Império entre Ocidente e Oriente não significou o fim da ideia de sua unidade jurídica, que passou a ser encarnada exclusivamente pela metade oriental após as invasões bárbaras. Entendida a continuidade entre Roma e Bizâncio com

---

*spermatikós*, o que fundamentou uma atitude positiva dos pensadores cristãos perante os clássicos gregos e romanos. Com a adoção oficial do cristianismo por Constantino, cessaria a repulsa cristã pelas instituições romanas e seus dirigentes, permitindo-se a leitura dos autores clássicos mediante filtros interpretativos cristãos, extraíndo-se seu conteúdo moral e sua técnica retórica em benefício da pregação cristã, enquanto todo o restante seria enquadrado sob a pecha de “mitologia”. Finalmente, no estágio histórico descrito na presente seção, verifica-se ter a Igreja concorrido decisivamente para a conservação e disseminação da cultura clássica. Cf. KOSCHAKER, pp. 65-70; TURNER, pp. 18-22; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), p. 69

<sup>74</sup> KOSCHAKER, pp. 86-88.

<sup>75</sup> WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), p. 13.

<sup>76</sup> GILISSEN, p. 92-93.

naturalidade na porção oriental, apenas como reação às reivindicações da herança romana e imperial pelos reinos germânicos passa o imperador bizantino, até então simplesmente *autokrátor* ou *basiléus*, a ostentar qualificativos que explicitem a subsistência legítima da unidade política romana total: *imperator romanorum*. Tal legitimidade foi combatida pelos alemães, que chamavam o imperador bizantino *imperator constantinopolitanus*; e mesmo pelo papa, que àquele se referia como *imperator graecorum*, apelativo que atacava simultaneamente a condição romana e cristã de Bizâncio.<sup>77</sup>

Se a Igreja tornou-se parte da estrutura administrativa romana após ter se convertido em religião de Estado, passando a espelhar em sua organização territorial o modelo organizativo do próprio Império Romano, cujos rudimentos conservou para a Idade Média, a situação no Império Bizantino evoluiria, por sua vez, para a formação de uma verdadeira teocracia. O imperador em Constantinopla acumulou o poder temporal e o espiritual, intervindo na disciplina eclesiástica e em questões de fé e de dogma.<sup>78</sup>

As contingências do desenvolvimento das instituições religiosas cristãs no Oriente chegaram a pôr em risco a continuidade da tradição clássica, mormente com a controvérsia dos iconoclastas, especialmente no reinado de Leão, o Isauriano. Também nesse caso, a retomada, preservação e cultivo da cultura clássica seria mérito da Igreja, sob o patriarca de Constantinopla, Fócio I, o Grande (c. 820-891), e o arcebispo de Cesaréia, Aretas de Patras (860-935), responsável pela preservação de manuscritos platônicos, entre outros. Aretas notabilizou-se, também, pela prática de comentários em anotação marginal às obras.<sup>79</sup>

Já se apontou que os direitos dos povos eslavos não conheceram processo de aplicação direta do direito romano semelhante ao verificado nos reinos germânicos.<sup>80</sup> No entanto, determinados aspectos do direito romano passaram, por meio do direito bizantino, aos direitos nascentes do Leste Europeu. Com efeito, o fortalecimento militar bizantino no século VIII, bem como o renascimento cultural verificado em Bizâncio nos séculos X e XI, asseguraram sua posição como centro espiritual que exerceu importante papel de transmissão da cultura romana – com cores bizantinas – aos povos eslavos.<sup>81</sup> Nesse

---

<sup>77</sup> KOSCHAKER, pp. 29-30.

<sup>78</sup> GILISSEN, p. 136.

<sup>79</sup> WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), p. 6.

<sup>80</sup> Cf. supra, **Cap. 1**, 1.

<sup>81</sup> KOSCHAKER, pp. 38-39.

contexto, cabe menção à *Eklogve* e à *Zakon sudnyi djud'm* do direito búlgaro, bem como à *Lei de julgamento* romena, também conhecida como *Lei de Justiniano*.<sup>82</sup>

O mesmo se deu com o direito consuetudinário russo, que passou a ser reduzido a escrito por meio de compilações nos séculos XI e XII, com destaque para a *Russkaya pravda*, com pronunciados elementos romanísticos. A lenta evolução do direito russo desde a superação do domínio mongol (séculos XIII a XV) se dá com base nessa compilação; na redação de costumes urbanos (Novgorod, Pskov); e nos códigos outorgados em 1497, por Ivan III (1440-1505); em 1550, por Ivan IV (1530-1584); e em 1649, por Aleksei Mikhailovitch (1629-1676). Inspirado no modelo do *Allgemeines Landrecht* prussiano de 1794, o *Svod Zakonov* de 1832 consistiu mais em uma abrangente consolidação do direito antigo russo do que em uma codificação do tipo napoleônico. Enquanto este diploma normativo voltava-se precipuamente ao direito administrativo, o direito privado, especialmente marcado pela propriedade fundiária comunal, seguiu regido essencialmente pelos costumes locais até a Revolução de 1917.<sup>83</sup>

Se na época de Carlos Magno, o espaço europeu encontrava seu limite oriental no rio Elba, devido ao obstáculo representado pelo predomínio oriental de Bizâncio, entendida por Koschaker como a antítese da Europa, o ápice do desenvolvimento da cultura europeia, segundo este mesmo autor, ocorrerá no século XIX, com sua penetração nos Bálcãs e na Rússia, tendência que considerou revertida com os acontecimentos da Primeira Guerra Mundial.<sup>84</sup>

### **3. O estudo exegético do direito romano: glosadores e pós-glosadores**

A centralização política lograda por diversos soberanos europeus a partir do século XII ocasionou o progressivo enfraquecimento do feudalismo, bem como o desenvolvimento dos direitos nacionais modernos, baseados nos costumes locais e nas legislações e decisões reais ou senhoriais. Tal evolução foi mais acentuada na Europa Ocidental; e mais tardia na Europa Oriental. Na Europa Central, por seu turno, observou-se

---

<sup>82</sup> GILISSEN, p. 93.

<sup>83</sup> GILISSEN, p. 224-225.

<sup>84</sup> KOSCHAKER, pp. 22-23.



a continuidade do Império, cujo poder, no entanto, enfraqueceu-se em favor dos senhores territoriais e das cidades, sobretudo a partir do século XIII, especialmente na Itália e na Suíça.<sup>85</sup>

As variações locais na evolução dos direitos dos Estados modernos devem-se à interação de fatores políticos, econômicos e sociais que condicionaram a um só tempo a unificação jurídica nacional, as particularidades locais e as instituições peculiares a cada ordenamento,<sup>86</sup> assim como a temporalidade em que se deu cada um desses processos. Em escala continental, um fator de profunda importância foi o assim chamado<sup>87</sup> renascimento do direito romano, no contexto do renascimento do século XII, que conformou os desenvolvimentos dos direitos continentais; e, em última instância, determinou a formação dos dois grandes sistemas jurídicos europeus, o dos direitos romanistas e o do *common law*, que sobreviveriam a outras expressões jurídicas ainda vigentes no continente naquele período, tais como os direitos autóctones escandinavos, o direito bizantino e o direito muçulmano peninsular.<sup>88</sup>

Sem deixar de reconhecer importância a fatores materiais, tais como o incremento do intercâmbio comercial propiciado pelas Cruzadas e o desenvolvimento experimentado no período pela técnica agrícola, Koschaker atribui o renascimento do século XII ao desencadeamento de forças espirituais ocasionado pelo acirramento do conflito entre Império e Papado. Caracteriza o autor o período em tela, antes de tudo, como um renascimento *científico*, em que o saber começa a desprender-se da fundamentação essencialmente autoritária típica do medievo, ao se empreender o esforço de tornar as verdades da fé acessíveis *também* por meio da razão. Por sua vez, Turner inclui entre os fatores determinantes desse período de incremento da erudição europeia a estabilidade social alcançada à época, bem como a disseminação de centros de ensino junto às catedrais.

---

<sup>85</sup> GILISSEN, 130.

<sup>86</sup> GILISSEN, p. 130.

<sup>87</sup> Tendo em conta a produtividade da ideia de renascimento tanto para a historiografia jurídica quanto para a história da arte, aproveitamos a referência para assinalar que nem mesmo o conceito de renascimento como fenômeno cultural escapou à crítica da teoria da recepção, como argumenta Jauss (p. 44): “Exemplos de como uma nova forma literária pode reabrir o acesso a obras já esquecidas podem ser dados em profusão; encaixam-se aí os assim chamados ‘renascimentos’ – ‘assim chamados’ porque o significado do termo pode dar a impressão de um retorno por força própria, frequentemente encobrindo o fato de que a tradição literária não é capaz de transmitir-se por si mesma e de que, portanto, um passado literário só logra retornar quando uma nova recepção o traz de volta ao presente, seja porque, num retorno intencional, uma postura estética modificada se reapropria de coisas passadas, seja porque o novo momento da evolução literária lança uma luz inesperada sobre uma literatura esquecida, luz esta que lhe permite encontrar nela o que anteriormente não era possível buscar ali”.

<sup>88</sup> GILISSEN, pp. 130-131.

Contrariamente, porém, ao que se deu por ocasião do renascimento carolíngio, o interesse dos estudiosos pela Antiguidade ora concentrou-se não nos aspectos textuais e literários, mas na revitalização do esquema do *trivium-quadrivium*, com forte ênfase em gramática e retórica.<sup>89</sup>

Nesse contexto, o ensino jurídico penetra a Universidade de Bolonha de forma possivelmente marginal aos estudos de gramática e retórica, vindo posteriormente a tornar-se disciplina independente sob Irnério (c. 1050-c. 1125) e seus discípulos, que devotaram-se quase exclusivamente ao estudo daquilo que se conheceria futuramente por *Corpus iuris civilis*.<sup>90</sup>

O fato de o movimento intelectual do século XII ser estruturado em torno à nascente instituição universitária ocasionou contrastes com o renascimento carolíngio ainda sob dois outros aspectos. Primeiramente, em seu alcance, uma vez que as universidades aceitaram alunos de diversas procedências territoriais, bem como ampla circulação de professores entre si. Em segundo lugar, em seu caráter – ao menos parcialmente – laico, em contraposição ao ambiente clerical que conformou o cultivo dos clássicos na corte de Carlos Magno. Ambos os movimentos, porém, comungavam da ênfase na cultura latina, no que se diferenciariam da preponderância helenófila do célebre renascimento subsequente, já no período humanístico, marcado pelo estabelecimento de ideais espirituais em níveis não alcançados nos séculos VIII e XII, que tinham, segundo Koschaker, certa orientação mais marcadamente prático-utilitária.<sup>91</sup>

De acordo com Gilissen, os professores de Bolonha lograram estabelecer verdadeira ciência do direito por meio da análise racional dos textos justinianeus. Aparentemente, Gilissen designa a experiência bolonhesa como científica em decorrência de seu caráter independente a um só tempo dos estudos de gramática e retórica do *trivium* (cientificidade entendida como uma forma de autonomia disciplinar) e dos inúmeros direitos locais efetivamente vigentes (cientificidade entendida como formulação abstrata). Não obstante, tal não implicava, naturalmente, haver correspondência integral ao direito da época romana, em razão da agregação à análise de elementos da filosofia cristã e das instituições medievais. Também Koschaker elogia o espírito científico de Bolonha, por ter promovido não apenas a explicação de passagens obscuras do texto, mas por referenciar as

---

<sup>89</sup> KOSCHAKER, p. 109; TURNER, pp. 27-28.

<sup>90</sup> KOSCHAKER, pp. 117-118.

<sup>91</sup> KOSCHAKER, pp. 107-108.

diversas passagens entre si, de modo a estabelecer paralelos e discutir antinomias, preparando o texto para exposições temáticas apartadas da redação original, de maneira sistemática.<sup>92</sup>

No entanto, vê-se que a racionalidade imputada ao direito romano se justifica à luz de fatores extracientíficos – o contexto político e o desenvolvimento econômico do período. Do mesmo modo, a despeito de toda a ênfase da historiografia jurídica tradicional no enfoque científico que começa a se desenhar em Bolonha, o estudo do direito romano promovido pelos glosadores se apoia em uma metodologia de matriz teológica.

Afinal, embora o direito tenha se firmado como disciplina independente, a glosa, método generalizado pelos juristas da escola de Bolonha, tem origem no ensino de gramática no âmbito do *trivium*, como forma de explicação breve de uma palavra difícil. Os juristas procederam ao alargamento do emprego das glosas, que passaram a ter por objeto toda uma frase ou trecho de texto, consagrando-se como método de exegese.<sup>93</sup>

A independência disciplinar do direito não pode ser entendida como a adoção de uma perspectiva laica, pois, como informa Turner, a desconstrução do *trivium* por meio da ênfase em dialética, em detrimento da gramática e da retórica, é uma diretriz daquela filosofia antifilológica diretamente implicada no surgimento das universidades: a escolástica. Sob a égide escolástica, que privilegiou o estudo de textos filosóficos, científicos e éticos, a retórica foi vista com suspeita, enquanto instrumento voltado à pura persuasão; e a gramática foi enquadrada na lógica, de forma a afastar-se progressivamente do estudo das línguas efetivamente faladas, em prol de um estudo de categorias abstratas.<sup>94</sup>

No que concerne ao contexto político, aludimos anteriormente<sup>95</sup> à inflexão ocorrida no século XI, tendo-se passado a sustentar mais marcadamente o sentido de continuidade entre os *imperii*, romano e medieval. Nesse novo enquadramento, a escola dos glosadores, politicamente próxima à corte imperial, argumentará pela validade do direito romano em todo o território do império ocidental medieval, com fundamento na inexistência de solução de continuidade entre uma entidade política e a outra. O direito romano passa a ser considerado como uma manifestação da universalidade imperial, em detrimento dos direitos locais, posição mantida em face do crescente sentimento nacional

---

<sup>92</sup> GILISSEN, p. 203; KOSCHAKER, pp. 116-117.

<sup>93</sup> GILISSEN, p. 343.

<sup>94</sup> TURNER, pp. 28-29.

<sup>95</sup> Cf. *supra*, **Cap. 1**, 1.

ao final da Idade Média. Identificado com a ideia imperial, o direito romano virá gradualmente a arraigar-se em solo alemão, com consequências para o pensamento jurídico ainda no século XIX, conforme exposto adiante.<sup>96</sup>

Vale ressaltar, contudo, não ser o prestígio do império a conferir legitimidade e sustentação ao direito romano – cujos estudos já haviam trazido sólida reputação à escola de Irnério antes da aproximação política promovida por iniciativa imperial –, mas antes o contrário. Inicialmente, a obra dos glosadores atingiu repercussão maior na Europa Ocidental e mesmo na Inglaterra, em contraste com a resistência encontrada na França e na própria Alemanha. Muitos foram os esforços dos soberanos locais para barrar o direito romano em seus territórios ou, pelo menos, abstrair-lhe seu elemento imperial, à medida que se foi compreendendo o direito romano como um elemento útil à fundamentação dos atos dos próprios reis e senhores locais.<sup>97</sup>

Esse esforço se reflete na gênese das novas justificações do poder formuladas desde Baldo (1327-1400) – com a célebre fórmula *rex Franciae est imperator in regno suo* –, passando pela Lei das Sete Partidas, entre outros diplomas legais contrapostos ao direito romano recepcionado – embora por este materialmente conformados – até a fundamentação do absolutismo real por Bodin, permitindo-se o recurso ao *ius commune* de forma mentalmente desvinculada do império.<sup>98</sup>

Por fim, o estudo do direito romano atende às necessidades econômicas em um período de profundas transformações, com a progressiva concentração de poder e a ascensão do modo de vida urbano, com o ressurgimento de uma economia de trocas. Trata-se de um direito escrito; comum a todos os mestres, a despeito de divergências pontuais; mais completo, por tratar de institutos desconhecidos ou esquecidos pela sociedade feudal; e mais útil às práticas econômicas, por ter sido o direito de uma sociedade mais desenvolvida do que a feudal.<sup>99</sup>

A influência da escola de Bolonha diminui no século XIII, em função de sua própria expansão com a multiplicação de universidades na própria Itália (Módena, Pádua, Nápoles) e em outros países, tais como a França (Paris, Montpellier, Toulouse, Orléans),

---

<sup>96</sup> KOSCHAKER, pp. 118-122. Sobre a situação do direito romano na Alemanha do século XIX, cf. *infra*, CAP. 2, 2.

<sup>97</sup> KOSCHAKER, pp. 122-128. Sobre a recepção do direito romano na França, cf. *infra*, CAP. 1, 4.

<sup>98</sup> KOSCHAKER, pp. 128-130.

<sup>99</sup> GILISSEN, pp. 203, 239-241.

Inglaterra (Oxford), Espanha (Salamanca, Valladolid) e Portugal (Coimbra). Os primeiros professores de direito, na maior parte dessas universidades, foram alunos de Bolonha, com destaque para Placentino (c. 1130-c. 1192), em Montpellier, e Vacarius (1120-1200), em Oxford.<sup>100</sup>

A renovação metodológica se desenvolveu ao longo da segunda metade do século XIII, em Orléans, por meio da crítica à análise essencialmente textual consagrada pela glosa de Acúrsio (1182-1263), passando-se a privilegiar uma argumentação de caráter dialético. Os professores em Orléans, ditos *ultramontani*, eram todos oriundos do clero, para cuja formação superior se destinava a escola, que também contribuiu para a formação de quadros da administração francesa e para o desenvolvimento do direito costumeiro na região de Orléans. Seus principais professores foram Jacques de Revigny (c. 1230-1296) e Pierre de Belleperche (1230-1308).<sup>101</sup>

Um aluno de Jacques de Revigny, Cino de Pistoia (c. 1270-1336), é considerado o inaugurador da escola dos comentadores nas universidades italianas. Seu discípulo mais importante foi Bártolo de Saxoferrato (1313-1357), autor de diversos comentários e tratados, nos quais elaborou diversas teorias originais, com base no direito romano. Seus numerosos discípulos, entre os quais se destaca o supracitado Baldo, além de Lucas de Penna (1343-1382), Paulus de Castro (1394-1441), Alexandre Jason del Maino (1435-1519) e Filipe Decius (1454-1536), foram responsáveis pela disseminação do novo método, o *mos italicus*, nas universidades do Sacro Império durante os séculos XIV e XV (Praga, Viena, Heidelberg, Colônia e Lovaina).<sup>102</sup>

Como sugere o nome que a consagrou, a escola dos comentaristas notabilizou-se pela atividade de comentário ao *Corpus iuris civilis*, não como mera explicação do sentido dos textos, mas como um duplo esforço integrativo. Integração das diversas partes componentes da compilação justinianeia entre si, sob a forma de uma exegese orgânica; e integração com recurso às fontes dos direitos locais. Esses esforços integrativos propiciaram aos pós-glosadores oportunidade para a elaboração de obras temáticas aprofundadas e para larga elucubração casuística. Ao mesmo tempo, houve progressivo incremento da autoridade dos estudiosos, cuja opinião passou a ser privilegiada em

---

<sup>100</sup> GILISSEN, p. 344.

<sup>101</sup> GILISSEN, pp. 344-345.

<sup>102</sup> GILISSEN, pp. 346-347.

detrimento da própria letra do *Corpus iuris civilis*, formando-se a convicção da importância da *communis opinio*.<sup>103</sup>

Enquanto os glosadores enfocaram o esclarecimento do sentido do texto justiniano, busca fundamentada em sua concepção do direito romano como *ius commune* imperial, verdadeiro *ius per eminentiam*, os comentaristas frisaram a importância de não se perder de vista o caráter concorrente de outros fenômenos normativos legítimos, tais como o costume, o direito canônico e os direitos estatutários locais, no que se revela sua maior orientação prática. Ainda assim, consideraram o direito romano como um elemento prévio, de aplicabilidade imediata à realidade medieval o que é sintomático da persistente carência de senso histórico característica do período, que compreendeu o direito romano sob o prisma de sua autoridade. Tal compreensão foi fomentada pelo influxo da abordagem dogmática proveniente da filosofia escolástica sobre o pensamento jurídico.<sup>104</sup>

Conforme exposto anteriormente, a crítica da escola intermediária de Orléans aos glosadores baseou-se na demanda por uma análise do direito mais pautada pela dialética, em contraposição ao apego dos glosadores ao método retórico-gramatical da glosa. Pensamos, portanto, que a progressão dos glosadores aos comentadores pode ser entendida como um crescente enquadramento do pensamento jurídico nos marcos da filosofia escolástica.

A mentalidade escolástica dos comentadores é demonstrada por sua ênfase no exame dos textos em conjunto, com o objetivo de se extrair princípios gerais sistematicamente aplicáveis aos problemas concretos. Tem-se com os comentadores, portanto, a introdução do conceito de sistema no pensamento jurídico, noção alheia à cultura romana, a partir de duas fontes de caráter religioso: a escolástica medieval, sua provável fonte direta; e, indiretamente, o pensamento teológico que teria informado, por intermédio da teoria jurídica bizantina, certos glossemas encontrados nos juristas clássicos.<sup>105</sup> A afinidade do direito e da teologia com a filosofia escolástica faz sentido por se tratarem ambos de ciências voltadas ao desenvolvimento metódico de textos dados

---

<sup>103</sup> KOSCHAKER, pp. 148-149.

<sup>104</sup> KOSCHAKER, pp. 143-147.

<sup>105</sup> A respeito do surgimento de glosas marginais em textos profanos no universo bizantino, remetemos à atividade de Aretas de Patras, cf supra, CAP. 1, 2.

como pontos de partida. A construção sistemática, portanto, tem sua origem no princípio de submissão do pensamento à autoridade, em caráter dogmático.<sup>106</sup>

O trabalho de assessoramento aos tribunais por meio da edição de *consilia*, que muito contribuiu para a penetração de sua concepção do direito romano na prática jurídica europeia – uma concepção baseada na simplificação por meio da seleção e adaptação das fontes romanas com vistas à aplicabilidade –, mostra-se como uma importante contribuição do *mos italicus* para a preparação de uma ciência jurídica privada unificada. Por outro lado, muitas foram as críticas dirigidas aos comentaristas por seu extremo casuísmo e seu latim pouco sofisticado.<sup>107</sup>

Em suma, os juristas medievais, sejam eles glosadores ou pós-glosadores, caracterizaram-se por uma orientação prática do estudo do *Corpus iuris civilis*, justificada por sua concepção autoritária do direito romano, com fundamento na concepção científica proveniente da teologia escolástica, e não por seu valor de antecedente histórico. Por mais que se mantivesse o foco no estudo textual, seja como objeto de exegese ou como ponto de partida dogmático, a égide escolástica manteve o pensamento jurídico afastado da abordagem filológica predominante na Antiguidade. Aliás, não poderia ser de outra forma, à luz da ideia de continuidade do *imperium*: um direito vigente não é objeto de estudo filológico, mas dogmático.

A partir da reação humanista a esse estado de coisas, verificar-se-á a crescente importância da concepção historicista para o direito, estabelecendo-se os termos do dilema, ainda não adequadamente equacionado pela romanística, entre cientificidade histórica e instrumentalidade prática.

#### **4. O humanismo jurídico e a aurora da ciência filológica**

Como consequência da orientação prática conferida ao direito romano pelos bartolistas, que buscaram adaptá-lo ao contexto medieval, os estudos romanistas implicaram a formulação de diversas teorias, cada vez mais intrincadas, o que principiou a

---

<sup>106</sup> GILISSEN, p. 346; KOSCHAKER, pp. 147-148.

<sup>107</sup> KOSCHAKER, pp. 150-151.

ensejar críticas, entre o final do século XV e o começo do século XVI. Abstraindo-se qualquer intuito de aplicabilidade no contexto moderno, passou-se a defender o estudo do direito romano por si, de maneira desinteressada. Caracterizou-se a nova abordagem – o humanismo jurídico – pelo estudo do direito romano com apoio tão somente em fontes primárias, excluídas as glosas e demais comentários acrescidos aos textos em época posterior; pela ênfase em crítica textual, com a atividade de descoberta e edição de documentos; pelos estudos, em caráter auxiliar, de línguas, história e literatura antigas; pela atenção às fases de evolução do direito romano; e pelo cultivo de uma modalidade considerada mais sofisticada da língua latina, inspirada em Cícero (106-43 a.C.), entre outros autores clássicos, tecendo-se fortes críticas ao latim dos bartolistas, tido por pouco elegante.<sup>108</sup>

Elegância que faltou, porém, aos próprios humanistas em suas declarações polêmicas contra o paradigma bartolista. Rabelais (1495-1553) – cujo trecho em epígrafe ao presente capítulo é antecedido de comentário a respeito dos glosadores que consideramos impublicável – exprime o espírito dos juristas franceses de seu tempo. Jacques Cujas (1522-1590) foi mais ponderado no vocabulário, embora não menos mordaz: *verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*. A réplica bartolista não fomentou uma escalada de agressividade: Alberico Gentili, professor em Oxford, levantou-se em defesa do *mos italicus*, tendo inclusive reconhecido méritos à abordagem humanista. Coube aos estudantes, na Alemanha e na Itália, promover verdadeiros tumultos contra a adoção de orientações humanistas nos cursos universitários.<sup>109</sup>

São precursores da escola humanista Guillaume Budé, filólogo e helenista francês, fundador do *Collège de France* e primeiro a articular conhecimentos da história política e literária na análise do direito romano; Ulrich Zasius (1461-1535), jurista de Friburgo de Brisgóvia; e Alciato (1492-1550), professor em Burges, onde foi o primeiro a ensinar segundo o novo método. O maior expoente da escola humanista foi o supracitado Cujas, de Toulouse, que se dedicou à reconstrução dos textos originais dos juristas romanos por meio da comparação entre os diversos trechos de um mesmo autor, tendo, assim, logrado reconstruir parcialmente textos de Papiniano, Paulo e Modestino, entre outros. Hugues Doneau (1527-1591) opôs-se à ênfase analítica de Cujas, buscando nas fontes romanas os elementos para a formulação de princípios gerais, a fim de reconstruir a

---

<sup>108</sup> GILISSEN, pp. 347-348.

<sup>109</sup> KOSCHAKER, pp. 172-173.



arquitetônica lógica do direito romano, com resultados frequentemente afastados do raciocínio jurídico romano original. Posteriormente, o humanismo encontraria difusão na Alemanha e, sobretudo, nos Países Baixos.<sup>110</sup>

O combate dos humanistas à compreensão dogmática do *Corpus iuris civilis*, que entendiam como expressão da mentalidade romana antiga, e não como um texto autoritário para a contemporaneidade, acarretou a abordagem histórica dos textos, em conexão com outros documentos, tais como as fontes gregas; e o estudo das interpolações, que não faria sentido em uma análise preponderantemente dogmática do texto. Como resultado, deu-se uma sobrevalorização das fontes pré-justinianeias. O *Corpus*, sob a perspectiva humanista, não tinha autoridade simplesmente por seu caráter de legislação justinianeia, mas por seus traços essenciais gerais, em comparação aos dos direitos contemporâneos.<sup>111</sup>

Os traços característicos do humanismo jurídico, mormente o incômodo com o empobrecimento da língua latina em uso nos escritos jurídicos e a abordagem descompromissada com as necessidades práticas, não são fruto do acaso, mas reverberações do ambiente intelectual da época. A atitude ostentada pelos principais avatares dos primórdios da nova tendência encontraria eco na nova abordagem do direito romano.

É o que se aduz do perfil do precursor do humanismo na Itália, Lovato dei Lovati (1241-1309), tido como alguém dotado de voracidade por textos clássicos; preocupação em corrigi-los e interpretá-los; e desejo de imitá-los. Tais atividades seriam emuladas até o ponto de serem transformadas em programa intelectual pelo grande literato – e licenciado em direito romano – Francesco Petrarca (1304-1374), que personificou o estudo totalizante da Antiguidade latina, baseada na filologia e na atividade antiquária, tendo revivificado a extensa abrangência da concepção clássica de gramática.<sup>112</sup>

And he became a model for future humanist scholars. In Petrarch's wake, humanist erudition did three jobs: (1) policing the purity of contemporary writing (i.e., how closely it mirrored an idealized ancient usage); (2) finding, editing, and appraising ancient texts; and (3) pursuing historical and antiquarian research.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> GILISSEN, pp. 348-350.

<sup>111</sup> KOSCHAKER, pp. 168-171.

<sup>112</sup> TURNER, p. 34.

<sup>113</sup> TURNER, p. 34.

O zelo de Petrarca pelo cultivo da língua latina o levou a perceber a “decadência” do idioma no período medieval, o que fundamenta uma visão normativa da língua, com fundamento nos modelos da Antiguidade, tornando-se inclusive consciente das nuances que distinguiam tais modelos entre si. Ademais, o conhecimento aprofundado do idioma permitiu a Petrarca e a outros eruditos, como Lorenzo Valla (1406-1457), identificar corretamente textos ilegítimos em circulação, falsamente atribuídos a autores romanos.<sup>114</sup>

A ascensão do humanismo não se deve ao diletantismo de intelectuais, mas ao surgimento de condições políticas apropriadas. Na Itália, está associado à nascente consciência nacional das elites locais, que se identificam com seus “antepassados” romanos, enxergando nos europeus ao norte dos Alpes os “bárbaros”. A princípio um desenvolvimento paradoxal, já que a Universidade de Paris era um baluarte da escolástica, a abertura da nova abordagem humanista para a França se explica em decorrência da invasão francesa da Itália, com a transferência de intelectuais para a corte de Francisco I. Para a robustez desse movimento intelectual contribuiu, no período, a introdução da imprensa na França.<sup>115</sup>

Some-se a isso, no que concerne ao humanismo jurídico, o antecedente anti-imperial dos juristas franceses dos séculos XIII e XIV, que sustentaram a tese de que o direito romano não fora aplicado na França por força de seu caráter imperial, *ratione imperii*, como *ius scriptum*, mas pela evidência de suas qualidades intrínsecas, *imperio rationis*, como *ratio scripta*, tendo sido recepcionado por via consuetudinária. Nessa ordem de ideias, os humanistas teriam sido responsáveis pela criação e disseminação do mito da recepção europeia do direito romano com fundamento em sua superioridade aos direitos bárbaros locais. Com efeito, trata-se de um mito, já que não houve historicamente tal sopesamento entre direitos, pois o direito romano recepcionado vigeu enquanto direito imperial. Com base nisso, disseminou-se, especialmente na Alemanha, a concepção de que o direito romano teria sido recepcionado por meio do costume, o que apenas pode ser aceito se se entender a atividade dos juristas como fonte material de costume. Ambas as temáticas – a natureza costumeira do direito romano recepcionado e a atividade científica

---

<sup>114</sup> TURNER, p. 36; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), p. 25.

<sup>115</sup> KOSCHAKER, p. 170; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), pp. 46-48.

dos juristas como criadora de direito – continuarão a pautar o pensamento jurídico ao tempo da escola histórica.<sup>116</sup>

Lorenzo Valla, anteriormente mencionado, e Angelo Poliziano (1454-1494) – considerado pela literatura da área como o melhor filólogo de sua geração, responsável por antecipar teorias de reconstrução linguística com fulcro na rigorosa diretriz científica de apenas propor conjecturas onde os manuscritos silenciassem – foram pioneiros na aplicação do método filológico dos humanistas ao *Corpus iuris civilis*. Coube, porém, a Alciato, conforme aludido, o pioneirismo na docência jurídica segundo o novo método, que transpôs da Itália para a França.<sup>117</sup>

Turner atribui a deficiência de sentido prático no estudo do direito romano promovido pelo humanismo jurídico francês à superveniência da reforma protestante e das guerras de religião, que teriam forçado intelectuais como Cujas a retirar-se da arena pública, como medida de autopreservação. Ao mesmo tempo, essa característica pode levar a erros de avaliação acerca de uma suposta natureza desinteressada dos estudos humanistas, que refletiam, com efeito, preocupações da agenda política: oferecer princípios sólidos em um contexto de fragilidade institucional; e enfatizar, em contraponto às características minuciosamente estudadas do direito romano, as peculiaridades da identidade nacional francesa.<sup>118</sup>

O sentido polimático – filológico, portanto – do humanismo seria personificado com maior brilhantismo por Guillaume Budé. A nosso ver, é injusto da parte da história do direito referir-se a Budé “apenas” como um autor do humanismo jurídico: estudioso de direito romano e do direito grego, sobre o qual escreveu um léxico, Budé posteriormente dedicou-se à numismática e promoveu os estudos de grego, para a qual mostrou-se instrumental sua participação na fundação do *Collège de France*. Ao fim da vida, angariou renome comparável ao do célebre Erasmo de Roterdã (1466-1536).<sup>119</sup>

A partir deste ponto, as obras de introdução à história do direito costumam silenciar sobre os desenvolvimentos ulteriores do humanismo. Sob Joseph Scaliger (1540-1609) e Isaac Casaubon (1559-1614), o estudo das camadas de estilo literário seria aplicado aos textos hebraicos, lançando-se luz sobre a até então ignorada diversidade do

---

<sup>116</sup> KOSCHAKER, p. 171, 177-179.

<sup>117</sup> KOSCHAKER, pp. 171-172; TURNER, p. 37.

<sup>118</sup> TURNER, 48, 53-54; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), p. 47.

<sup>119</sup> TURNER, p. 50; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), pp. 47-48.

judaísmo antigo, frisando-se, inclusive, a grande parcela de judeus que tiveram o grego como língua materna e de culto. Scaliger, aliás, seria o responsável por identificar o estrato literário do latim arcaico, além de ter se notabilizado por suas reconstituições cronológicas a partir dos textos antigos. Tamanho era seu prestígio, que a Universidade de Leiden lhe ofereceu um posto para que se dedicasse exclusivamente ao estudo, se assim desejasse, sem qualquer obrigação docente, na esperança de que sua simples presença atraísse novos alunos, o que de fato aconteceu.<sup>120</sup>

O discípulo mais célebre de Scaliger a atuar na seara jurídica será Hugo Grócio (1583-1645), estudante de filologia em Leiden; e de direito, em Orléans. No âmbito filológico, destacou-se nos estudos bíblicos, a despeito de sua tumultuada biografia. Dando desenvolvimento às concepções gramaticais de Scaliger – e renunciando suas preocupações sobre a paz no contexto internacional – Grócio acreditava que a filologia poderia trazer maior entendimento sobre o texto bíblico e, portanto, contribuir para a pacificação da Europa. Importante a observação de Turner, para quem o forte senso de distanciamento histórico presente em Grócio seria um influxo do humanismo jurídico em que seu mestre Scaliger havia sido educado, que nutriu perspectiva análoga em relação aos romanos.<sup>121</sup>

A excelência filológica dos humanistas não implicou a superação do *mos italicus* pelo novo paradigma do *mos gallicus*. Ambos os métodos coexistiram na Europa. A penetração do humanismo jurídico na Itália e na Alemanha foi dificultada pela fragmentação territorial nessas regiões. No caso da Itália, que fora o berço do humanismo justamente por conta do despertar da nacionalidade, entendeu-se o *mos italicus* como fator agregador da península politicamente dividida. No caso da Alemanha, para onde afluíram muitos humanistas perseguidos na França por sua filiação calvinista, o *mos italicus* constituía a orientação adotada pelo Tribunal Cameral Real, no contexto do cultivo do direito romano como direito imperial.<sup>122</sup>

Sequer na própria França se deu o predomínio incontestado da nova tendência, diante da persistência de focos arraigados de adesão universitária ao *mos italicus*, tais como Toulouse, bem como em razão da peculiaridade da unificação jurídica francesa a partir do progressivo assentamento do direito consuetudinário, empresa determinada pela

---

<sup>120</sup> TURNER, pp. 45-46, 51; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), p. 50.

<sup>121</sup> TURNER, pp. 58-59; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), pp. 67-68.

<sup>122</sup> KOSCHAKER, pp. 181-184

Coroa e levada a cabo por juristas práticos, em diálogo com o bartolismo, sem a participação dos humanistas.<sup>123</sup>

Em conclusão, o humanismo jurídico teve o mérito de promover um estudo mais aprofundado das fontes, com a exclusão da massa de controvérsias acumulada pelos bartolistas, pondo-se em evidência o abismo que separava a Antiguidade de seu próprio tempo – o que correspondeu, de todo modo, a uma diretriz do humanismo em geral. Isso resultaria, de outra banda, na promoção de um tipo de saber mais propriamente filológico, tipicamente antiquário, do que jurídico, por se ter abandonado a orientação prática da disciplina. Ademais, a articulação de conhecimentos enciclopédicos para a análise, conjugada com a crítica ao latim empregado pelos bartolistas, o qual – bom ou ruim do ponto de vista do estilo e da gramática normativa – era, de qualquer modo, o latim corrente nos meios europeus eruditos, foram fatores excludentes dos estudos jurídicos aos não iniciados. No limite, os elevados padrões humanistas para o uso do latim contribuíram para o desenvolvimento das literaturas em vernáculo.<sup>124</sup>

## 5. A Antiguidade e o direito público

### 5.1 *O modelo das constituições clássicas no debate renascentista*

No início deste trabalho, mencionamos a referência recorrente ao pensamento grego clássico como fonte produtiva em matéria de direito público.<sup>125</sup> Importa ressaltar que, no decorrer de grande parte do período coberto nas seções precedentes, os textos gregos eram praticamente inacessíveis aos europeus ocidentais. Mesmo Petrarca, a quem nos referimos como jurista interessado numa reconstrução totalizante da Antiguidade latina,<sup>126</sup> não logrou êxito em sua busca por fontes helênicas, a despeito da presença de religiosos ortodoxos remanescentes no sul da Península Itálica – mas ignorantes em matéria de literatura grega profana – e do afluxo de intelectuais bizantinos, cujo ensino de grego pouco sucesso colheu entre os italianos para além da edição da *Erotēmata*, uma gramática

---

<sup>123</sup> KOSCHAKER, pp. 185-190.

<sup>124</sup> KOSCHAKER, pp. 173-177.

<sup>125</sup> Cf. *supra*, **INTRODUÇÃO**, 1.1.

<sup>126</sup> Cf. *supra*, **CAP. 1**, 4.

grega para estrangeiros, e da formação de alguns poucos eruditos versados em grego, como Leonardo Bruni (1370-1444). Com efeito, antes de Giovanni Aurispa (1376-1459) retornar de sua viagem a Constantinopla em 1423 com 238 livros gregos na bagagem, o único modo de um italiano se por em efetivo contato com a cultura grega clássica era deslocar-se até o Império Bizantino.<sup>127</sup>

Daí por diante, o impacto helênico sobre a Itália seria sempre crescente. A leitura de Ptolomeu (90-168) permitiria a Cristóvão Colombo (1451-1506) navegar com a certeza da esfericidade da Terra; a de Herão de Alexandria (10-80), a Leonardo da Vinci (1452-1519) aprender matemática; a de Aristóteles (séc. IV a.C.), a Leonardo Bruni – que viria a morrer como chanceler florentino – conhecer o pensamento político e ético grego; a dos historiadores gregos, a Maquiavel (1469-1527) estudar a política de seu próprio tempo.<sup>128</sup>

Enquanto o direito romano era “redescoberto” e discutido nas escolas italianas, o debate constitucional, no sentido clássico do termo, voltar-se-ia também à Antiguidade como fonte de legitimação dos regimes políticos vigentes nos Estados peninsulares.

Os termos em que se dá referido debate são tomados pelo pensamento renascentista às fontes romanas do fim do período republicano. Ao restaurar a *res publica* ao Senado, Otávio Augusto (63 a.C.-14 d.C.) promoveu a instalação de uma constituição formal após vinte anos de guerra civil e de ditadura. Contudo, o regime ora estabelecido tinha no nome o último vestígio de governo impessoal, uma vez que vigorava, na prática, o poder do *princeps* César Augusto, exercido mediante seu *imperium*.

Segundo Lintott, dois fatores conjugados – a pacificação política promovida pelo Principado; e a sobrevivência de apenas alguns poucos idosos que haviam efetivamente vivenciado a *res publica* original, em crise havia décadas – contribuíram fortemente para que o regime republicano fosse afinal visto como um modelo louvável, mas politicamente impraticável; ou, quando muito, como o regime que assegurou a Roma a sua ascensão ao domínio universal, tendo ao cabo degenerado em corrupção e lutas pelo poder. Tais visões são expressas em Tácito (c. 56-c. 125), que identificou as raízes da degenerescência do modelo republicano justamente na teoria política subjacente a esse regime – possivelmente tendo em mente uma crítica ao *De re publica* de Cícero – e em sua

---

<sup>127</sup> WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), pp. 23-24.

<sup>128</sup> WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), p. 24.

própria concepção, influenciada por Políbio (203 a.C.-120 a.C.), da *res publica* como uma espécie de balança de poder entre o Senado e a plebe.<sup>129</sup>

Nessas condições, a comparação entre os regimes republicano e monárquico se converterá por muito tempo em um debate teórico. Tal tratamento é detectado na obra do historiador Dião Cássio (c. 155-229), ao mimetizar um debate entre Agripa (63-12 a.C.) e Mecenas (68-8 a.C.). Nessa discussão, o primeiro faz a defesa do regime republicano, por conta de sua combinação de deliberação senatorial e ratificação popular, competição por riqueza e valor entre as elites e aplicação imparcial da justiça. Já o segundo sustenta ser o regime monárquico mais eficiente, além de ser a realização da verdadeira democracia, uma vez que os melhores homens serão efetivamente livres, em vez de submetidos à escravidão da vontade das massas e de elites interesseiras, cenário que irremediavelmente conduz a guerras externas e internas de consequências desastrosas.<sup>130</sup>

Ainda na Idade Média, muitos homens educados tenderão a concordar com as razões de Mecenas. Nessa época, as principais fontes de difusão dos textos clássicos eram os estudos de retórica e de direito. Os juristas, com destaque para o já citado Bártolo<sup>131</sup> e para Marsílio de Pádua (c. 1275-c. 1342), embasavam-se no estudo do *Digesto* e nos escritos de Aristóteles, de cuja obra tomaram a noção de constituição mista. O debate jurídico se concentra em questões relativas à liberdade, à prevenção da tirania e à concórdia civil. Marsílio de Pádua interpretou a *politeía* como uma forma daquilo a que chamou *principatus temperatus*, conduzida por um governante eleito, que atua com base em um núcleo legal, com intervenção intermitente por parte do legislador. Já Bártolo concluiu que as diferentes espécies aristotélicas de constituição se prestam a comunidades de diferentes tamanhos, desde a *politeía* até a monarquia, passando por governos aristocráticos, como aqueles vigentes em Veneza, Florença e na Roma antiga.<sup>132</sup>

Consentimento e eleição eram fatores vistos como garantias dos governos, com suporte no louvor à liberdade republicana, embora o sistema republicano que havia vigorado em Roma muito provavelmente ainda não houvesse sido estudado a fundo, estando sujeito, portanto, a variados graus de idealização. Essa forma de exaltação da liberdade se tornou corrente no discurso político florentino entre os séculos XIV e XV,

---

<sup>129</sup> LINTOTT, Andrew. **The constitution of the Roman republic**. S. ed. Oxford: Oxford University, 2009. p. 233.

<sup>130</sup> LINTOTT, pp. 234-236.

<sup>131</sup> Cf. supra, **CAP. 1**, 3.

<sup>132</sup> LINTOTT, pp. 235.

especialmente com Coluccio Salutati (1331-1406) e Leonardo Bruni. Este chegou mesmo a escrever em grego clássico a descrição da constituição de Florença como uma constituição mista com elementos aristocráticos e democráticos, representados, *grosso modo*, pelas magistraturas e pelas assembleias, respectivamente.<sup>133</sup>

Outro florentino – Nicolau Maquiavel – mostrou-se plenamente consciente de que o resgate conceitual das categorias do pensamento político clássico seria, por si só, insuficiente para dar conta da realidade presente. Digna de nota a natureza paradoxal dos escritos maquiavélicos, que clamam pela imitação dos Antigos ao mesmo tempo em que inauguram a tradição do pensamento político moderno que viria a condenar a filosofia política clássica como utópica ou impraticável.<sup>134</sup>

Em sua dedicatória a Lourenço de Médici (1449-1492) n’*O príncipe*, Maquiavel esclarece que seu conhecimento das ações de grandes homens provém de sua longa experiência com as coisas modernas e da contínua leitura das coisas antigas.<sup>135</sup> A obra contrapõe de maneira recorrente os sucessos de líderes da Antiguidade e os fracassos de governantes de tempos posteriores; e exorta os príncipes a seguirem o exemplo de grandes homens do passado que agiram de modo a imitar quem tenha sido digno de louvor e de glória antes de si.

Mas a imitação moderna dos feitos políticos antigos revela uma fragilidade que cremos sugerir à política certa natureza artística, por denotar o acentuado grau de afastamento em relação à realidade objetiva imputado pela tradição platônica à mimese praticada pelos artistas. Esse afastamento marca a dualidade maquiavélica de atração e desprezo pela Antiguidade; e reflete a importância desse autor como renovador do pensamento político, conforme anteriormente referido:

Modern imitators are at three removes from classic originals: imitating predecessors who imitated more distant predecessors as described by poetic, historical, or philosophic writers such as Homer, Xenophon, or Plutarch. Machiavelli immediately makes clear, however, that these writers cannot be trusted: they have imagined republics and principalities that have never been seen or known to exist in truth. They admire the actions of great men without

---

<sup>133</sup> LINTOTT, pp. 235-236.

<sup>134</sup> TARCOV, Nathan. Machiavelli, Niccolò. In: GRAFTON, Anthony. MOST, Glenn W. SETTIS, Salvatore (eds.). **The classical tradition**. 1<sup>st</sup> ed. Cambridge: Harvard University, 2010. p. 552. Diante do debate exposto nos dois primeiros parágrafos desta subseção, percebe-se que a possibilidade de realização do pensamento político clássico já era um problema para o próprio pensamento político clássico.

<sup>135</sup> MACHIAVELLI, Nicolò. The prince. In: **Great books of the Western world**. S. ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. Vol 23, p. 1.



understanding their causes; thus; Livy condemned Hannibal's inhuman cruelty, little considering that it was the principal cause of his accomplishments – though Machiavelli also suggests that ancient writers "taught covertly" what he teaches openly and takes to the extreme. He departs from previous writers by writing not about "imagined republics and principalities" but about the "effectual truth" that takes its bearings not by what ought to be done but by what is done, by the goals men actually pursue, wealth and glory. His conception of *virtù* shares with its classical archetypes an emphasis on manly courage but departs from them in its focus on worldly effectiveness to the exclusion of concern with the perfection or salvation of the soul. Machiavelli's invocations of classical (and biblical) rulers and republics in *The Prince* reveal a critique of classical (and biblical) writers and an aspiration to replace them as the authoritative interpreter of those examples.<sup>136</sup>

Especialmente notável é a aplicação do pensamento republicano clássico aos eventos e problemas de seu próprio tempo. A constituição republicana surge como objeto de análise nos *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, obra na qual se evidencia a presença do pensamento de Políbio, o que é reflexo, segundo Lintott, do fato de a teoria constitucional daquele autor já ser bem conhecida na Florença do tempo de Maquiavel, inclusive sendo discutida nos círculos intelectuais de seus adversários. A teoria constitucional exposta por Maquiavel nessa obra principia por uma tipologia dos Estados, que assumiriam as formas de *principato*, *ottimati* e *popolare*, cada qual subdividida em uma forma sã e outra degenerada, para então afirmar a dinâmica cíclica dessas formas e a superioridade da constituição mista.<sup>137</sup>

Maquiavel defende, ainda escudado em Políbio, a noção de que a estabilidade se dá por meio do conflito, o que contraria a percepção de algumas fontes antigas – como Santo Agostinho – de que Roma seria uma *republica tumultuaria*. O interesse do autor em sustentar tal posição provavelmente não se deve a qualquer das próprias fontes antigas, mas à situação dos contemporâneos que delas se valiam. O florentino entende que o conflito conduz à estabilidade como uma força da necessidade, em consequência da constatação de que os homens não são bons em essência, apenas mostrando-se inventivos e disciplinados diante da necessidade, e retos em face do constrangimento da lei.<sup>138</sup>

Em princípio, a constituição estaria mais bem resguardada pelo povo, cotidianamente preocupado em não se submeter a arbitrariedades, do que pela aristocracia, detentora dos meios de dominação e do interesse em sua manutenção, o que refutaria a defesa da constituição dos espartanos (na Antiguidade) e dos venezianos (em seu próprio tempo) sob o argumento de que o domínio dos aristocratas seria melhor, uma vez que estes

---

<sup>136</sup> TARCOV, p. 552.

<sup>137</sup> LINTOTT, pp. 236-238.

<sup>138</sup> LINTOTT, p. 239.

já tiveram suas ambições políticas satisfeitas – justamente pelo fato de já estarem no poder – carecendo, portanto, de qualquer intento de solapar a ordem constitucional.<sup>139</sup>

A novidade essencial desse republicanismo neoclássico apresentado por Maquiavel reside, portanto, em sua valorização dos conflitos intestinos do Estado, tanto aqueles motivados por disputa entre classes quanto aqueles devidos à ambição individual; bem como da violência conseqüentemente exercida fora dos parâmetros legais. Tais choques se mostram politicamente úteis ao propiciar eventos de fundação e renovação constitucional.<sup>140</sup>

A solidificação constitucional mediante o conflito seria exemplificada pela sucessão de embates que conduziram à instituição dos tribunos da plebe na República romana. No entanto, Maquiavel se afasta de Políbio ao revelar-se duplamente otimista por considerar que uma constituição mista pode interromper o ciclo de decadência a que se sujeita o Estado; e por sustentar que à licenciosidade republicana sucede não uma tirania, mas a eleição de um príncipe que elimine tal situação de frouxidão. Curiosamente, ao se afastar de Políbio nestes termos, Maquiavel passa a desenvolver o argumento segundo a linha estabelecida em defesa da monarquia por Dario no diálogo imaginado por Heródoto (c. 484-c. 425 a.C.).<sup>141</sup> Voltando-se aos legisladores gregos, Maquiavel elogia Licurgo (800-730 a.C.) e critica Sólon (638-558 a.C.), a quem atribui a instituição de um *stato popolare* em Atenas, por haver deixado para os legisladores subseqüentes a tarefa de reprimir a insolência de grandes homens e a licenciosidade universal, além do fato de ter se seguido a legislatura de Sólon de uma tirania.<sup>142</sup>

Assim como no caso da república romana, a análise maquiavélica da constituição espartana sob Licurgo interessa mais pelos argumentos que sustenta do que propriamente por sua exatidão histórica. Compara-se Esparta à Veneza contemporânea de Maquiavel quanto a serem repúblicas pequenas, que têm como objetivo essencial não a expansão territorial, mas simplesmente a manutenção da existência do corpo político – cujas diminutas dimensões favoreceriam o exercício do governo por poucos –. Como é muito difícil de perpetuar um cenário no qual uma república consiga permanecer pequena e

---

<sup>139</sup> LINTOTT, pp. 238-240.

<sup>140</sup> TARCOV, p. 552.

<sup>141</sup> Cf. HERÓDOTO, III, 82.

<sup>142</sup> LINTOTT, pp. 237-238.

segura indefinidamente,<sup>143</sup> o esforço para manter a estabilidade forçosamente conduz à expansão territorial. Neste ponto, manifestam-se os atritos entre classes sociais facilmente contornados por concessões à plebe nas pequenas repúblicas aristocráticas. Diante da inevitabilidade da expansão para a sobrevivência da república, o modelo espartano-veneziano se mostra insustentável no longo prazo, o que faz pender a balança do poder em favor da plebe, que tem nos tribunos uma salvaguarda contra a dominação aristocrática.<sup>144</sup>

Além de ter em si todos os vícios encontrados no indivíduo – de modo a anular qualquer vantagem da dominação individual sobre a coletiva em termos de racionalidade do comando – o povo é apresentado como mais sábio e constante em seus propósitos do que um príncipe e apresenta menor inclinação a enganar a própria classe, o que confere ao poder da plebe a característica de propiciar maior segurança à república: externamente, verificam-se nesta configuração maiores êxitos militares; internamente, compete aos tribunos garantir os populares não apenas contra a ambição dos aristocratas, mas também, em última análise, contra a sua própria.<sup>145</sup>

O pensamento constitucional florentino de matriz helenófila nutrir-se-á do tumulto político peninsular, vindo a retroceder, por essa razão, após a pacificação comandada por Lourenço de Médici. Daí por diante, os eruditos locais, no espírito do humanismo que informaria os criadores do *mos gallicus*, dedicar-se-ão ao estudo do passado por si, sem referências à situação contemporânea.<sup>146</sup>

## 5.2 *Fundações antigas e revoluções modernas*

A consolidação de uma literatura erudita em vernáculo, decorrente do aprofundamento do humanismo,<sup>147</sup> ocasionou para os franceses a discussão sobre a justeza de uma precedência dos escritos em língua nacional sobre os textos clássicos: tinha início a “querela dos Antigos e dos Modernos”, cujo estopim fora a publicação de *Parallèle des anciens et des modernes*, entre 1688 e 1692, por Charles Perrault (1628-1703). No campo

---

<sup>143</sup> Que esse fora o *ethos* dominante no regime político espartano o corroboram as fontes clássicas, a exemplo do discurso em que os coríntios repreendem a falta de iniciativa dos espartanos em face da ameaça imperialista ateniense, cf. TUCÍDIDES, I, 68-71.

<sup>144</sup> LINTOTT, p. 240.

<sup>145</sup> LINTOTT, p. 243.

<sup>146</sup> TURNER, p. 48.

<sup>147</sup> Cf. supra, CAP. 1, 4.

estritamente filológico, uma consequência duradoura da querela, em razão da inédita abertura crítica ao cânone clássico, foi o surgimento das primeiras evidências que permitiriam futuramente a Wolf lançar a “questão homérica” – a investigação sobre a unidade (ou não) de autoria dos poemas homéricos, *Ilíada e Odisseia*.<sup>148</sup>

Em paralelo, o mesmo movimento de disseminação da produção intelectual nas línguas nacionais teria o efeito de desarticular o intenso intercâmbio mantido no seio da comunidade acadêmica enquanto o latim prevalecera como língua franca erudita. Por tal razão, os intelectuais do mundo anglófono – a Grã-Bretanha e as Treze Colônias – viram-se praticamente privados de conhecimento sobre a maior parte dos avanços na produção filológica alemã, que ao tempo de Wolf já era escrita majoritariamente em alemão, idioma dominado apenas por alguns poucos britânicos e norte-americanos. Contribuíram para o aprofundamento dessa alienação anglo-americana em relação ao cenário filológico europeu as turbulências geopolíticas ocasionadas pela Revolução Francesa e pelas guerras napoleônicas – a praticamente inviabilizar os percursos marítimos entre a América e a Europa – e o desprezo aos estudos clássicos no sistema educacional que se seguiria na França tanto sob Napoleão quanto imediatamente após a Restauração.<sup>149</sup>

Desse modo, a recepção dos Antigos pelo direito público norte-americano se daria a partir da matriz filológica tradicional inglesa e da repolitização da Antiguidade que se seguiu à *querelle* na França, e não segundo as diretrizes de Wolf para a *Altertumswissenschaft*.<sup>150</sup>

A França do século XVIII assistiria a um retorno aos Antigos no debate público, em busca de seu sentido político, qualitativamente distinto da busca por modelos pessoais e morais na Antiguidade, que caracterizara o século precedente. Doravante enfatizava-se a discussão da Antiguidade como modelo de ação política, conforme acentuado por Montesquieu (1689-1755), para quem a virtude política reside no amor pela pátria e pela igualdade, e não em algum sentimento moral ou religioso. O próprio Montesquieu, no entanto, rechaçou a tentativa de “retorno” à Antiguidade, assim como o faria Condorcet (1743-1794), que retrucava aos admiradores do modelo espartano que mais havia a aprender voltando-se os olhos para a Inglaterra e mesmo para a América do para a Grécia. Embora Condorcet tenha formado da Grécia juízo geralmente positivo, assinalou a

---

<sup>148</sup> WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), pp. 64-65.

<sup>149</sup> TURNER, pp. 119-120; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), p. 138.

<sup>150</sup> Cf. infra, CAP. 2, 1.

diferença profunda entre aquela civilização e uma nação que se quer moderna, já que os gregos basearam sua experiência política na escravidão e na participação universal dos cidadãos. O governo representativo estava na ordem do dia.<sup>151</sup>

De outra banda, o grupo dos admiradores da Antiguidade como modelo de ação política enfatizava o exemplo espartano. Guillaume-Joseph Saige (1746-1804), advogado do Parlamento de Bordeaux, lança em 1770 o diálogo *Caton ou Entretien sur les libertés et les vertus politiques*; e, cinco anos depois, o panfleto *Catéchisme du citoyen*, anonimamente. Com apoio em Rousseau (1712-1778) e no abade Mably (1709-1785), Saige expõe a legislação espartana de Licurgo como modelo insuperável, único digno de imitação. A forma dialógica de exposição e seu próprio objeto, a revisão de um sistema político diverso do atualmente vigente, concorrem para uma reivindicação do discurso sobre a coisa pública e seus potenciais transformativos, conforme apontado por Rousseau. Este, no entanto, tampouco chegou a propor a Antiguidade como modelo, sempre tendo guardado consciência da distância entre os Antigos e os Modernos, bem como das dificuldades inerentes às dimensões do Estado moderno e da difícil equação entre liberdade e escravidão na democracia antiga, que modernamente se traduzia na escravidão metafórica decorrente do sistema representativo.<sup>152</sup>

A adoção de referenciais da Antiguidade na formação do Estado e do direito público norte-americanos não pode ser entendida como simples alegoria ou busca deliberada de legitimidade em um modelo externo. A prevalente – se não exclusiva – presença da literatura latina no currículo da educação escolar forneceu prestigioso modelo alternativo à reprodução das instituições políticas europeias modernas.<sup>153</sup> Foi o referencial clássico que mediou a recepção norte-americana da moderna literatura política europeia, e não o contrário:

Historians of the American revolution cannot avoid the constant references to republican Rome, and American citations to Livy, Cicero, Sallust and Tacitus, but it has been suggested that these were 'illustrative, not determinative, of thought'. Historical discussion has concentrated on more recent figures, such as Voltaire, Rousseau, Beccaria, Montesquieu, Locke, DeLolme, Grotius, Pufendorf, Burlamaqui and Vattel. These writers were important influences on American constitutional thought, not because they invented a republican Roman sensibility, but because they shared it. Much of the Latin vocabulary of the American revolution seems to echo the European Enlightenment, but the

---

<sup>151</sup> HARTOG, pp. 158-159.

<sup>152</sup> HARTOG, pp. 147-148, 159-161.

<sup>153</sup> SELLERS, M. N. S. **American republicanism: Roman ideology in the United States constitution**. 1<sup>st</sup> ed. Basingstoke: MacMillan, 1994. pp. 22-23.

meaning of these words came to both Americans and to Europeans from their Latin reading as schoolboys. Roman republicanism shaped the language and values of any American who had been to grammar school, just as it shaped the thinking of the Europeans they admired.<sup>154</sup>

Ainda, Sellers:

American schoolboys would have known Cicero's Letters and orations well, and read Vergil and Sallust along with a selection of other Greek and Latin classics. Their earliest training in public speaking required declamations in Latin, and their models were Cicero's *Philippics* and his diatribes *In Catilinam*. Even grown men, such as Joseph Warren, felt their dignity would benefit from donning a toga before mounting the rostrum. When they did speak, Americans used the same Latin vocabulary of 'virtue' and 'corruption' that had dominated the English Commonwealth and late republican Rome. The 'models of Antiquity' were assiduously promoted throughout the colonies long before anyone thought of taking their examples too literally, and the questions of republican governance they raised were widely discussed in universities, before there was any thought of implementing a republic in America.

When Americans did come to construct a new government for themselves, in the wake of their victory over Britain, they naturally turned to the familiar Roman republic for inspiration, but also for a warning. Benjamin Rush articulated the basic republican conception of popular sovereignty, according to which 'all power' was 'derived *from* the people', but never rested *in* them, or was carefully circumscribed when it did. Excessive democracy led to Caesar's victory in Rome, and Americans such as 'Sidney' considered it essential that republics maintain strong senates. 'Harrington' added that 'liberty' required 'mixed' and 'balanced' government to avoid 'Caesars', 'Cromwells', and 'corruption'. The vices to be guarded against were the 'ambition' and 'avarice' of the senate and people, which had ruined Rome. The solution was to balance ambition against ambition, so that the republic would be protected against demagogues, even when public 'virtue' was wanting in its leaders.<sup>155</sup>

Como se vê, o modelo de tripartição dos poderes inscrito na Constituição dos Estados Unidos de 1787 espelha-se no equilíbrio romano entre o princípio monárquico (o Consulado), o princípio aristocrático (o Senado) e o princípio democrático (o povo). Do mesmo modo, a narrativa do fracasso da república romana, tendo a preponderância desmedida do Senado como causa da ascensão de demagogos como César e do fim da república sob Augusto, inspirou as discussões dos constituintes estadunidenses acerca de se definir se o poder *se situa no povo* ou *se emana do povo*, vencendo a segunda redação, a fim de se evitar o excesso de poder popular. A compreensão norte-americana da república romana era mediada pela leitura de Políbio, cuja obra, que descreve a constituição romana para os gregos, estava disponível em quatro edições recentes em inglês, ao tempo da independência.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> SELLERS, pp. 20-21.

<sup>155</sup> SELLERS, p. 28.

<sup>156</sup> SELLERS, pp. 5-6, 24, 46.

Todos os atores envolvidos no debate constitucional da república americana moderna valiam-se de referências clássicas. Se John Adams (1735-1826) defendeu o bicameralismo, não faltou quem enxergasse em sua proposta de criação de um Senado tendências aristocráticas, manifestando o temor de que a América, “assim como Atenas e Roma”, veria as massas serem reduzidas à escravidão pela opressão dos ricos. O equilíbrio de poder era visto como chave para a manutenção da liberdade.<sup>157</sup>

O problema da liberdade é, no dizer de Hartog, o foco da última grande querela entre os Antigos e os Modernos: a Revolução Francesa. Jacobinos evocavam o exemplo espartano; liberais termidorianos os acusavam de se espelhar em uma falsa imagem da Antiguidade, antes despótica do que democrática.<sup>158</sup>

Por mais que a função modelar do clássico tenha sido denunciada por Montesquieu, por Rousseau, e pelos termidorianos, é difícil livrar-se dos referenciais formativos da Antiguidade:

O poder da literalização mostra-se até mesmo na política. Os atores dos grandes acontecimentos revolucionários apresentam-se a si mesmos e ao público culto como atores em papéis que já se conhecia da literatura antiga. A formação clássica favorece uma experiência de *dejá vu* de caráter próprio. César, Cícero e Brutus reaparecem com vestimenta histórica. Brutus, por exemplo, é representado agora por uma mulher na banheira: Charlotte Corday (a suave fanática da Normandia) que, em 1793, apunhalou Marat – que gostava de imitar Graco. Klopstock, Wieland e outros relatam o fato: um tiranicídio como se lê nos livros.<sup>159</sup>

A produtividade da cultura clássica para os ideais revolucionários pode ser explicada a partir da evocação da figura do legislador antigo – especialmente Licurgo – e da instauração da república romana por meio da derrubada dos reis. O que se buscava nos clássicos era o testemunho dos momentos de ruptura. Não de rupturas caóticas e desordenadas, mas de rupturas conduzidas pela figura genial e paternalista do reformador.<sup>160</sup> Buscava-se na evocação do passado clássico não a imitação, no sentido de reprodução do *modelo*, mas a atualização, enquanto retomada daquele *processo de modelagem* exercido pelo legislador.

Caberia a Benjamin Constant (1767-1830) diferenciar a liberdade antiga e a moderna. Esta seria caracterizada como liberdade civil, de natureza individual. Aquela,

---

<sup>157</sup> SELLERS, pp. 25-26.

<sup>158</sup> HARTOG, p. 142.

<sup>159</sup> SAFRANSKI, Rüdiger. **Romantismo: uma questão alemã**. 2ª ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2010. p. 50.

<sup>160</sup> HARTOG, p. 144.

pela participação coletiva dos cidadãos no exercício da soberania. Qualitativamente distintas, as duas acepções de liberdade não podem ser enquadradas em uma mesma linearidade de ideias. Contra Rousseau, entende a representação política como uma especificidade moderna positiva, própria da acepção de liberdade que lhe é característica. O mérito dos gregos, por estarem eles próprios nos primórdios da história, reside em sua capacidade de construção de instituições sem dispor de modelos que pudessem imitar, senão a própria natureza.<sup>161</sup>

Se com Constant tem lugar um esvaziamento do significado político do mundo grego, isso diz respeito a um momento de diástole na constante alternância entre adoção e abandono do referencial da Antiguidade como *tópos* político. Esse revezamento entre tendências nem sempre se dá de forma estanque, comportando momentos de conflito e de embaralhamento, conforme assinalado por Hartog:

Respondendo em primeiro lugar a uma questão política e colocando-se no terreno político, o modelo de Constant conduziu, todavia, a uma *despolitização* durável dos antigos. Com ele encerrou-se uma fase, inaugurada no século XVIII, que produzira uma *repolitização* dos antigos, culminando nos anos que precederam a Revolução. Na sua luta contra o absolutismo, o século XVIII trouxera os antigos do terreno da moral, no qual a época clássica os havia instalado, para o da política. Isso naturalmente não significa que a Querela, inaugurada por Charles Perrault, não tivesse implicações políticas: louvar o presente e seu monarca, superior aos modelos antigos e, nesse sentido, inimitável. Mas os próprios antigos, em si, só eram postos em questão no terreno das artes e dos saberes, ou evocados no âmbito da educação moral e do gosto, como os que forneciam aos jovens modelos a seguir (ou a evitar). Uma certa repolitização tornaria a acontecer na França apenas com a Terceira República, por meio da tese do ‘milagre grego’. Estético a princípio, este se politizou a ponto de designar quase exclusivamente a democracia ateniense, com a qual se foi levado a identificar-se tanto mais de bom grado quanto se via surgir, na outra margem do Reno, o que não cabe chamar senão de uma ‘nova Esparta’.<sup>162</sup>

A mais recente sístole no movimento de politização da Antiguidade pelos modernos seria, escreve Hartog, o pensamento de Hannah Arendt, que se apoia nos testemunhos de Aristóteles e na oração fúnebre de Péricles para retomar o tema da participação política na *pólis* como forma de estabelecer o contraponto à experiência dos regimes totalitários.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> HARTOG, pp. 145-149.

<sup>162</sup> HARTOG, pp. 152-153.

<sup>163</sup> HARTOG, p. 153.



## Capítulo 2

# DIREITO E FILOLOGIA: DUAS ARENAS DO PROJETO NACIONAL ALEMÃO NO SÉCULO XIX

**JERRY PROKOSCH:** “*The Odyssey*” needs a German director! Anybody knows that a German, Schliemann, discovered Troy.

JEAN-LUC GODARD, *Le mépris* (1963)

### 1 A nacionalidade alemã como problema filológico

A experiência da modernidade e a invenção da nacionalidade são problemas que se dão de forma concomitante na sociedade alemã, de modo a constituir categorias intimamente relacionadas na produção cultural, cuja metabolização do que venha a ser a “germanidade” passa por uma consideração da posição desse “ser alemão” face às possibilidades do modernismo.

Evidentemente, o estudo da Antiguidade greco-romana foi afetado pelas implicações sociopolíticas do cenário cultural alemão.

Com a publicação de sua *História da arte da Antiguidade* (1764), Johann Joachim Winckelmann foi responsável por um deslocamento no eixo dos estudos clássicos na Alemanha, por duas razões. A uma, por enfatizar o estudo da cultura grega, em um tempo em que o referencial romano era predominante entre os alemães. A duas, por preconizar o estudo *total* da obra de arte, isto é, a busca de compreensão do artefato, não por si, isoladamente, mas em conexão com seu contexto. O forte neo-helenismo fomentado por Winckelmann e imaginativamente estimulado pela arqueologia nascente, vindo a ser

descrito pela posteridade como “a tirania da Grécia sobre a Alemanha”, explica-se como uma reação à estética barroca, então em declínio, e ao formalismo iluminista.<sup>164</sup>

Christian Gottlob Heyne (1729-1812), classicista em Göttingen, levaria tal tirania a assumir contornos de verdadeira “grecomania”, seja pela condição do autor como uma estrela acadêmica ascendente, seja por sua contribuição por levar o estudo totalizante defendido por Winckelmann ao seu próximo passo, recusando-se a estudar obras de arte e textos da Antiguidade como objetos estanques, mas, sim, enquanto manifestações conexas. Esse método seria transmitido por Heyne a seu discípulo, Friedrich August Wolf, que formalizou essa erudição holística sobre a Antiguidade como disciplina acadêmica autônoma, ao nomeá-la como *Altertumswissenschaft*.<sup>165</sup>

Essa identificação com a Antiguidade grega por parte de muitos eruditos alemães, desde Goethe e Winckelmann, operou ainda, de certa forma, como uma espécie de sucedâneo estético da religiosidade cristã perdida ou abandonada por aquelas gerações de intelectuais. Nessa ordem de ideias, o advento da *Altertumswissenschaft* pode ser compreendido como uma liberação da filologia da tutela cristã. Como temos visto, a erudição religiosa foi responsável pela conservação de uma massa significativa de textos da Antiguidade. Ao mesmo tempo, porém, administrou a interpretação deste legado, senão reduzindo a narrativa pagã à categoria literária do mito, ao menos adaptando os sentidos textuais greco-romanos à verdade cristã,<sup>166</sup> cujo caso célebre é a identificação do menino das *Bucólicas* de Virgílio com Jesus.<sup>167</sup> Em suma, a *Altertumswissenschaft*, no dizer de Turner, restaurou aos autores pagãos sua integridade.<sup>168</sup>

---

<sup>164</sup> TURNER, pp. 117-118; LLOYD-JONES, Hugh. Introduction. In: WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, Ulrich von. **History of classical scholarship**. 1<sup>st</sup>. ed. Baltimore: Johns Hopkins University, 1982. p. ix.

<sup>165</sup> TURNER, pp. 118-119.

<sup>166</sup> Cf. supra, **Cap. 1**, 1.

<sup>167</sup> Lê-se em VIRGÍLIO, *Bucólicas*, IV (vv.4-30), segundo a tradução de Raimundo Carvalho: “Eis a última era anunciada em Cumas; / Nasce agora uma grande ordem de novos séculos. / Já a Virgem retorna, e o reino de Saturno; / já nova geração vem vindo do alto céu. / E do menino, sob o qual, raça de ferro / sumindo, surgirá uma de ouro no mundo, / casta Lucina, cuida: o teu Apolo reina. / Sendo cônsul virá um tempo glorioso, / grandes meses virão, Pólio, sob teu poder. / Se resta ainda algum traço de nossos crimes, / extinto, livrará, do eterno medo, a terra. / Terá vida de deus, heróis perto dos deuses / ele próprio verá, será visto entre eles / e herdará de seus pais um mundo só de paz. / Primeiro, a ti, menino, estes dons sem cultivo / a terra ofertará: hera errante com nardo / e inhame entrelaçado ao acanto ridente. / Cabras virão, por si, com as tetas repletas / e o gado temerá jamais grandes leões; / com brandas flores teu próprio berço farás. / Morrerá a serpente e erva venenosa / morrerá; nascerá em tudo amomo assírio. / Assim, quando o louvor de heróis e de teu pai / puderes ler, sabendo o que seja a virtude, / espigas novas hão de dourar a campina / e a uva penderá rubra do espinho inulto / e o tão duro carvalho orvalho-mel dará”. Prossegue a écloga com diversas referências a divindades pagãs, concluindo-se que mesmo a Arcádia constataria ser o cantar dos feitos do menino pelo poeta superior em arte poética ao próprio Pã (vv. 55-59), o que nos remete à lenda segundo a qual ouviu-se na Arcádia o grito de lamento de Pã a marcar a queda dos deuses pagãos por ocasião do nascimento de Cristo

Ainda que tenha se mantido a atividade de crítica textual, a filologia sob a *Altertumswissenschaft* expandiu suas ferramentas, passando a se valer das abordagens e resultados de áreas do saber não voltadas à análise textual, adotando viés historicista. A nova tendência filológica abrangente teve como principais representantes Barthold Georg Niebuhr (1776-1831) e August Boeckh (1785-1867), estudiosos da cultura romana e grega, respectivamente. O pioneirismo de Niebuhr e Boeckh na inclusão de evidência epigráfica em seus estudos dá mostra do projeto holístico da *Altertumswissenschaft*. A ênfase no estudo da *cultura* como elemento aglutinador das forças espirituais de um povo coaduna-se com a inexistência de unidade política no território alemão, o que teria sido admitido, ao menos implicitamente, por Boeckh, que estudou, ainda, o direito ateniense, com a colaboração de dois de seus discípulos, M.H.E. Meier (1796-1855) e G.F. Schömann (1793-1879).<sup>169</sup>

A noção de *Kultur*, nomeada em alemão a partir do empréstimo tomado ao francês no século XVII, não reteve a abrangência de sentidos de *culture*, aplicável ao mesmo tempo à criação e cultivo no campo artístico-intelectual e às obras de orientação técnica. Enquanto o termo francês apresenta sentido complementar em relação a *civilisation*, o alemão promove a distinção entre *Kultur*, como o âmbito das obras do espírito ou do intelecto, e *Zivilisation*, como o espaço da organização política e social. Tal se reflete na oposição entre *Geist*, “espírito”, e *Macht*, “poder”. O debate cultural na Alemanha esteve marcado, ao longo dos séculos XIX e XX, pela disputa em torno da posição (de oposição, de subordinação, de composição etc.) do *Geist* frente ao *Macht*.<sup>170</sup>

De um lado, a influência do modelo francês levou os inúmeros Estados alemães de todas as dimensões a patrocinar atividades artísticas, cujo desenvolvimento, para o bem ou para o mal, passou a estar atrelado ao projeto dos diversos governantes locais – Richard Wagner (1813-1883) viria a ser, por grande parte de sua vida, exemplar algo tardio dessa prática. De outro lado, o malogro das aspirações revolucionárias burguesas de 1848 enfraqueceu as pretensões das classes médias por reformas políticas, empurrando-as à adoção de concepções nacionalistas, a fim de se afirmarem como

---

(cf. BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e heróis**. S. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, s. d. pp. 204-205).

<sup>168</sup> TURNER, pp. 168-169.

<sup>169</sup> TURNER, pp. 169-170; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), pp. 118-122.

<sup>170</sup> KOLINSKY, Eva; VAN DER WILL, Wilfried. In search of German culture: an introduction. In: KOLINSKY, Eva. VAN DER WILL, Wilfried. (orgs.). **The Cambridge companion to modern German culture**. S. ed. Cambridge: Cambridge University, 1998. pp. 2-3.

constituintes de uma nação alemã de iguais. Nesse sentido, a *Kultur* se mostra como o campo em que seria possível à burguesia igualar-se e mesmo superar a proeminência da aristocracia, a partir dos méritos do indivíduo, e resguardar sua posição social precária em vista das reivindicações do proletariado e da ascensão social de minorias, como os judeus.<sup>171</sup>

A filologia, sob o paradigma da *Altertumswissenschaft*, ambicionou abarcar considerável diversidade de objetos. Manteve, contudo, identidade de método em todas as suas frentes, de modo a diferenciá-la do outro grande modelo científico do século XIX, a ciência natural newtoniana. A filologia entendeu a história como a chave interpretativa dos fenômenos de que se ocupou, buscando-se a compreensão histórica das origens dos textos e dos idiomas. Ademais, compreendeu a pesquisa histórica como essencialmente comparativa – o conhecimento avançava com base na confrontação de versões textuais, aspectos linguísticos etc. – e genealógica – por sua busca das origens dos fenômenos a partir da identificação de formas ancestrais e da determinação do encadeamento entre tais formas.<sup>172</sup>

Enquanto Friedrich Schiller (1759-1805), em 1789, ainda respondia à pergunta sobre a finalidade do estudo da história universal com recurso ao princípio teleológico geral que permitiria a compreensão do desenvolvimento histórico da humanidade, Wilhelm von Humboldt (1767-1835) sustentou a importância da busca das manifestações da ideia de individualidade nacional. Ao se valer da perspectiva de Humboldt para desenvolver, entre 1835 e 1842, o primeiro e único tratado historiográfico escrito por um filólogo, Georg Gottfried Gervinus (1805-1871) concluiu ser o dever do historiador da literatura encontrar “aquela ideia fundamental que atravessa a própria série de acontecimentos que ele tomou por assunto, neles manifestando-se e conectando-os aos acontecimentos do mundo”. Assim, caberia aos historiadores da literatura alemã demonstrar a maneira pela qual “a direção sensata na qual os gregos haviam colocado a humanidade – direção esta para a qual, em função de sua peculiaridade, os alemães sempre tenderam – foi conscientemente retomada por estes”. Esfacela-se um projeto filosófico de esclarecimento universal em favor da

---

<sup>171</sup> KOLINSKY; VAN DER WILL, pp. 3-5.

<sup>172</sup> TURNER, p. x.

exaltação dos particularismos nacionais que fundamentaria a ideia de uma aptidão atávica dos alemães à sucessão dos gregos.<sup>173</sup>

A pretensão de atualização política da Antiguidade na Alemanha contemporânea contrasta com a atitude politicamente vacilante dos franceses frente ao referencial clássico. Ao mesmo tempo, se os alemães queriam ser gregos, a perfeição de seu projeto político demandaria deles a aspiração a ser, também, romanos. Sobre esses dois aspectos, diz Hartog:

Numa visão plutarqueana do mundo antigo, costumava-se falar, na França, dos ‘antigos’ para designar indistintamente os gregos e os romanos. O paralelo reunira-os outrora, e assim eles permaneciam. **Na Alemanha, as coisas foram mais complexas: de J.-J. Winckelmann a Nietzsche e até Heidegger, quis-se ser grego antes de tudo, mais que tudo. Mas os romanos tinham também o seu lugar; que se considerem as Lições sobre a filosofia da história, de Hegel, ou o monumento que é a História romana, de Mommsen. Não foram eles os inventores do direito e do Estado? Não se podia portanto esquecer Roma, sobretudo enquanto se desejasse conseguir aquilo que os gregos não ‘souberam’ fazer: um Estado nacional.** Um modelo de dois termos, como o das duas liberdades, já por essa razão não podia ser operatório.

Mas sobretudo, na perspectiva francesa, marcada pela Revolução, a imitação da Antiguidade, vista apenas como cópia forçada, foi negativamente marcada como obstáculo à ação ou, mais grave, como seu desvio. A imitação provém de uma confusão e é, ela mesma, produtora de ilusão, clamaram os termidorianos, até que a ideia de que os jacobinos efetivamente quiseram regenerar a França transformando-a numa república antiga, ou numa nova república da Antiguidade, tornou-se um lugar-comum retomado por todo o século XIX, à espera de que a moderna historiografia da Revolução, empenhada em outras batalhas, se desinteressasse da questão. **Os alemães, por sua vez, basearam sua relação com os antigos numa definição positiva da imitação como imitação criadora, redescobrimo ou retomando o sentido do latim *aemulatio* e do grego *dzêlos*. Testemunha-o a fórmula tão conhecida e, à primeira vista, surpreendente de Winckelmann, falando da arte: “O único meio para [nós alemães] nos tornarmos grandes e, se possível, inimitáveis, é imitarmos os antigos”. No mesmo sentido iam as concepções de G. de Humboldt sobre a imitação, que não consistiria nem em copiar nem em repetir os gregos, mas em “fazer como” (*nachbilden*). Em fazer hoje não o que eles fizeram ontem, mas como eles fizeram, sabendo pertinentemente que o antigo mundo grego era “essa flor brilhante”, mas “passageira”, que não poderia reflorir tal qual.** Na França, porém, a Revolução e seus ‘maus’ usos da Antiguidade, estigmatizados para condenar, mas também para explicar o que se passara, haviam bloqueado o caminho da imitação criadora e imposto outro modelo da ruptura (variante crítica daquele, mais geral, que a Revolução quisera instaurar?): o da liberdade dos antigos e o da liberdade dos modernos. Entre as duas, um hiato, ou melhor, um abismo, que não mais se deveria tentar superar [grifos nossos].<sup>174</sup>

Todos os grandes monumentos resultantes da ambição de se escrever a história de cada literatura nacional datam do século XIX. Ao tempo de Gervinus, esse tipo de empreendimento era tido como o apogeu de uma carreira filológica, constituindo a

---

<sup>173</sup> JAUSS, pp. 9-10.

<sup>174</sup> HARTOG, pp. 151-152.

principal aspiração de um historiador da literatura a demonstração da ideia da concretização em curso da individualidade nacional por intermédio da história sucessiva de sua produção literária. Concorreu para a afirmação das ambições filológicas de cunho nacionalista o ataque promovido pelo historicismo à ideia de uma filosofia da história que buscara compreender a marcha dos acontecimentos teleologicamente. Se a história não pode se apresentar de antemão ao intérprete em sua totalidade, o ideal da história universal torna-se problemático. Em consequência, a investigação filológico-literária concentra-se em séries acabadas de eventos, o que, no caso das histórias nacionais, convencionou-se reconhecer na concretização da unificação estatal e no apogeu de um modelo literário clássico nacional.<sup>175</sup>

Se até o início do século XIX vigorara o entendimento, moldado no Renascimento, segundo o qual os diversos períodos históricos distinguir-se-iam por seus diferentes graus de esclarecimento, dentro de uma escala evolutiva geral e unidirecional de intelecto, liberdade e bem-estar, tem-se, desde então, uma alteração qualitativa na concepção da condição histórica da cultura humana. O advento de novas disciplinas e teorias científicas no decorrer do século XIX, especialmente nos campos histórico, econômico, biológico e psicológico, traria novas perspectivas sobre o ser humano, com consequências para a filologia e para a teoria jurídica. Nesse novo enquadramento, o historicismo nutriu-se da noção de que as pessoas das diferentes épocas e lugares apresentavam distinções profundas entre si, moldadas pelo contexto histórico em que se encontravam inseridas, em cada caso.<sup>176</sup>

Desse modo, a unidade do gênero humano não se daria no reconhecimento de uma mesma condição nos elos de um monocórdio evolutivo, mas como uma unidade na diversidade, reconhecível na compreensão ampla da totalidade das épocas e culturas. Enquanto a concepção evolutiva renascentista condicionava uma visão de cada momento histórico como uma etapa incompleta de um progresso mecânico linear, o novo historicismo permitiu reconhecer, em cada contexto, desdobramentos complexos ou – valendo-se da terminologia então em voga – “orgânicos”.

Foi Herder (1744-1803), o inaugurador do romantismo alemão, quem intuiu, diante da impossibilidade de definição de um sentido prévio da história, que a realização

---

<sup>175</sup> JAUSS, p. 5, 10-11.

<sup>176</sup> COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. S. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. pp. 63-64.

da humanidade se torna um processo aberto, um grande experimento do mundo. Nesse particular ele conscientemente contrapôs os novos tempos à concepção francesa do presente a partir da idealização do passado: “A raça humana, em todas as épocas, mas em cada uma de forma distinta, tem a felicidade como soma; nós, na nossa, nos distraímos, quando elogiamos o tempo de Rousseau, que não existe mais, e que nunca existiu”.<sup>177</sup>

Mas o entendimento compartimentado da história em momentos estanques explicáveis em sua peculiaridade acarretou a perda de sentido de totalidade sustentada pela ideia de uma teleologia da história universal, típica do Renascimento e do Iluminismo. Como consequência, a perda do fio da meada histórica fomentaria uma busca de explicações de ordem causal, confinadas às fronteiras de cada tempo, aproximando-se do esquema explicativo das ciências naturais que levaria ao positivismo e ao reforço do paradigma da influência.<sup>178</sup>

No plano filológico, Wilamowitz pode ser definido sinteticamente como um continuador da *Altertumswissenschaft* inaugurada por Wolf a partir da perspectiva de Winckelmann, por sustentar o estudo da Antiguidade em sua integralidade, rechaçando a viabilidade de uma filologia que não se valesse da arqueologia e da história da arte. Embora sustente o caráter de ciência de síntese da *Altertumswissenschaft*, sob a qual se enfeixam diversas disciplinas, é patente a precedência conferida por Wilamowitz à história. Tal destaque é atualmente considerado problemático, por ter o levado a reduzir diversas características dos autores clássicos, sejam elas idiossincráticas ou compartilhadas com outros nomes de cada período estético, a manifestações de um desenvolvimento histórico geral.<sup>179</sup>

A nosso ver, essa dificuldade em considerar aspectos sincrônicos em seu estudo histórico denuncia certa deficiência em se cumprir o alardeado projeto de articulação de diversas áreas do saber com foco numa reconstrução total da Antiguidade, decorrente de um estudo exclusivamente pautado pela análise cronológica sucessiva das fontes literárias primárias, evidenciando-se a já apontada ênfase histórica da nova filologia clássica alemã.

---

<sup>177</sup> SAFRANSKI, p. 27.

<sup>178</sup> JAUSS, pp. 11-13.

<sup>179</sup> LLOYD-JONES, pp. vii-viii, xvii.

Uma dificuldade adicional decorre da atribuição por Winckelmann de um caráter de “nobre simplicidade e serena grandeza” aos produtos da arte grega, ideia que será ultrapassada por Nietzsche, ao relacionar a serenidade ao aspecto mais profundo representado pelo dionisíaco – o que não teria sido alcançado por Winckelmann, Goethe ou Schiller – com consequências para o sucesso da emulação alemã da cultura helênica.<sup>180</sup>

Não por acaso Nietzsche exaltou a música de Richard Wagner (1813-1883). Para o filósofo, a música wagneriana é singular, em contraste com a concepção ingênua e idílica da simplicidade bondosa de uma existência meridiana dos gregos antigos, que se teria espalhado para a representação artística, inclusive a ópera, conforme sua crítica no parágrafo 19 de *O nascimento da tragédia*:

O homem culto da Renascença deixava-se reconduzir, por sua imitação operística da tragédia grega, a semelhante consonância de natureza e ideal, a uma realidade idílica; utilizava essa tragédia, como Dante utilizou Virgílio, para ser guiado até as portas do Paraíso: enquanto, a partir daí, ele segue adiante por si mesmo e passa de uma imitação da suprema forma grega de arte a uma “restituição de todas as coisas”, a uma reprodução do protomundo artístico do ser humano. Que confiante bondade de coração é a dessas arrojadas aspirações, no seio da cultura teórica! – a explicar-se unicamente pela crença consoladora de que “o homem em si” é o herói operístico eternamente virtuoso, o pastor eternamente a tocar flauta ou a cantar, de que no fim há de sempre reencontrar-se a si mesmo como tal, caso tenha alguma vez efetivamente perdido a si mesmo, algures, por algum tempo, fruto único daquele otimismo que se eleva aqui, qual uma coluna de perfume docemente sedutor, das profundezas da consideração socrática do mundo.

Sobre os traços marcantes da ópera não se estende, portanto, de modo algum, aquela dor elegíaca de uma perda eterna, mas antes a serenojovialidade do eterno reencontrar, o cômodo prazer de um mundo idílico afetivo, o qual se pode imaginar a cada momento como efetivamente real: a cuja vista alguma vez se pressente, quiçá, que essa pretensa realidade não é senão um néscio brincar fantástico, a que todo homem capaz de medi-lo com a terrível seriedade da verdadeira natureza e compará-lo com as autênticas cenas primevas dos primórdios da humanidade deveria bradar com asco: Fora com o fantasma! Não obstante, enganar-nos-íamos se acreditássemos que seria possível, simplesmente com um grito enérgico, afugentar, como a um espectro, semelhante ser de brincadeira, que é a ópera. Quem quiser aniquilar a ópera terá de empreender a luta contra aquela serenojovialidade alexandrina que nela se expressa tão ingenuamente acerca de sua ideia favorita, sim, cuja autêntica forma de arte ela é.<sup>181</sup>

A redefinição nietzschiana do problema da cultura grega é largamente influenciada pela visão de Jakob Burckhardt (1818-1897), que visa desconstruir a imagem inocente da Grécia formulada pelo hegelianismo. Inocente porque estática, ao conceber a Grécia como berço da democracia e de uma cultura proto-iluminista, início já plenamente

<sup>180</sup> MACHADO, Roberto. Introdução: Arte, ciência, filosofia. In: MACHADO, Roberto (org.). **Nietzsche e a polêmica sobre o nascimento da tragédia**. S. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. pp. 33-34.

<sup>181</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo**. S. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. pp. 114-115.



maduro da cultura europeia. Em lugar disso, Burckhardt descreve a cultura grega em termos muito mais sombrios, a partir do jogo de forças entre tendências construtivas e destrutivas, tirânicas e libertadoras, que encontram na criação da *pólis* seu lócus definitivo de expressão. A concepção de Burckhardt é, portanto, um antecedente imediato das incursões originais de Nietzsche sobre a crítica da visão “clássica” dos gregos e suas consequências políticas e éticas.<sup>182</sup>

Nesse sentido, o parágrafo 20 de *O nascimento da tragédia*:

Conviria que alguma vez se pesasse, diante dos olhos de um juiz insubornável, em que tempo e em que homens o espírito alemão se esforçou mais vigorosamente por aprender dos gregos; e se admitirmos com confiança que esse louvor único deveria ser atribuído à nobilíssima luta de Goethe, Schiller e Winckelmann pela cultura, haveria em todo caso que acrescentar que, desde aquele tempo e depois das influências imediatas daquela luta, tornou-se cada vez mais fraca, de maneira incompreensível, a aspiração de chegar por uma mesma via à cultura e aos gregos. Para não precisarmos duvidar inteiramente do espírito alemão, não deveríamos extrair daí a conclusão de que, em algum ponto capital, tampouco aqueles lutadores conseguiram penetrar no âmago do ser helênico nem estabelecer uma duradoura união amorosa entre a cultura alemã e a helênica? – Tanto é assim que talvez um reconhecimento inconsciente dessa falta teria suscitado também em naturezas mais sérias a pusilânime dúvida de saber se elas, após tais predecessores, chegariam mais longe do que estes no referido caminho da cultura e se chegariam realmente à meta. Destarte, vemos, desde aquele tempo, degenerar da mais perigosa forma o juízo sobre o valor dos gregos para a cultura; a expressão de uma compadecida superioridade faz-se ouvir nos mais diversos acampamentos do espírito e do não-espírito; em outras partes, uma retórica totalmente ineficaz brinca com a “harmonia grega”, a “beleza grega”, a “serenojovialidade grega”. E precisamente nos círculos cuja dignidade poderia consistir em tirar água sem descanso do leito do rio grego para a salvação da cultura alemã, no círculo dos professores das instituições superiores da cultura, é onde melhor se aprendeu a ajeitar-se rápida e comodamente com os gregos, indo-se não raro até uma renúncia cética dos ideais helênicos e até uma completa inversão do verdadeiro propósito de todos os estudos sobre a Antiguidade. Quem naqueles círculos não se exauriu por completo no afã de ser um revisor confiável de velhos textos ou um microscopista histórico-natural da linguagem, este talvez procure apropriar-se “historicamente”, ao lado de outras Antiguidades, também da Antiguidade grega, mas sempre segundo o método e com os ares de superioridade de nossa atual historiografia culta. Se, por conseguinte, a autêntica força educativa das instituições superiores de ensino nunca foi, a bem dizer, mais baixa e débil do que no presente, se o “jornalista”, o escravo de papel do dia, levou de vencida, em tudo o que se refere à cultura, o professor de ensino superior, e a este último não resta senão a metamorfose, tantas vezes já experimentada, de agora movimentar-se também conforme o estilo do jornalista, com a “leve elegância” dessa esfera, qual mariposa serenojovial e culta – com que penosa perturbação semelhantes homens cultos de um tal presente deverão fitar esse fenômeno, a ressurreição do espírito dionisíaco e o renascimento da tragédia, que só se poderia compreender por analogia, a partir do fundamento mais profundo do até qui incompreendido gênio helênico?<sup>183</sup>

<sup>182</sup> SCHMIDT, Dennis J. *On Germans and other Greeks: tragedy and ethical life*. S. ed. Bloomington: Indiana University, 2001. p. 192.

<sup>183</sup> NIETZSCHE (2007a), pp. 118-119.

Neste ponto se vislumbra, a partir do ataque a uma erudição acadêmica alheada da compreensão da arte, que a crítica nietzschiana da perspectiva idílica atinge não apenas as formas artísticas contemporâneas e seus cultores, mas também o próprio ofício filológico e seus cientistas profissionais, expressando uma espécie de metalinguagem sobre o fazer filológico que o põe sob enquadramento igual ou muito próximo das demais expressões humanas atacadas com a crítica ao socratismo estético.

Pode-se dizer que a crítica de Nietzsche à situação da filologia clássica em seu tempo abarca duas vertentes: a crítica do estilo e a crítica do estatuto teórico.

Pelo menos desde 1867, quando ainda era estudante de filologia em Leipzig, Nietzsche, tendo constatado a deficiência de sua escrita, passou a buscar alguma forma de redigir seus textos que fosse diferente do que identificava como o estilo corrente nos estudos filológicos. Esse esforço se deu por duas vias. Primeiramente, pelo cultivo de uma exposição rigorosa, mas também agradável e elegante, que transparecesse, conforme explicou o próprio filósofo, “a leveza de uma improvisação musical”, recusando a gravidade e o pedantismo característicos da tradição filológica. Em segundo lugar, objetivou criar um estilo capaz de enquadrar os eventos filológicos em um horizonte mais abrangente, rechaçando a estrita e estreita análise fragmentária de textos isolados, de modo a tornar a perspectiva filológica um composto de materiais decorrentes dos mais variados pontos de vista, produzindo-se uma abordagem mais elevada, extrapolando-se o escopo do comentário textual *pari passu*.<sup>184</sup> Não por acaso, o estilo empregado por Nietzsche no conjunto de sua obra, marcada pela vitalidade rapsódica e a provocação imagética, viria a impactar a expressão poética alemã posterior.<sup>185</sup>

Ainda mais decisiva do que o problema do estilo, embora a ele diretamente relacionada, é a discussão nietzschiana sobre a autonomia científica da filologia. Para Nietzsche, a filosofia possibilita a crítica da filologia, que deve ser englobada pela perspectiva filosófica a fim de se chegar a uma compreensão de mundo abrangente. Portanto, a filologia deveria figurar como uma ciência auxiliar do fazer filosófico. A preocupação com a perda de visão de conjunto pela filologia já ocorria em Winckelmann e

---

<sup>184</sup> MACHADO, p. 13.

<sup>185</sup> LEEDER, Karen. Modern German poetry. In: KOLINSKY, Eva. VAN DER WILL, Wilfried. (orgs.). **The Cambridge companion to modern German culture**. S. ed. Cambridge: Cambridge University, 1998. p. 194.

em Schiller; e fora expressada por Nietzsche em sua conferência inaugural na Basileia, *Homero e a filologia clássica*.<sup>186</sup>

Assim, veja-se o início *ex abrupto* da conferência referida, que também ataca a concepção do “clássico” ligada à Antiguidade grega, antecipando, de certa forma, a estética da recepção:

Sobre a filologia clássica não há em nossos dias uma opinião uniforme e clara que possa ser reconhecida publicamente. Isso se faz sentir tanto nos círculos eruditos como em meio aos mais jovens daquela ciência mesma. A causa [disso] reside em seu caráter multifacetado, na falta de unidade conceitual, no estado **inorgânico** de agregação das diversas atividades científicas que estão coligadas apenas pelo nome “filologia”. Numa palavra: deve-se confessar honestamente que a filologia é de certo modo emprestada de outras ciências e fermentada como uma poção mágica a partir de sucos, metais e ossos dos mais estranhos; e inclusive que ela ainda resguarda em si um elemento artístico imperativo no terreno estético e ético, o qual está em duvidoso conflito com sua gesticulação puramente científica. A filologia é tanto um pouco de história quanto um pouco de ciência natural e de estética: história, na medida em que quer compreender as manifestações de determinadas nações [Volksindividualitäten] em quadros sempre novos, a lei imperante na fugacidade dos fenômenos; ciência natural, enquanto pretende indagar o instinto mais profundo do ser humano, o instinto lingüístico; e finalmente, estética, **porque a partir de uma série de antigüidades erige a chamada “Antigüidade Clássica”, com a pretensão e o propósito de desenterrar dos escombros um mundo ideal e confrontar à atualidade o espelho do clássico e eternamente exemplar**. Que estes impulsos [Triebe] inteiramente diversos, o científico e o estético, foram-se reunindo sob um nome comum, sob uma espécie de monarquia fictícia, torna-se claro; sobretudo pelo fato de que segundo sua origem **a filologia foi em todas as épocas simultaneamente uma pedagogia. Sob a perspectiva pedagógica dispôs-se uma seleção dos elementos mais dignos de aprendizado e mais instigantes para a cultura, e assim aquela ciência, ou pelo menos aquela tendência científica que chamamos filologia, desenvolveu-se a partir de uma profissão prática, sob a pressão da necessidade** [grifos nossos].<sup>187</sup>

A arte, de um modo geral, é consequência e arena do embate entre as pulsões apolínea e dionisíaca. A tragédia, em particular, é simplesmente a forma artística mais acabada nesse sentido, à qual todas as demais artes aspiram. Portanto, ao lado da análise do fenômeno histórico da arte grega, há na obra de Nietzsche a formulação de um contraste entre aquela e as formas artísticas contemporâneas, que trazem à consideração do problema implicações políticas e éticas. Nenhuma expressão artística posterior à tragédia, especialmente após a ascensão do cristianismo, teve a coragem de confrontar a sabedoria trágica. Por essa razão, se Hegel (1770-1831) já havia afirmado a existência de tais implicações ético-políticas na discussão da tragédia, Nietzsche inverterá os sinais da relação, ao descrever o percurso da cultura europeia como uma trajetória de franca

<sup>186</sup> MACHADO, p. 14.

<sup>187</sup> NIETZSCHE, Friedrich. Homero e a filologia clássica. In: **Princípios**. Natal, vol. 13, n<sup>os</sup>. 19/20, jan-dez. 2006. pp. 179-180.

decadência – o que nos chama a atenção por se reinserir no trilho do discurso rousseauiano de decadência histórica rechaçado, conforme visto, pelas tendências em ascensão no pensamento alemão contemporâneo.<sup>188</sup>

O marco inicial de tal decadência pode ser situado na morte da tragédia grega. Com efeito, a primeira vida da tragédia foi uma manifestação cultural surpreendentemente breve, tendo lugar ao longo de um século, aproximadamente. Em *O nascimento da tragédia*, a descrição da vida grega da arte trágica ocupa cerca de quatro dos seus vinte e cinco parágrafos. A preocupação mais substancial de Nietzsche volta-se ao problema do *renascimento* da tragédia, ou melhor, das possibilidades de seu renascimento contemporâneo. Em todo caso, a morte da tragédia antiga é atribuída por Nietzsche a

---

<sup>188</sup> SCHMIDT, pp. 193-194, 202. Com efeito, Nietzsche não foi o primeiro a se preocupar com a tragédia grega desde o ponto de vista de suas consequências para a Alemanha. O problema remonta pelo menos a Schelling (1775-1854) e a Hölderlin (1770-1843), e tem em Hegel e seus continuadores o panorama dominante acerca dessa questão no momento em que o jovem Nietzsche adentra o debate. A este caberá, em certo sentido, continuar e redefinir os termos postos pelo hegelianismo, que já havia pensado a tragédia no quadro de um fenômeno dialético (SCHMIDT, pp. 191-192). Para Nietzsche, a tragédia grega surge a partir da dialética estabelecida entre a poesia épica e a lírica, vale dizer, entre as formas artísticas sintetizadas nas figuras de Homero (séc. VIII a.C.) e de Arquíloco (séc. VII a.C.), respectivamente. Esse esquema guarda semelhanças com a compreensão hegeliana do nascimento da tragédia como forma de arte. Contudo, Hegel, ainda que tenha podido descrever o surgimento do trágico a partir da mecânica da interação entre dois gêneros poéticos precedentes, não alcança a compreensão das pulsões que geraram a tragédia em nível fisiológico, isto é, a expressão das dimensões do sonho e da embriaguez por meio das esferas do apolíneo e do dionisíaco, respectivamente (SCHMIDT, pp. 203-204). Ocorre com Nietzsche, portanto, a novidade de uma teoria metafísica da tragédia estabelecida com base na dualidade em torno dessas esferas, identificadas a partir das categorias de essência e aparência conforme formuladas por Schopenhauer (1788-1860) – vontade e representação (MACHADO, p. 7). Contudo, a dualidade verificada entre apolíneo e dionisíaco não deve ser entendida em termos de um antagonismo, mas de reconciliação entre princípios. A tragédia, surgida como forma cultural dionisíaca, compõe-se do elemento dionisíaco musical, que lhe dá origem, em associação à palavra e à cena, componentes apolíneos (MACHADO, pp. 8-9). Embora o socratismo estético de Eurípides leve a um desequilíbrio da relação entre as pulsões componentes da arte trágica em favor do elemento apolíneo, segue-se a anulação do próprio apolíneo, ora preponderante, uma vez que a sua relação com o dionisíaco, conforme afirmado anteriormente, é de reconciliação, não de antagonismo. O que resta em seu lugar é uma cultura alexandrina de caráter teórico e racionalizante, fundada por Sócrates, selada pelo cristianismo e personificada ao extremo por Hegel (SCHMIDT, p. 215). A ascensão do modo de pensar teórico praticado no âmbito da cultura alexandrina não impede a eventual irrupção de um conhecimento trágico, propiciada pelo fracasso da postura filosófica otimista e pelo reconhecimento horripilante dos limites da abordagem lógica. Suspeita-se que, ao descrever esse movimento, Nietzsche tenha em mente a novidade trazida pela filosofia kantiana, a respeito do estabelecimento de limites da razão. Tem-se aqui uma possibilidade de renascimento da tragédia, pois, do mesmo modo que a tragédia trazia desde sua origem as condições para sua morte, também o socratismo e o ideal da vida teórica trazem *ab ovo* os elementos cuja eclosão levará a uma nova vida da arte trágica (SCHMIDT, p. 211). Enquanto a filosofia de Kant (1724-1804) pode ser vista como sintomática das manifestações do conhecimento trágico, é o pensamento de Schopenhauer que teria surgido da mesma fonte dionisíaca que a música e destruído o otimismo da filosofia socrática. Ao lado de Schopenhauer figura Richard Wagner, em cuja arte Nietzsche enxerga o retorno do sentimento trágico do mundo. A originalidade do pensamento nietzschiano reside nesse movimento de triangulação que encontra na música seu denominador comum: a concepção schopenhaueriana da música; a tragédia como arte fundamentalmente musical; e a ideia wagneriana de drama musical. A música é a própria chave que permite a Nietzsche dar continuidade à política de conformação da cultura alemã moderna a partir de seu enquadramento na arte grega, ao mesmo tempo em que ultrapassa os próprios pais fundadores dessa política – Winckelmann, Goethe e Schiller – incapazes de intuir e manejar o espírito musical da tragédia (MACHADO, p. 11).

Eurípides (séc. IV a.C.), cujas concepções artísticas, imbuídas do espírito socrático, prestaram-se a combater, em nome do pleno esclarecimento, os elementos de estranhamento, êxtase, alteridade e embriaguez na tragédia – em suma, seus elementos dionisíacos.<sup>189</sup>

Nietzsche considera a época presente, repleta de inovações tecnológicas e de transformações das condições materiais da vida – situações resultantes em grande parte das próprias tendências teóricas atacadas pelo filósofo –, como um momento de exaustão e, portanto, de transformação. Nesse contexto, a esperança para a Alemanha não pode ser encontrada no progresso técnico, mas no papel a ser desempenhado pela música e pelo mito para o renascimento da arte trágica. Sua crítica volta-se contra o substrato tecnológico crescente da sociedade alemã após a vitória sobre a França em 1871, contexto que incitou as humanidades a buscarem concorrer para a hegemonia alemã, na mesma escala percebida para a contribuição dos sucessos obtidos pelas ciências naturais. O desenvolvimento de campos como a etnologia e a linguística despertou os alemães para as questões raciais, inclusive quanto a suas supostas conexões com os gregos,<sup>190</sup> o que trouxe consequências para uma filologia que, conforme exposto, tinha seu senso diacrônico muito mais desenvolvido do que seu senso sincrônico:

This kind of nonsense naturally cut no ice with learned men; but whoever reads the address ‘On the Splendour of the Athenian Empire’ delivered by the twenty-nine-year-old Wilamowitz on the occasion of the Emperor’s birthday in 1877 cannot fail to notice that the German Empire also was present to the speaker’s mind. The vast German effort in scholarship and science was in a sense linked with the German drive towards domination in Europe; and though this hardly justifies a condemnation of German scholarship, it helps to explain a growing element of coarseness and mechanicality in its productions.<sup>191</sup>

De tudo isso, pode-se atingir maior consciência sobre o que já se expôs a respeito da importância da abordagem filológica não restrita a uma erudição lógica sobre o passado, mas como uma propedêutica à cultura alemã que extrapola o projeto de Winckelmann e conjuga elementos de análise que, mesmo sob a perspectiva teoricamente onívora da *Altertumswissenschaft*, seriam considerados extrafilológicos – a música de Wagner e a filosofia de Schopenhauer – para concluir que, para o bem da cultura alemã, a imitação dos gregos deve se dar pelo renascimento da arte trágica apolíneo-dionisíaca, e não apenas de sua porção apolínea, a única enxergada pelos cultores anteriores do projeto

---

<sup>189</sup> SCHMIDT, pp. 207-209.

<sup>190</sup> SCHMIDT, p. 212.

<sup>191</sup> LLOYD-JONES, pp. xviii-xix.

estético-político alemão. Do ponto de vista de um entrelaçamento entre política e cultura, o renascimento da tragédia levaria, no entender de Nietzsche, a uma “auto-redescoberta” da Alemanha por permitir sua libertação do jugo romano e cristão.<sup>192</sup>

Pode-se resumir a inserção na perspectiva nietzschiana da crítica à ciência filológica da *Altertumswissenschaft* na ideia de que não se tornarão os alemães mais gregos por acumularem mais e mais erudição sobre a Grécia. Deve-se capitular ante a uma nostalgia da vontade helênica, e não do saber.<sup>193</sup>

Ao que se seguiu a reação de Wilamowitz:

Acredito que estão demonstradas as graves reprovações relativas à ignorância e à falta de amor à verdade. Mesmo assim, receio ter feito uma injustiça ao senhor Nietzsche, se ele me objetar que não queria saber nem um pouco de “historiografia e crítica”, ou da “assim chamada história universal”, que desejava criar uma obra de arte apolíneo-dionisíaca, “um meio de consolação metafísica”. Nesse caso, suas afirmações não teriam a realidade diurna comum, mas “a realidade mais elevada do mundo dos sonhos”. Nesse caso, retiro tudo o que disse e pretendo me desculpar da melhor forma. Então quero deixar que o seu evangelho seja outorgado, minhas armas não o atingem. Certamente não sou um místico, nem um homem trágico, para mim só poderá haver “uma posição secundária divertida, um tocar de guizos dispensável na gravidade da existência”, e também na gravidade da ciência: um sonho de embriagado ou uma embriaguez de sonhador. Só há uma coisa que exijo do senhor Nietzsche: cumpra a palavra, pegue o tirso em suas mãos, vá da Índia para a Grécia à vontade, mas desça da cátedra na qual deveria ensinar ciência. Ele pode reunir a seus pés o tigre e a pantera, mas não os jovens filólogos alemães que, na ascese de um trabalho de renúncia de si mesmos, devem aprender a procurar em toda a parte apenas a verdade, a emancipar sua capacidade de discernimento por meio de uma entrega voluntária. É assim que a Antiguidade Clássica pode conceder-lhes a única coisa de imperecível que a dádiva das Musas promete, e que apenas a Antiguidade Clássica pode conceder com esse grau de plenitude e pureza: “o conteúdo em seu peito/ e a forma em seu espírito”.<sup>194</sup>

Além de considerar a obra de Nietzsche exagerada e, em vários pontos, incorreta, Wilamowitz o acusa de agir não como cientista, mas como pregador de um dogma: o “dogma metafísico” de Wagner e Schopenhauer, em prejuízo da ciência “socrática” filológica, que quer ver subordinada à filosofia. O filólogo Friedrich Wilhelm Ritschl (1806-1876), quando instado por Nietzsche a tomar posição na polêmica sobre o livro de estreia de seu antigo aluno e protegido (que, de certo modo, replicava os atritos entre o próprio Ritschl e Otto Jahn [1813-1869],<sup>195</sup> ligado a Wilamowitz), recusou-se a

<sup>192</sup> SCHMIDT, pp. 33-34, 217-218.

<sup>193</sup> LEFRANC, Jean. **Compreender Nietzsche**. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 50.

<sup>194</sup> WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, Ulrich von. Filologia do futuro! In: MACHADO, Roberto (org.). **Nietzsche e a polêmica sobre o nascimento da tragédia**. S. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 78.

<sup>195</sup> Fato que não impediu Wilamowitz de tecer uma revisão elogiosa ao conjunto do trabalho de Ritschl. Menciona, no entanto, a estagnação de sua produção após ter trocado Bonn por Leipzig em razão da

tomar partido com base em sua concepção da filologia como pura crítica textual, reafirmando sua percepção científica da disciplina, em face da qual a arte e a filosofia modernas são tidas por contaminações. Ainda mais grave: Ritschl expressa a Nietzsche sua crença na impossibilidade de se adotar uma cultura passada como modelo histórico; ou mesmo de se abraçar um sistema filosófico para a salvação do mundo, ainda que reconheça não compreender o pensamento de Schopenhauer.<sup>196</sup> Nietzsche ficaria marcado, doravante, por um profundo amargor em relação aos filólogos, por ele considerados ensimesmados em sua autoidentificação artificial com os Antigos.

O próprio Wagner responderá à crítica filológica elogiando Nietzsche como o filólogo que fala aos alemães e não ao restrito meio científico, cuja produção de modo geral em nada teria auxiliado os artistas ou contribuído para a elevação da cultura alemã, tendo se voltado exclusivamente à própria comunidade filológica.<sup>197</sup> Essa valorização da abertura nietzschiana do discurso filológico ao conjunto dos alemães evidencia a ressonância romântica da resposta de Nietzsche à crise da cultura por meio da demanda pelo renascimento da tragédia como forma de reunir uma comunidade fragmentada pela modernidade. O renascimento da tragédia induzirá o renascimento coletivo do mito alemão;<sup>198</sup> e tal se dará por meio de um tipo de música, cujos caracteres, identificados por Nietzsche na música de Wagner, podem ser assim enunciados:

*Instead, what one needs to grasp in order to accelerate the liberating forces which are ready to be released in music is that such new music presents the experiences of suffering, strangeness, dissolution, birth, desire, and the inexorability of time all at once. The spirit of the music from which tragedy is able to be reborn is thus, like Greek tragedy, beyond even the reach of words; it is, rather, an event, full of complexity and contradictions, one that in the end, like tragedy, can only be called "monstrous", perhaps even "unthinkable". In short, music has the Dionysian power of opening up an experience of excess, an experience of becoming other. That it accomplishes this in the production and the destruction of the realm of appearance – that it produces sparks of images – is what lets Nietzsche suggest that this Dionysian art form breathes new life into the relation between the Apollonian and the Dionysian.<sup>199</sup>*

---

alteração com Jahn. Entre os herdeiros acadêmicos de Ritschl, Wilamowitz naturalmente não menciona Nietzsche, mas inclui menção a Rudolf Schöll (1844-1893), a quem se refere como responsável pela compilação dos fragmentos da Lei das XII Tábuas. Cf. WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), pp. 130-136.

<sup>196</sup> MACHADO, pp. 17-18, 23.

<sup>197</sup> WAGNER, Richard. Carta aberta a Friedrich Nietzsche. In: MACHADO, Roberto (org.). **Nietzsche e a polêmica sobre o nascimento da tragédia**. S. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. pp. 79-86.

<sup>198</sup> BOWIE, Andrew. Critiques of culture. In: KOLINSKY, Eva. VAN DER WILL, Wilfried. (orgs.). **The Cambridge companion to modern German culture**. S. ed. Cambridge: Cambridge University, 1998. pp. 140-141.

<sup>199</sup> SCHMIDT, pp. 220-221.

Na mesma linha, Erwin Rohde, em seu ataque mais direto à crítica de Wilamowitz, argumenta que a filologia não logrou êxito em realizar sua mais alta destinação, a saber: conservar para uma humanidade que envelhece a memória do tempo mais rico de sua alegre juventude, reconhecendo na Grécia algo de propriamente humano, dela retirando, por consequência, o necessário para atingir uma humanidade mais livre e mais nobre. Em conclusão, a associação de Nietzsche a Wagner denotaria que aquele tanto se manteve fiel à ciência histórica da Grécia antiga quanto promoveu a integração entre o que mais havia de profundamente vivo nela aos esforços alemães daquele compositor.<sup>200</sup>

As duas questões centrais persistiriam em aberto: 1) Por que o renascimento da tragédia *na Alemanha*? e 2) Por que a salvação alemã por meio da cultura *grega*? O mesmo pensamento filológico combatido por Nietzsche forneceria suas próprias respostas a essas questões, nas décadas seguintes à publicação de *O nascimento da tragédia*, à medida que foi degenerando em instrumento do *Macht* estatal, conforme se verá adiante.<sup>201</sup>

## 2. Ideias jurídicas na era romântica

Por mais que se pretenda exprimir sinteticamente o relato do capítulo precedente, não é viável apresentá-lo como uma narrativa acrítica de fatos dados, incontestes – um “escorço histórico”. A interpretação do passado impacta a concepção que se tem de dimensões políticas tais como *povo*, *Estado* ou *nação*, e é por estas impactada.

Veja-se, por exemplo, a discussão, no século XIX, a respeito da continuidade do cultivo do direito romano na Península Itálica antes do século XI. Ora, não por acaso, a tese que reconheceu tal persistência do desenvolvimento do direito romano e de seu estudo científico e escolástico nas escolas de Roma, Pavia e Ravena, nos termos em que se expôs anteriormente,<sup>202</sup> foi adotada maciçamente pela romanística italiana ao tempo da unificação política peninsular, na década de 1870; enquanto à posição contrária aderiram em geral os medievalistas alemães.<sup>203</sup> Não carece muito para vislumbrar possíveis

---

<sup>200</sup> MACHADO, p. 29.

<sup>201</sup> Cf. infra, CAP. 3, 1 e 2.

<sup>202</sup> Cf. supra, CAP. 1, 1.

<sup>203</sup> KOSCHAKER, p. 101.



motivações políticas por trás das filiações dos estudiosos a um ou outro posicionamento, conforme sua nacionalidade.

Tivemos oportunidade de apontar alguns fatores que contribuíram para a ascensão do historicismo, em especial o impacto cultural dos avanços científicos verificados no período.<sup>204</sup> Some-se a isso, tendo por pano de fundo o protagonismo popular propiciado a partir dos eventos da Revolução Francesa de 1789 e sua consequente ampliação do conjunto de atores políticos e do papel da opinião pública nos assuntos estatais,<sup>205</sup> o desenvolvimento dos meios de expressão da opinião pública e das instituições político-partidárias e representativas, veículos que propiciaram a difusão de programas políticos elaborados em paralelo às concepções científicas e filosóficas do Estado e do direito, de maneira não raro indiscernível. A confluência entre projeto filosófico-científico e projeto político é bastante evidente em Marx (1818-1883), cuja obra une a formulação de um programa político e a concepção de uma determinada filosofia do direito. No outro extremo do espectro político, constata-se a relação entre um programa político conservador e a formação da escola histórica do direito.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Cf. supra, **CAP. 2**, 1.

<sup>205</sup> SAFRANSKI, p. 37.

<sup>206</sup> COING, 61-62. Por ser tema que extrapola o recorte cronológico proposto para este capítulo, não cabe aqui aprofundar-se na descrição dos desenvolvimentos de ambas as vertentes. Sinteticamente, temos, de um lado, concepções econômico-sociológicas do direito, com as abordagens marxista e utilitarista; e, de outro, a fundamentação de posições políticas e jurídicas diversas por meio da busca de uma legalidade histórica a partir de fundamentos psicológicos e biológicos. Para uma crítica da aplicação do método do materialismo histórico ao direito, veja-se COING, pp. 206-212. Coing sustenta que a economia, por si só, não basta como motivação de uma série de fenômenos verificados na história cultural, citando exemplos no desenvolvimento das artes e do direito – com destaque para o estranhamento do próprio Marx em relação à disseminação da arte clássica e do direito romano em seu tempo. Embora concordemos com o argumento central, não nos parece que a crítica tenha sido formulada no texto em comento em termos muito sólidos, o que, de toda forma, escapa aos nossos objetivos. Jauss (p. 15) aponta para uma crítica do materialismo histórico sob a perspectiva da estética da recepção, no sentido de ter fomentado, mediante a aplicação do princípio de explicação puramente causal, uma profusão de pesquisas sobre as fontes, que teria acarretado a diluição de qualquer peculiaridade literária em um emaranhado infinito de “influências”. Já o utilitarismo, como se sabe, é desenvolvido por Jeremy Bentham (1748-1832) e por seu discípulo, John Stuart Mill (1806-1873), enfatizando o significado dos interesses econômicos em cada caso, e dentro de um conjunto geral de interesses, ao contrário da primazia conferida aos interesses econômicos por Marx (cf. COING, pp. 76-79). Para além do impacto do pensamento de Bentham sobre a obra de juristas como Jhering (1818-1892), Austin (1790-1859) e Pound (1870-1964), cabe destacar a matriz utilitarista identificada no princípio de bem-estar social preconizado por Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955) (cf. SOLON, Ari Marcelo. **Dever jurídico e teoria realista do direito**. S. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. pp. 68-71), discípulo radical do realismo jurídico escandinavo iniciado com Axel Hägerström (1868-1939), autor do qual nos ocupamos adiante (cf. infra, **Cap. 4**, 1.2). Por seu turno, as abordagens não sociológicas retiram seu fundamento, com objetivos distintos, ora de concepções biológicas a respeito das raças humanas, ora da investigação sobre as motivações inconscientes que operam no processo decisório. Coing (pp. 86-88) identifica as doutrinas de Gobineau (1816-1882) e do nacional-socialismo no campo racialista; e os elementos irracionistas destacados em movimentos como o voluntarismo, o realismo jurídico norte-americano e a escola do direito livre como expressão da abordagem psicológica. Sobre o nacional-socialismo e a influência da psicanálise

Isso porque a Revolução Francesa trouxe a problemática histórica para a ordem do dia no pensamento jurídico, suscitando a reação de autores como o parlamentar e publicista inglês Edmund Burke (1729-1797), que formulou críticas à independência das Treze Colônias e à Revolução Francesa com fulcro no ataque à concepção de direito operada pelos revolucionários em ambos os lados do Atlântico, tida por “abstrata”. A partir do exemplo idealizado da organização sociopolítica britânica, apresentada como uma formação orgânica em que a tradição, por meio de suas instituições e regras, estabelece um elo intergeracional estável, em contraste com os voluntarismos de cada tempo, a polêmica estabelecida por Burke sintetiza algumas diretrizes orientadoras do historicismo jurídico: desconfiança em relação a transformações motivadas por programas abstratos; respeito pela ordem jurídica vigente como expressão da experiência acumulada e da cultura jurídica nacional; e priorização de programas reformadores, e não revolucionários.<sup>207</sup>

A própria França terminaria por ser o país em que por primeiro se pode falar propriamente no surgimento de uma tendência jurídica historicista, como um movimento de reação à outorga do Código Civil. As primeiras obras doutrinárias surgidas naquele país após a codificação napoleônica ainda se pautavam em sua análise pela influência do direito consuetudinário do Antigo Regime e pelo estudo acadêmico do direito romano, de modo a considerar o direito uma experiência anterior e maior em relação à legislação. Cabe destaque, na França, a Julien-Michel Dufour du Saint-Pathus (1757-1828), cujo *Code civil avec toutes les sources où ses dispositions ont été puisées*, surgido em quatro volumes já em 1806, demonstra, desde o título, a intenção de aclarar a fundamentação histórica dos dispositivos do diploma legal; e a Philippe-Antoine Merlin de Douai (1754-1838),

---

sobre o pensamento jurídico, nos limites do objeto desta tese, cf. *infra*, CAP. 3, 2; e *infra*, CAP. 4, 2, respectivamente.

<sup>207</sup> COING, pp. 65-68; SAFRANSKI, pp. 165-166. Todo o argumento de Burke baseia-se na crítica da abstração revolucionária. Com efeito, a Revolução Francesa deixou em figuras do porte de Hegel e Kant, entre muitos outros, a impressão de ser um “triunfo da filosofia”, no sentido de ser um evento movido por desígnios do pensamento, ora postos em prática (cf. SAFRANSKI, p. 33). O mundo luso-brasileiro não ficaria imune à antipatia de tantos que viam, para parafrasear Hegel, o “homem que se põe de cabeça para baixo, isto é, sobre os pensamentos, e constrói a realidade de acordo com eles”. Por todos, *Análise sobre a justiça do comércio de resgate de escravos da costa da África*, de José Joaquim da Cunha de Azeredo Coutinho (1742-1821), que apresenta as revoluções como motivadas por princípios abstratos que nada alcançam senão o caos social: “A vós, felizes brasileiros, meus concidadãos e patrícios; a vós, talentos de fogo, cujas cabeças o sol coroa de seus raios; a vósque um dia fareis brilhar as vossas luzes, sem que vossos campos sejam abrasados; a vós todos dedico esta obra filha de meu trabalho, que só teve em vista vosso bem; obra por cuja causa tenho sido insultado, e perseguido pelos ocultos inimigos de nossa Pátria, e pelos desumanos e cruéis agentes ou sectários dos bárbaros Brissot e Robespierre, estes monstros com figura humana que estabeleceram a regra: ‘Pereçam antes as colônias que um só princípio’; princípio destruidor da ordem social, e cujo ensaio foi o transtorno geral da sua Pátria, e a rica e florescente colônia de São Domingos abrasada em chamas, nadando em sangue” (*apud* CALDEIRA, Jorge. O processo econômico. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **História do Brasil-Nação**. S. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. Vol. 1, p. 182).

procurador-geral na Corte de Cassação, sob Napoleão. Mencione-se, também, Olivier Leclercq (sécs. XVIII-XIX), procurador-geral no Tribunal Superior de Liège, autor de um dos primeiros comentários ao Código Civil com base nas fontes romanas, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations* (8 volumes, 1810-1812).<sup>208</sup>

Se o movimento de codificação teve por meta substituir o uso *in subsidio* do direito romano, o que ocorreu foi a manutenção deste como parâmetro interpretativo, pelo menos até meados do século XIX, quando se deu a ascensão da Escola da Exegese. Apesar do intento expreso de ab-rogação do direito romano, a mentalidade dos operadores do direito seguiu impregnada de *ius commune* na França, nos Países Baixos, na Áustria e na Prússia. Neste país, o Código de 1794 foi por muitas décadas ofuscado pelo referencial romanístico – como se aduz da atividade do próprio Savigny (1779-1861). No caso austríaco, a doutrina de Unger (1828-1913) manteve-se tributária do *ius commune* a partir do entendimento do Código como um documento que se nutre das fontes vigentes quando de sua elaboração.<sup>209</sup>

Zimmermann, ao comentar a situação na França e nos Países Baixos:

The extraordinary degree of substantial continuity between the tradition of the *ius commune* and the *code civil* led to Roman law becoming an indispensable tool in interpreting the new code, in resolving doctrinal disputes, and in filling gaps in the law. The *code civil* had been intended to establish uniform law, not new law. It brought to an end the prevailing diversity of regional laws and thus ultimately completed the process of ‘reception’. The *ius commune* rendered an essential contribution towards the establishment of a ‘système d’application’; it continued to be regarded as *ratio scripta* and to be applied as such in practice. It was only towards the middle of the nineteenth century that a strictly exegetical approach gained ascendancy.<sup>210</sup>

O caso alemão mostra-se mais complexo do que os demais mencionados, já que a escola histórica alemã surge em reação ao intento codificador de matriz francesa, tendo parte dos autores, como Karl Friedrich von Eichhorn (1781-1854) e Jacob Grimm (1785-1863), enfatizado as raízes germânicas do direito alemão; enquanto outros, a exemplo de Gustav Hugo (1764-1844), Savigny e Georg Friedrich Puchta (1798-1846),

---

<sup>208</sup> GILISSEN, pp. 514-515.

<sup>209</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today.** S. ed. Oxford: Oxford University, 2001. pp. 2-6.

<sup>210</sup> ZIMMERMANN, pp. 3-4.

dedicaram-se – o que nos interessa aqui – ao direito romano, tal como recepcionado na Alemanha.<sup>211</sup>

O principal expoente da escola histórica alemã foi Friedrich Carl von Savigny, para quem

La escuela histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta ó la outra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Después, cada tiempo deberá encaminar su actividad á examinar, rejuvenecer y mantener fresca esta materia nacida por obra de una necesidad interna.

La escuela no histórica, por el contrario, admite que el derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados y solamente según sus convicciones, tal y como las produce el presente momento histórico. Así, esta escuela no puede explicar el que en alguna ocasión no sea todo el derecho introducido completamente nuevo y diverso del precedente, sino porque el legislador fué perezoso en el recto ejercicio de su cargo y tuvo, por tanto, necesidad de conservar, aunque con carácter de interinidad, como verdaderas para el presente, las opiniones jurídicas del momento anterior.<sup>212</sup>

A diferença essencial entre uma e outra escola, na visão de Savigny, reside na elaboração *a posteriori* do conhecimento disseminada pela escola histórica, em contraposição a uma abstração apriorística promovida por aquilo que o jurista alemão identifica, pela via negativa, como a “escola não histórica”, certamente entendida como o jusnaturalismo.

Para Savigny, o estudo da profusão de fatos históricos deve conduzir à compreensão da “suprema unidade” do fenômeno. Na esteira desse reconhecimento da realidade multifária a condicionar a diversidade das individualidades nacionais, a adequação da abordagem histórica é justificada pelo autor, ainda, em função de uma distinção entre a “variedade de natureza simultânea” e a “variedade de natureza sucessiva”. Enquanto a consideração da variedade simultânea de elementos propiciaria a formulação de uma ciência de cunho sistemático, que deve restringir-se, em seu entender, ao âmbito das disciplinas lógico-formais, o estudo da variedade de caráter sucessivo seria a matriz do

---

<sup>211</sup> GILISSEN, p. 515.

<sup>212</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica. In: ATARD, R. (org.). **La escuela histórica del derecho: documentos para su estudio**. S. ed. Madrid: Victoriano Suárez, 1908. p. 16.

conhecimento histórico, forma adequada de apreensão indutiva da unidade do fenômeno jurídico a partir da pluralidade de fatos verificados na realidade do povo.<sup>213</sup>

Na esteira da crítica à formulação do direito como uma obra sistemática abstrata, Savigny ataca a opinião segundo a qual a racionalidade seria um atributo comum a todos os tempos e povos:

Bacon sostenía que la época en que se haga un código demostrará una visión superior a las anteriores, de donde se sigue, como consecuencia necesaria, que esta capacidad tenemos que negársela a muchas épocas ilustradas. En los tempos más recientes, no pocas veces se han alzado contra semejantes opiniones, especialmente por los adversarios del Derecho romano, apoyándose en que la razón es común a todos los pueblos y todos los tempos y en que al poder nosotros utilizar, además, la experiencia de los tempos anteriores, lo que nosotros hagamos será indefectiblemente mejor que todo lo anterior. Pero precisamente esta opinión de que toda época tiene aptitud para todo constituye un prejuicio sumamente nocivo. En las bellas artes tenemos que reconocer lo contrario: ¿por qué no vamos a admitir lo mismo cuando se trata de la formación del Estado y del Derecho?<sup>214</sup>

Ao contrário, o que se verifica, de acordo com Savigny, é a prevalência de alterações legislativas introduzidas por capricho, sem lastro em qualquer fundamento teórico ou prático, com quebra de tradições bem estabelecidas. Razões para modificar o direito, quando há, geralmente ganham o convencimento da comunidade jurídica apenas de maneira muito paulatina e exigem, em todo caso, parcimônia para que se promova a alteração almejada de maneira sensata.<sup>215</sup>

Do ponto de vista de tal crítica, pode-se atacar a desvalorização do direito romano; ao mesmo tempo em que se põe em questão a autopercepção do legislador-codificador moderno como um sujeito racional. Com efeito, Savigny busca corroborar tal constatação ao sublinhar a postura ambivalente das experiências codificadoras, situadas entre a vã tentativa de determinar o conteúdo da codificação mediante o recurso a um direito racional geral e um exercício de compilação do direito vigente, evidentemente acompanhado de adições e correções julgadas politicamente necessárias pelo legislador:

Ante todo, cabe preguntarse de dónde se derivaría el contenido de este código. Según una opinión expuesta más atrás, muchos afirman que este contenido debe determinarlo el Derecho racional general, sin prestar atención al Derecho existente. Pero cuantos tenían a su cargo su ejecución y quienes, por cualquier otra causa, conocían prácticamente el Derecho, se han abstenido naturalmente de

---

<sup>213</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. Recensión del libro de N. Th. Gönner sobre legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo. In: ATARD, R. (org.). **La escuela histórica del derecho: documentos para su estudio**. S. ed. Madrid: Victoriano Suárez, 1908. pp. 52-56.

<sup>214</sup> SAVIGNY (1908b) pp. 80-81.

<sup>215</sup> SAVIGNY (1908b), pp. 79-80.

esta opinión jactanciosa y completamente vacía, y se han mostrado de acuerdo en que lo que debe ser recopilado de todos modos es el Derecho vigente, si bien con las modificaciones y correcciones que, por motivos políticos, se consideren necesarias. Más adelante se demostrará que este ha sido precisamente el criterio dominante para la elaboración de los códigos modernos. De acuerdo con él, el código tendría un doble contenido: de una parte, el Derecho vigente actualmente y, de otra parte, leyes nuevas<sup>216</sup>.

Ainda que a política legislativa se dê no sentido de promover uma codificação compiladora e retificadora do direito vigente, em lugar de se pautar pela busca da racionalidade abstrata, corre-se o risco de ver as fontes vigentes mutiladas, caso a sua integração em um texto normativo único seja manejada de forma inábil, em uma época de ignorância científica. Se não mutiladas, ao menos ocultadas sob um código que opera como uma fonte meramente aparente, pois incapaz de atender ao requisito de completude diante da miríade dos casos concretos em virtude da ignorância de todo um ferramental principiológico a ser derivado organicamente por meio do raciocínio jurídico.<sup>217</sup>

Nessa ordem de ideias, Savigny sustentou que já o direito romano advertira contra a possibilidade de um engessamento do direito, ao enunciar a célebre máxima *omnis definitio periculosa est*. Todo axioma formulado a partir da experiência jurídica deve ser entendido simplesmente como uma maneira de se resumir seu espírito, e não como um clichê repetível *ad nauseam*, descolando-se da realidade do direito. A esclerose do direito é um risco decorrente de sua elaboração pela via legislativa e científica – ambas legítimas, vale frisar, mas que podem concorrer para alienar o direito de sua origem popular.<sup>218</sup>

O caráter orgânico do desenvolvimento do direito é recorrentemente expresso por Savigny, em sintonia com as novidades científicas em curso em sua época, pela analogia da evolução dos idiomas, que, assim como o direito, se dá de maneira peculiar a cada nação – “la invención de un derecho común para todos los pueblos sería tan inútil como la de una lengua universal que hubiese de reemplazar las lenguas vivas existentes”<sup>219</sup> – e de forma inteiramente espontânea e gradual:

Asignar al derecho positivo un origen invisible, es, pues, negar el testimonio de los documentos. La dificultad para resolver esta cuestión, nada tiene de extraña, en mi sentir: se presenta infaliblemente en todas las explicaciones del origen del derecho. En efecto, al comenzarse la historia fundada en documentos, se

<sup>216</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho. In: STERN, Jacques (org.). **La codificación: una controversia programática basada en sus obras**. S. ed. S. l.: Aguilar. S. d. p. 61.

<sup>217</sup> SAVIGNY (s. d.), p. 63-65.

<sup>218</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. S. ed. Madrid: F. Góngora & Compañía. 1878. Vol. 1. pp. 48-50.

<sup>219</sup> SAVIGNY (1908b), p. 53.

encuentra en todos los pueblos un derecho positivo ya existente, cuyo origen se remonta más allá de los tiempos históricos. Puedo, todavía, invocar consideraciones de outro orden que sugere la naturaleza misma del asunto. Citaré el reconocimiento unánime del derecho positivo, el sentimiento de necesidad que acompaña a sus manifestaciones; sentimiento tan claramente expresado por la antigua creencia, que atribuye al derecho un origen divino. No se podía negar de una manera más formal la intervención del accidente ni de la voluntad humana. Consignaré además, la analogía que presentan muchos elementos característicos de cada pueblo, los usos de la vida común, y, sobre todo, la lengua, cuyo origen se oculta más allá de los tiempos históricos. No es la casualidad ni la voluntad de los individuos, sino el espíritu nacional el que crea las lenguas; pero su naturaleza sensible hace que este origen aparezca más evidente y comprensible que el del derecho. Las diversas manifestaciones del espíritu general de un pueblo, son otros tantos rasgos característicos de su individualidad, entre los cuales la lengua, como el más notable, ocupa el primer lugar.<sup>220</sup>

Essa linha de raciocínio seria retomada por Savigny no texto *Da Vocação da Nossa Época para a Legislação e a Jurisprudência*, escrito em resposta à argumentação de Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) em prol da adoção de um Código na Alemanha. Naquele opúsculo, Savigny sustentou que o desenvolvimento do direito se dá historicamente, sujeito às peculiaridades de cada povo, de maneira semelhante à diversidade de línguas e religiões perceptíveis entre as várias nações, de forma que a codificação se apresentaria como um empecilho ao desenvolvimento orgânico do direito nacional.<sup>221</sup>

Tem-se, portanto, como contraponto à racionalidade a-histórica norteadora das concepções de Thibaut, a valorização, por Savigny, da *organicidade* do desenvolvimento da cultura jurídica da nação, nos moldes propostos pelo historicismo. Trata-se, a nosso ver, de um desenvolvimento bastante interessante do problema, uma vez que a defesa do direito romano por sua significação histórica, em contraposição ao que se cria como racionalidade a-histórica da codificação, representa a consagração de uma mudança qualitativa da concepção do direito romano em direção diametralmente oposta à sua função de autoridade medieval desprovida de sentido histórico, conforme anteriormente exposto.<sup>222</sup> Daí se ter em *Da Vocação da Nossa Época para a Legislação e a Jurisprudência*, de acordo com Zimmermann, verdadeiro manifesto fundador do historicismo jurídico alemão.<sup>223</sup>

A inversão produzida pelo historicismo de Savigny torna-se ainda mais interessante à luz de sua valoração das escolas medievais. Para o jurista alemão, a história das fontes do direito culmina na expressão do *Volksgeist* com a escola de Bolonha. Daí por

---

<sup>220</sup> SAVIGNY (1878), p. 30.

<sup>221</sup> SAVIGNY (s.d.), p. 56.

<sup>222</sup> Cf. supra, **Cap. 1**, 1.

<sup>223</sup> ZIMMERMANN, pp. 14-15.

diante, seguir-se-á o declínio, com a incapacidade analítica de distinção entre as fontes clássicas e as diversas camadas de comentários subsequentes. Os pós-glosadores teriam sacrificado a exatidão das fontes romanas com vistas à aplicação prática, o que recebe a condenação de Savigny. Para Solon, em vez de um fracasso, vê-se no trabalho dos pós-glosadores a expressão de um movimento criativo de aproximação da ciência à vida por meio de uma acomodação mediante o triunfo da práxis. Nesse sentido, por não conseguir valorizar tal movimento – embora tampouco a escola histórica tenha se atido a um direito romano “puro” –, o jurista alemão teria feito uma história da bibliografia jurídica, e não propriamente uma história do direito, o que também sustenta Zimmermann, para quem a preocupação central de Savigny “was legal scholarship, rather than legal history”.<sup>224</sup>

Contra essa opinião, Koschaker sustenta que a escola histórica foi responsável pela criação de verdadeira história do direito, tendo consolidado um avanço em relação ao patamar atingido pelos humanistas por ter introduzido a noção de uma história do direito informada pelo *Volksgeist*. Estes foram mais rigorosos cientificamente, por se valerem da nascente ciência filológica para estabelecer uma crítica das fontes jurídicas primárias romanas, inclusive com incursões no tormentoso campo das interpolações, ao qual retornaremos adiante.<sup>225</sup> Já a escola histórica, por manter sua orientação precipuamente prática, não se aprofundou na senda filológica. Também por razões práticas encaminhou-se a escola histórica para uma acentuada ênfase em direito privado, já que o direito público era suprido pelo Estado prussiano e, depois, alemão.<sup>226</sup>

De tudo isso, vê-se que o objeto da escola histórica não era propriamente o conhecimento histórico do direito, apresentando-se em uma dimensão histórica e em uma dimensão dogmática. Uma vez que do estudo do direito romano dever-se-ia extrair os elementos úteis à direção dogmática, tem-se verdadeira centralidade dogmática, com a atribuição de função auxiliar à dimensão histórica.<sup>227</sup> Por essa razão, a vitalidade da ciência

---

<sup>224</sup> SOLON (2017), pp. 37-39; ZIMMERMANN, p. 12.

<sup>225</sup> Cf. infra, **Cap. 3**, 1.2.

<sup>226</sup> KOSCHAKER, pp. 383-385. Savigny (1878, p. 22), sobre o objeto de estudo do direito romano atual: “El derecho *privado*, y no el derecho público, esto es, el derecho que los romanos llaman algunas veces *jus civile* y que, en tiempo de la república, constituía el estudio exclusivo del juriconsulto, *jurisprudencia*. Esta limitación se comprende en las dos que la preceden, pues el derecho privado de los romanos es el que únicamente forma parte del derecho moderno. Sin duda, no nos es completamente extraño su derecho criminal, pero nosotros no hemos tomado de él más que un pequeño número de principios de una importancia secundaria”.

<sup>227</sup> KOSCHAKER, pp. 380-381.



jurídica alemã, surgida com o historicismo, está paradoxalmente condicionada ao afastamento em relação à filologia – a outra ciência alemã de matriz historicista.

Sustentou Savigny inexistir antítese absoluta entre uma esfera histórica e outra prática – a única antítese válida se dá entre o histórico e o não histórico:

El triunfo de la investigación histórica se logra cuando lo investigado se muestra á la simple é inmediata contemplación, como algo que subsiste y vive con nosotros, y precisamente entonces es cuando ambos puntos de vista, histórico y práctico, se compenetrán por completo.<sup>228</sup>

No mesmo sentido:

Por lo dicho, se ve claramente cuán falsa es la opinion que considera la teoría y la práctica de derecho como cosas diversas y opuestas. Sin duda que el teórico y el práctico tienen cada uno sus funciones, y la aplicación que ellos hacen de sus conocimientos, es diferente; pero siguen un mismo orden de ideas, sus estudios deben ser los mismos, y nadie puede ejercer dignamente una ni otra profesión sin la conciencia de su identidad.<sup>229</sup>

Defende Savigny a empresa histórica como igualmente afastada não apenas de uma “frívola” sanha destruidora da herança romana, como também de uma “cega e tão excessiva estimacão do passado”, que se identifica facilmente como a concepção do humanismo jurídico, que seria uma tendência castradora das forças do presente e, portanto, igualmente anti-histórica. Para Savigny, o entusiasmo “juvenil” dos humanistas se deve à ilusão do prosseguimento inesgotável da miríade de relações textuais cuja descoberta fora desencadeada pelo desenvolvimento da filologia. Tendo-se chegado a um ponto de saturação do projeto filológico em razão da própria incapacidade dos juristas contemporâneos para dar seguimento a semelhante empreitada, faz-se necessário voltar os olhos às possibilidades mais amplas do próprio tempo, em vez de se recolher à autocomplacência.<sup>230</sup>

Interessante observar que o afastamento de Savigny em relação à abordagem filológica típica do humanismo jurídico é consequente com a concepção historicista de uma série histórica de eventos que, no caso alemão, encontra-se ainda em aberto, ao menos enquanto não se der a unificação política nacional.<sup>231</sup>

Mas a ausência de algum rigor filológico traz prejuízos para as finalidades práticas sustentadas por Savigny, ao permitir que sua concepção de direito romano atual

---

<sup>228</sup> SAVIGNY (1908a), p. 25.

<sup>229</sup> SAVIGNY (1878), p. 27.

<sup>230</sup> SAVIGNY (1908a), pp. 20-22.

<sup>231</sup> Cf. supra, CAP. 2, 1.

contenha simultaneamente elementos do direito dos períodos justinianeus e clássico, em decorrência de se ter ignorado o problema das interpolações e glosas no *Corpus iuris civilis*.<sup>232</sup> Além de se abrir a possibilidade a contradições, viola-se, ainda que involuntariamente, a diretriz de estudo do direito justinianeus preconizada pela escola:

Así, pues, no se consignarán, ni la historia del derecho propiamente dicho, ni las partes del antiguo derecho extrañas a la legislación justiniana, puesto que bajo esta última forma hemos recibido nosotros el derecho romano, ni las partes de dicha legislación extrañas al derecho moderno.<sup>233</sup>

Koschaker avalia criticamente a falta de rigor da escola histórica:

La Pandectística por su orientación histórica, se hallaba íntimamente ligada a las fuentes romanas, aun cuando por su positivismo en orden a éstas, adoptara frente a las mismas una actitud poco crítica. La base sobre que la pandectística desarrolló sus conceptos, era una base romana, pero como sus miras eran la aplicación de esos conceptos al Derecho vigente, hubo de alterarlos y deformarlos involuntaria e inconscientemente, para conseguir su adaptación. No sucedió a la escuela de Savigny en lo que atañe a la teoría del Derecho, cosa distinta de lo que ocurrió a los comentaristas y juristas de la época de la recepción, en el dominio de la práctica del Derecho. No se puede recibir un elemento extraño sin adaptarlo simultáneamente a las necesidades del país que lo recibe y sin ser informado por el espíritu de éste. No es difícil hoy, dado el nivel de nuestros conocimientos históricos, probar que casi todos los conceptos dogmáticos de la Pandectística, tienen su fundamento en las fuentes romanas, aun cuando en realidad los pandectistas no tomen estas fuentes en su stricto rigor histórico, bien por que los modelos romanos no habían llegado al conveniente grado de madurez en su desenvolvimiento y los pandectistas no completaran, o bien porque estas fuentes sufrieron una profunda deformación por obra de la misma Pandectística. Quien lea las obras postreras de Derecho de Pandectas, especialmente en lo que se refiere a la teoría o doctrina general, de autores como Bekker y Regelsberger, tendrá seguramente la impresión de que lo característico en estas obras, es esa labor deformadora y de adaptación de las fuentes romanas, el ofrecer una tenue relación con el *corpus iuris* y el ser en ellas las citas de aquellas fuentes un motivo ornamental en la exposición de una materia sugerida por la doctrina pandectística y tratada con un criterio jusnaturalista, más bien que romanístico.<sup>234</sup>

Por outro lado, o esforço de Savigny em afirmar o princípio orgânico do historicismo pode fazer dele um conservador, mas não um mero reacionário, pois tinha em mente uma concepção “organicamente progressiva” da ciência do direito, sem perda da conexão vital entre o presente e o passado. Seria, pois, dever do jurista moderno promover, por meio do intelecto, a penetração, adaptação e renovação do material jurídico recebido do passado.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> KOSCHAKER, pp. 385-387.

<sup>233</sup> SAVIGNY (1878), pp. 21-22.

<sup>234</sup> KOSCHAKER, p. 399.

<sup>235</sup> ZIMMERMANN, p. 12.

Nessa ordem de ideias, Solon preocupa-se em discernir entre uma perspectiva existencial e hermenêutica conservadora e outra revolucionária, atreladas às origens românticas do historicismo, para defender a inserção de Savigny como um romântico de vertente revolucionária, alimentada pela conjuntura da Revolução Francesa.<sup>236</sup> Isso é de nosso interesse para explicitar as conexões do jurista alemão com as correntes linguísticas e filológicas de seu tempo, bem como discutir seu enquadramento no espectro político em articulação com suas concepções a respeito da recepção da Antiguidade, e do direito romano, em particular.

De acordo com Solon, as bases do movimento romântico de viés revolucionário podem ser situadas no círculo dos irmãos Schlegel – August (1767-1845) e Friedrich (1772-1829) –, a partir de 1799. Valendo-se da revista *Athenäum*, fundada pelos Schlegel no ano anterior, o grupo lançou as bases teóricas de tal romantismo, consistentes, em síntese, na confluência entre arte e ciência, traduzida na unidade entre poesia e filosofia. Essa proposta teria por instrumento a reflexão de natureza imediata e infinita (atributos que denunciam a influência de Johann Gottlieb Fichte [1762-1814] sobre o movimento) acerca dos diversos objetos, consistente, concomitantemente, em um movimento de reflexão *sobre o objeto* e *reflexão sobre a reflexão*, em uma cadeia infinita. Desse modo, a gradativa decomposição formal alcançada a cada nível de reflexão permitiria o acesso ao Absoluto.<sup>237</sup>

Portanto, tem-se no caráter metódico e infinito do primeiro romantismo uma ferramenta de entendimento alternativa tanto à intuição transcendental kantiana, de fundo divino, quanto à autorregulação da consciência proposta por Fichte. Friedrich Schlegel voltaria a enfatizar uma cosmovisão religiosa já a partir de 1800, tendo sustentado o caráter revolucionário do desejo de realização do reino de Deus no mundo como um marco da Modernidade. Isso, no entender de Solon, não prejudicou a vocação revolucionária do grupo romântico no aspecto político, já que sua filosofia orientava-se simultaneamente para a teoria e a prática.<sup>238</sup>

O caçula dos Schlegel foi movido pelo projeto romântico da eliminação das barreiras entre as áreas do saber, orientando-se para um universalismo que buscou se apropriar, primeiramente, dos estudos clássicos. Com o declarado intento de tornar-se “o

---

<sup>236</sup> SOLON (2017), pp. 19-20.

<sup>237</sup> SOLON (2017), pp. 20-26.

<sup>238</sup> SOLON (2017), pp. 26-28.

Winckelmann da poesia antiga”, publicou seu ensaio *Über das Studium der griechischen Poesie* aos 23 anos de idade, obtendo reconhecimento imediato dos estudiosos e do público culto em geral. É notável sua defesa, oitenta e seis anos antes de *O nascimento da tragédia*, de uma caracterização extática, selvagem, cruel e pessimista dos gregos, em contraposição à nobre simplicidade e silenciosa grandeza que lhes fora atribuída por Winckelmann. Ademais, Schlegel foi um pioneiro da linguística comparada, tendo se dedicado ao estudo dos câmbios consonantais regulares verificados entre o latim e o alemão.<sup>239</sup>

A orientação revolucionária teórico-prática do primeiro romantismo foi sintetizada por Friedrich Schlegel na *Athenäum*, ao equiparar como eventos da máxima importância para a história da humanidade a Revolução Francesa, a doutrina da ciência de Fichte e *Os anos de aprendizado de Wilhelm Meister*, de Goethe.<sup>240</sup>

Alguém que se choca com essa combinação, alguém ao qual nenhuma revolução pode parecer importante, a não ser que seja ruidosa e material, alguém assim ainda não se alçou ao alto e amplo ponto de vista da história da humanidade. Mesmo em nossas pobres histórias da civilização, que no mais das vezes se assemelham a uma compilação de variantes, acompanhadas de comentário contínuo a um texto clássico que se perdeu, alguns livrinhos, nos quais na época a plebe barulhenta não prestou muita atenção, desempenham um papel maior do que tudo o que esta produziu.<sup>241</sup>

Savigny, amigo de Schlegel e leitor da *Athenäum*, estaria imbuído em sua hermenêutica jurídica, segundo Solon, de idêntico espírito teórico-prático, entendido como uma característica vivencial típica do direito romano, que se traduz modernamente em um antiformalismo expresso por meio do problema da aplicação – não da lei ao caso concreto – mas da supracitada reflexão de caráter imediato e infinito, que opera artisticamente sobre o agir jurídico.<sup>242</sup>

De acordo com Safranski, Savigny se enquadra na tendência romântica que, após 1800, passou de um enfoque individualista como base para um universalismo transcendente a partir de si, para a ênfase no coletivo, o “grande eu do povo” de Fichte. Surge o interesse pelo mito e pelas origens, pelo entendimento do lócus em que se insere o eu, e seus determinantes. Nesse sentido o interesse de Savigny pela história, por ele

---

<sup>239</sup> SAFRANSKI, pp. 57-58; TURNER, p. 99. Esse tipo de estudo comparado entre línguas de diversos locais e épocas teve impulso a partir das formulações de Sir William Jones (1746-1794), cf. infra, CAP. 3, 2.2.

<sup>240</sup> SOLON (2017), p. 28.

<sup>241</sup> *Athenäums-fragmente* (fr. 222), apud SOLON (2017), p. 28.

<sup>242</sup> SOLON (2017), pp. 46-47.

entendida como algo que se manifesta por meio de “forças interiores, que agem silenciosamente, não através da arbitrariedade de alguém que cria leis”.<sup>243</sup>

Para Solon, se os românticos reinventaram a ideia de Grécia a partir do estudo histórico da Grécia. Savigny reinventou a ideia de direito a partir também de sua história. Uma vez compreendido, com Schlegel, que a história é filosofia em devenir e filosofia é a história acabada, poder-seia ver que o historicismo de Savigny não consiste na manutenção de um passado engessado; e que o saber jurídico precisou seguir os passos da *Altertumswissenschaft* e buscar a intuição viva como condição para se tornar também verdadeira ciência – *Rechtswissenschaft*.<sup>244</sup> Ainda que o caminho para tal tenha sido, a nosso ver, o afastamento metodológico em relação ao rigor filológico.

### **3. As polaridades da filologia clássica e sua repercussão para a compreensão do direito antigo**

Diante do exposto nas seções precedentes, verifica-se na Alemanha do século XIX a formação de duas ciências a partir da matriz historicista: a filologia da *Altertumswissenschaft* e a ciência histórica do direito. Ambos os saberes articularam a

---

<sup>243</sup> SAFRANSKI, pp. 162-165.

<sup>244</sup> SOLON (2017), pp. 44-45. A argumentação de Solon se volta contra a imputação de um conservadorismo reacionário a Savigny por sua filiação romântica, conforme aventado por Hermann Kantorowicz. Este autor entendeu o organicismo historicista como um empecilho à adoção de quaisquer medidas progressistas, cujo resultado seria um formalismo histórico-jurídico desconectado da vida. Solon (2017, pp. 40-43) busca demonstrar que tal alienação do progresso e das necessidades da vida prática dificilmente resultaria na fundamentação do direito civil moderno e de tantos de seus institutos, como logrado pela escola histórica. Parece-nos que Kantorowicz atribui ao círculo de Schlegel – Savigny aí incluso – consequências dos desenvolvimentos ulteriores do romantismo, aquele romantismo criticado por Nietzsche (cf. SAFRANSKI, p. 265) por não mais buscar o selvagem, o prodigioso e o extático, mas, sim, a promoção catolicizante da ordem como um valor, nos moldes preconizados pela Santa Aliança. Já Koschaker, ao mesmo tempo em que considera uma exigência anacrônica criticar a escola histórica, surgida no limitado horizonte socioeconômico e político da burguesia de uma Alemanha fragmentada, por sua desconexão da situação social contemporânea (pp. 403-406), critica a interpretação romântica de Savigny, entendendo-o muito mais ligado ao classicismo, apresentando-o como uma figura sóbria, avessa à violência e a sentimentos revolucionários (pp. 371-372). No entanto, é sabido que Savigny, assim como muitos dos docentes da Universidade de Berlim e personalidades românticas, tomou parte na organização da tropa de combate civil antinapoleônica, em abril de 1813, de acordo com o relato de Bettina von Arnim (1785-1859): “Também era estranho ver como gente conhecida e amigos com todo tipo de armas e a toda hora corriam pelas ruas, alguns dos quais antes não se poderia pensar que fossem soldados. Imagine por exemplo Savigny, que com a terceira badalada corre pela rua com um longo espeto... o filósofo Fichte com um escudo de ferro e um longo punhal, o filólogo Wolf com seu narigão tinha carregado um cinto do Tirol com pistolas, facas de todo tipo e machadinhos de luta... no destacamento de Arnim se achava sempre uma tropa de mulheres que acreditavam que o serviço militar lhes caía maravilhosamente bem” (*apud* SAFRANSKI, p. 171).

recepção da Antiguidade no âmbito do projeto político de formação da identidade nacional alemã.

Entendemos que a ciência filológica, a partir do debate entre Wilamowitz e Nietzsche, cinde-se em duas tendências, que virão a polarizar os estudos da Antiguidade no século XX. A seguir, apresentamos um exercício de descrição de tais tendências sob forma idealtípica.

**A primeira tendência, que denominamos ortodoxa,** corresponde a um **desenvolvimento conservador da *Altertumswissenschaft*.** Caracteriza-se, em primeiro lugar, pela **manutenção do referencial textual como a principal fonte e objeto** de conhecimento sobre a Antiguidade. A retrospectiva da disciplina filológica por Wilamowitz claramente demonstra a ênfase dos cultores da Antiguidade nas atividades de crítica textual e ecdótica. Ademais, há um **forte sentimento de comunidade linguística e ou racial a ligar a Modernidade aos Antigos.** Embora tal comunidade étnico-linguística fosse ainda uma hipótese recente ao tempo de surgimento da *Altertumswissenschaft*, a hipótese alcançará larga difusão no século XX. Em consequência disso, verifica-se uma **compreensão normativa ou legitimadora da Antiguidade.** Com efeito, o referencial da Antiguidade poderá ser entendido como legitimador, se favorável ao projeto político vigente, ou normativo, quando se quiser estabelecer um modelo crítico às práticas e concepções modernas.

**A segunda tendência, a que dizemos heterodoxa,** por sua vez, representa uma **abertura a novas potencialidades da abordagem filológica.** Primeiramente, por **promover a extrapolação do referencial textual,** ao articular a discussão literária com outros campos do saber, em perspectiva extrafilológica. Embora constasse do ideário da *Altertumswissenschaft* a formação de uma ciência de síntese, que conjugasse diversas disciplinas para o projeto – um tanto ingênuo – de conhecimento integral e direto da Antiguidade, a ênfase sempre se manteve no estudo textual e histórico, sem maiores expansões que não resultassem na adoção de ciências auxiliares para o entendimento da cultura material – a arqueologia, a papirologia, a epigrafia etc. Com Nietzsche, há uma primeira abertura real à discussão da cultura imaterial e extratextual. Embora possa ser exagero declarar que o texto perde sua centralidade como fonte e objeto de conhecimento filológico, tal importância é certamente relativizada. Segue-se, talvez como consequência disso, a **valorização de fatores extralinguísticos e não raciais de identificação.** Articular-se-á o conhecimento de culturas não europeias acumulado em função do

imperialismo, além de se observar o surgimento de novas áreas e abordagens que se pretendem acima de contingências culturais, como a psicanálise e o estruturalismo. Em terceiro lugar, **não há a conotação da Antiguidade como fonte de um modelo a ser racionalmente instaurado ou restaurado.** O próprio Nietzsche virá a lamentar, afinal, sua aclamação de um potencial de revivificação do trágico na empreitada wagneriana.<sup>245</sup> Será afastada a ideia de uma proto-racionalidade antiga, como germe da racionalidade moderna. O hiato entre a mentalidade antiga e a moderna será por vezes enfatizado; e identificação, quando houver, se dará em relação a fatores irracionais.

Como o direito europeu evoluiu a partir do entendimento autoritário de suas fontes históricas e se coloca como um discurso sobre a experiência normativa, entendemos constituir o pensamento jurídico um campo privilegiado para o debate filológico a partir da polarização em tela. Não se quer defender que tenha havido a adesão consciente e sistemática a uma ou outra vertente. Ocorre que os juristas não são classicistas. Geralmente, os estudiosos do direito acessarão como fontes primárias apenas o texto preparado para edição, e mediados pelo tratamento das obras por classicistas, aos quais se teve acesso conforme as circunstâncias de sua própria instrução e formação acadêmica e as contingências e necessidades da situação do próprio pensamento jurídico.

Os juristas reportaram-se aos referenciais antigos a partir dos filtros filológicos disponíveis. Desse modo, devemos considerar, a partir da cisão provocada pelo debate da filologia clássica do século XIX, haver não mais apenas uma recepção da Antiguidade pelos juristas, mediada por uma ciência filológica em formação, relativamente homogênea. Ao se tratar do pensamento jurídico do século XX, em sua abordagem das fontes greco-romanas, há que se considerar doravante também a própria filiação a um dos tipos ideais filológicos em conflito.

---

<sup>245</sup> Cf. NIETZSCHE, Friedrich. Tentativa de autocrítica. In: **O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo**. S. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. pp. 11-21.

## Capítulo 3

### RECEPÇÕES ORTODOXAS

**GUIMARÃES ROSA:** *Conheço bastante bem a literatura alemã. Por exemplo, o Simplizissimus é para mim muito importante. Amo Goethe, admiro e venero Thomas Mann, Robert Musil, Franz Kafka, a musicalidade de pensamento de Rilke, a importância monstruosa, espantosa de Freud. Todos estes autores me impressionaram e me influenciaram muito intensamente, sem dúvida. Entretanto, não sei o que fazer com autores mais jovens como Brecht. Todos eles perderam o sentido da metafísica da língua, todos eles se tornaram pregoeiros e deixaram de lado a alma, considerando-a fora de moda, em desacordo com a época e acreditando que o homem seria apenas um Wolfsburg-Mensch. A língua é o espelho da existência, mas também da alma. Wolfsburg-Mensch, o conteúdo desta expressão é por si só um símbolo horrível. Eu não duvido: certamente também na Alemanha os autores jovens querem melhorar o mundo; certamente suas intenções são honestas e boas. Mas não o conseguirão, pois todos eles juntos não terão a importância que uma única frase de Goethe tem para o destino do homem, para seu futuro. Somente renovando a língua é que se pode renovar o mundo. Devemos conservar o sentido da vida, devolver-lhe esse sentido, vivendo com a língua. Deus era a palavra e a palavra estava com Deus. Este é um problema demasiado sério para ser largado nas mãos de uns poucos ignorantes com vontade de fazer experiências. O que chamamos hoje linguagem corrente é um monstro morto. A língua serve para expressar ideias, mas a linguagem corrente expressa apenas clichês e não ideias; por isso está morta, e o que está morto não pode engendrar ideias. Não se pode fazer desta linguagem corrente uma língua literária, como pretendem os jovens do mundo inteiro sem pensar muito.*

**LORENZ:** *Suponho que estas manifestações não serão do agrado de muitos e provavelmente lhe darão fama de reacionário.*

Entrevista de GUIMARÃES ROSA a GÜNTER LORENZ  
(1965)



## 1. O direito romano

### 1.1 A reorientação histórico-propedêutica

Embora a escola histórica alemã tenha se colocado contrariamente à codificação como um caminho viável, ao menos para a Alemanha de seu tempo, suas formulações terminariam por propiciar as condições intelectuais para o surgimento do Código, ao criar uma teoria jurídica suficientemente desenvolvida, que servisse de substrato ao labor codificador. Uma vez que semelhante grau de aprofundamento teórico era inexistente no que respeita aos inúmeros outros direitos em vigor em âmbito regional, na Alemanha, a unificação territorial concorreu com as condições políticas indispensáveis para a codificação a partir da plataforma romanista. A despeito da exclusão da Áustria, persistiu no projeto político do novo *Reich* a mentalidade de identificação do direito comum como direito imperial,<sup>246</sup> conforme explicitado no pensamento de Savigny.<sup>247</sup>

Com efeito, já em meados do século XIX aceitava-se amplamente ser uma questão de tempo a superveniência de uma codificação do direito privado alemão, que viria a encerrar a aplicação direta do direito romano. Tal prognóstico fora proferido, entre outros, por Jhering e mesmo por Mommsen (1817-1903) e por Windscheid (1817-1892), o proeminente discípulo de Savigny, que manifestou seu apoio a um código que a um só tempo completasse e encerrasse a recepção do direito romano na Alemanha.<sup>248</sup>

Koschaker pondera que a escola histórica, enquanto movimento professoral, dependeria da codificação para seu pleno estabelecimento. Para Zimmermann, no entanto, a ideia de que a recepção poderia de algum modo atingir uma suposta completude, vindo a encerrar-se no plano temporal, vai de encontro às concepções centrais da escola a respeito do risco de engessamento do desenvolvimento histórico gradual e orgânico do direito. Ademais, segue Zimmermann, a codificação contraria a perspectiva historicista por representar a idealização de um presente a-histórico.<sup>249</sup>

---

<sup>246</sup> KOSCHAKER, pp. 407-408.

<sup>247</sup> Cf. supra, CAP. 2, 2.

<sup>248</sup> ZIMMERMANN, pp. 15-16.

<sup>249</sup> ZIMMERMANN, 16-17. Embora a colocação de Zimmermann seja coerente, o próprio Savigny expressa (1908b, pp. 45-46) que a ideia de uma codificação não é rechaçada de plano, mas por extemporânea. Atendidas certas condições históricas, a codificação poderia ser benéfica. Se levado a cabo o intento

De qualquer modo, a progressiva adoção da codificação nos diversos Estados europeus acarretou no longo prazo a fragmentação da tradição jurídica continental, pois, se até então havia um sentido de unidade fomentado pelo cultivo da civilística de matriz romanista, que sustentava e permitia práticas de intenso intercâmbio acadêmico intereuropeu, doravante tinha-se a segmentação nos diversos direitos nacionais, cujas práticas tornar-se-iam progressivamente alheadas da conexão de fundo entre as diversas tradições. A força com que se deu o “renascimento” do direito romano a partir da atuação da escola histórica denota a existência, à época, de uma unidade jurídica intelectual fundamental. Tal unidade permitiu, a princípio, a persistência do *ius commune* como baliza para a compreensão dos direitos nacionais, mesmo nos Estados recentemente dotados de códigos, cujas disposições foram abordadas desde a perspectiva da romanística, tomada como chave interpretativa.<sup>250</sup>

O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), no entendimento de Koschaker, consiste na codificação própria da escola histórica. Certamente não pelo tratamento específico conferido às diversas matérias, que denuncia a matriz germânica de muitos dos institutos, mas em razão da sistemática arquieta em sua parte geral, que reflete os conceitos e categorias oriundos da Pandectística. Por outro lado, a edição do BGB solapa a própria razão de ser do estudo acadêmico orientado pela escola histórica alemã, calcado na vigência do direito romano recepcionado. A discussão interpretativa do direito romano, nos termos em que se vinha cultivando até o momento, torna-se supérflua com a superveniência de uma codificação. A solução encontrada para conservar a autonomia disciplinar dos estudos romanísticos foi a adoção de forte ênfase histórica, em detrimento da orientação dogmática promovida ao longo do século XIX, movimento que ficaria conhecido como neo-humanismo.<sup>251</sup>

Cabe frisar, no entanto, que diferentemente do neo-humanismo, o humanismo jurídico do século XVI se justificava enquanto ciência que se ocupava de um direito vigente, podendo pleitear legitimamente sua oposição ao *mos italicus*, conforme anteriormente assinalado.<sup>252</sup> A reorientação dos estudos jurídicos para uma ênfase no

---

codificador sem a concretização de tais condições, poder-se-ia incorrer em prejuízo ao exercício da liberdade, dando-se margem ao despotismo. A luz da valorização da concretização do projeto estatal pelo historicismo (cf. supra, CAP. 2, 1), perguntamo-nos se Savigny não teria assentido com a codificação em uma Alemanha unificada.

<sup>250</sup> ZIMMERMANN, pp. 1-2, 6-8.

<sup>251</sup> KOSCHAKER, pp. 413-416.

<sup>252</sup> Cf. supra, CAP. 1, 4.

ensino sistemático do BGB como direito privado vigente, decidida na conferência docente realizada em Eisenach, em março de 1896, representou certo alívio para a romanística, doravante liberada do compromisso com a aplicação prática. O direito romano converte-se em ferramenta pedagógica do direito codificado.<sup>253</sup>

Enquanto Windscheid ainda estudava o direito romano com vistas à sua aplicação contemporânea, autores como Ernst Immanuel Bekker (1827-1916) já enfocavam o direito romano *per se*, declarando entender a cisão entre direito romano e contemporâneo como uma “emancipação” da romanística. Sintomaticamente, Bekker era filho de Immanuel Bekker (1785-1871), que fora discípulo de Wolf e responsável pela edição crítica da prosa ática até Aristóteles. Do velho Bekker, Wilamowitz ressalta sua autoridade como crítico textual que sempre fundamentou suas opiniões rigorosamente nos manuscritos, bem como seu domínio da língua grega, de modo que as controvérsias que suscitou na velhice apenas serviram para denunciar – no dizer de Wilamowitz – a falta de entendimento da língua por parte de seus opositores ocasionais. Do jovem Bekker, Zimmermann recorda ter sido amigo e mentor do pioneiro da pesquisa interpolacionística, Gradenwitz (1860-1935), que tornaremos a mencionar adiante.<sup>254</sup>

A aspiração pedagógica da moderna romanística é dificultada por sua própria complexidade, decorrente da multiplicidade de ferramentas e saberes que aciona em consequência de sua orientação filológica ortodoxa,<sup>255</sup> a dificultar seja o seu uso como propedêutica ao raciocínio jurídico, seja como inspiração para os neófitos nas ciências jurídicas.<sup>256</sup> Savigny já havia aventado a função propedêutica do estudo do direito romano em defesa da escola histórica. Aponta Koschaker, no entanto, tratar-se de uma linha argumentativa meramente auxiliar, já que a intenção da escola era fazer de sua reelaboração do direito romano o direito alemão vigente.<sup>257</sup> A propósito disso observou Savigny, em réplica à proposta de redução dos estudos de direito romano à função de introdução ao estudo de uma eventual codificação: “Pero si es el estudio inmediato y

---

<sup>253</sup> KOSCHAKER, 417-418; ZIMMERMANN, pp. 7-10.

<sup>254</sup> ZIMMERMANN, pp. 10-11; WILAMOWITZ-MOELLENDORFF (1982), pp. 116-117. Sobre Gradenwitz, cf. *infra*, CAP. 3, 1.2.

<sup>255</sup> Cf. *infra*, CAP. 3, 1.2.

<sup>256</sup> KOSCHAKER, pp. 433-438.

<sup>257</sup> KOSCHAKER, pp. 381-382.

necesario del Código lo que ha de determinar qué materias son dignas de estudiarse, no habrá ya ningún fragmento del Derecho romano que merezca ser conocido”.<sup>258</sup>

Sem dúvida, a orientação neo-humanista tem maior rigor científico-metodológico do que a escola histórica do século XIX. Alienou-se, porém, da atualidade prática dos estudos jurídicos, bem como de verdadeira função propedêutica, ao se converter em um ramo da história cultural da Antiguidade. Curiosamente, esse movimento resultou – assim como observado anteriormente em relação ao humanismo<sup>259</sup> – em um deslocamento geográfico do centro dos estudos romanísticos, pois o descolamento da prática jurídica permitiu uma internacionalização maior dos estudos em direito romano, não se mostrando, portanto, especialmente vantajoso para a academia alemã.

Entendemos que a direção neo-humanista dos estudos de direito romano vem em reforço do paradigma da influência, uma vez que se faz necessário, doravante, justificar a função propedêutica atribuída à disciplina, o que é geralmente feito frisando-se as supostas genialidade e cientificidade dos juristas romanos. Essa mitologia é francamente dispensável. É possível formar um operador do direito apto sem que se submeta o aluno ao estudo do direito romano como etapa preparatória, como se pode constatar com a mera observação da realidade acadêmica brasileira contemporânea, especialmente em relação às instituições de ensino jurídico privadas – geralmente desprovidas da cadeira de direito romano.

Não se pode, afinal, supor que a cientificidade de método própria do estudo histórico dos direitos antigos possa, por si só, suprir a necessidade metodológica do estudo jurídico *no âmbito da interpretação e aplicação da norma vigente*.

Com a criação dos modernos códigos de lei, a tarefa clássica principal, a saber, a interpretação do direito romano, acabou perdendo-se seu interesse dogmático para adquirir um sentido prático, tornando-se elemento de uma problemática da história do direito. Como história do direito, pode encaixar-se sem reservas no pensamento metodológico das ciências históricas. A hermenêutica jurídica, ao contrário, como uma disciplina subsidiária da dogmática jurídica de um novo estilo, foi relegada à margem da jurisprudência. Mas a questão fundamental da “concretização no direito” permanece, e a relação da história do direito com a ciência normativa é por demais complicada para que a história do direito possa substituir a hermenêutica. O esclarecimento histórico sobre as circunstâncias históricas e as reais ponderações do legislador antes ou na promulgação de um texto legal podem ter ainda influência hermenêutica – a *ratio legis*, porém, não entra nessa problemática e continua sendo uma instância hermenêutica indispensável para toda jurisdição. Assim, o problema hermenêutico continua

---

<sup>258</sup> SAVIGNY (1908b), p. 65.

<sup>259</sup> Cf. supra, CAP. 1, 4.

legitimado em toda ciência jurídica, como se dá com a teologia e sua constante tarefa de “aplicação”.<sup>260</sup>

## 1.2 Neo-humanismo e ortodoxia filológica

A reorientação promovida pela romanística neo-humanista tomou o *Corpus iuris civilis* precipuamente como objeto de conhecimento científico, não mais como fonte de autoridade. A problemática histórica ensejou o incremento do estudo das interpolações, campo que suscita a um só tempo a relativização do valor intrínseco outrora atribuído ao texto e inúmeras dificuldades em relação aos critérios de identificação e delimitação das passagens espúrias.<sup>261</sup>

Em outros termos, a compilação justinianeia é atacada em sua autoridade, por conta da sua importância reduzida à dimensão de objeto de estudo histórico; e em sua legitimidade, graças aos inúmeros e confusos questionamentos levantados no âmbito da questão das interpolações. Evidente a semelhança com o movimento de desencantamento, no sentido weberiano do termo, refletido na ascendente abordagem acadêmica da Bíblia.<sup>262</sup>

A nosso ver, resta evidente que, senão o surgimento, ao menos o desenvolvimento do método da corrente neo-humanista se dá sob o influxo do predomínio da *Altertumswissenschaft* nos estudos clássicos alemães, em contraposição ao dogmatismo da escola histórica. Que a abordagem dos juristas se encaminha *pari passu* ao método filológico proposto por Wolf e assentado por Wilamowitz, nomeadamente no que concerne à ampliação dos recursos de pesquisa propiciados pelas ditas ciências auxiliares, é evidente:

De aquí otra consecuencia. El jurista que se ocupaba de Derecho romano con fines prácticos halló este Derecho en la legislación justiniana; **el historicista que considera el Derecho romano como fenómeno histórico, estima el *corpus iuris* como la fuente de conocimiento más importante, pero no la única. Todos los medios al servicio de la ciencia histórica, literatura, inscripciones, etc., figuran también como fuentes de conocimiento del Derecho romano.** Este fué ya el punto de vista sustentado por los antiguos humanistas. **A fines del siglo XIX las fuentes experimentaron una considerable ampliación**, debida al conocimiento de una gran cantidad de documentos jurídicos escritos en papiros y en lengua griega durante el período de la dominación griega y romana en Egipto

<sup>260</sup> GADAMER, II, p. 130.

<sup>261</sup> KOSCHAKER, 418-422.

<sup>262</sup> A propósito dos desenvolvimentos da filologia bíblica desde meados do século XIX, cf. TURNER, pp. 357-380.

(332-30 antes de J. C., 641 d. de J. C.). Constituyen éstos fragmentos o colecciones, y su número ha aumentado extraordinariamente por efecto de las excavaciones llevadas a cabo en Egipto en los últimos decenios. Estas nuevas fuentes han sido objeto de doctas ediciones destinadas a los especialistas. **El mérito de haber utilizado con primacía indiscutible estos documentos en la historia del Derecho, corresponde a L. Mitteis [...]** [grifos nossos].<sup>263</sup>

Não se sabe ao certo se teria sido Mitteis (1859-1921) ou Mommsen o primeiro a observar que, da mesma forma como o século XIX fora o “século da epigrafia”, seria o século XX o “século da papirologia”. De qualquer modo, o jurista austro-húngaro foi reconhecido como autoridade neste campo, tendo colaborado com o primeiro periódico científico dedicado àquela disciplina, figurando entre outros eruditos revestidos de grande autoridade na área. Nessa atividade, noticiou acerca de documentos jurídicos contidos no célebre papiro Oxyrrhinchus. Ademais, trabalhou em conjunto com Ulrich Wilcken (1862-1944), aluno de Mommsen, na edição da monumental recolha denominada *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, cujo caráter referencial e estruturante para a papirologia persiste na atualidade.<sup>264</sup>

Mitteis logo compreendeu que a continuidade dos estudos romanísticos dependeria de sua articulação com o direito contemporâneo, nos moldes de uma propedêutica ao BGB. Tanto os cursos por ele ministrados quanto suas obras finais esforçam-se em promover construções genealógicas que conectem a atualidade do direito aos institutos romanos, tomando-se problemas dogmáticos modernos como provocação à mobilização de ferramentas de investigação histórica que apontam para as fontes romanas. Não obstante, o autor ainda viveria o suficiente para ver o desaparecimento do direito romano do currículo universitário austríaco no entre-guerras.<sup>265</sup>

Não apenas no recurso a ciências auxiliares para fins filológicos, preconizado por Mitteis, mas também no reavivamento da pesquisa sobre a problemática das interpolações promovido pelo neo-humanismo verifica-se uma aproximação ao modelo filológico da *Altertumswissenschaft*, que mantém plena confusão entre filologia, ecdótica e crítica textual.<sup>266</sup>

---

<sup>263</sup> KOSCHAKER, pp. 421-422.

<sup>264</sup> KEENAN, James G. The history of the discipline. In: BAGNALL, Roger S. (ed.). **The Oxford handbook of papyrology**. S. ed. Oxford: Oxford University, 2009. pp. 63-64.

<sup>265</sup> KOSCHAKER, pp. 416-417, 484-486.

<sup>266</sup> Para a discussão da distinção entre filologia, ecdótica e crítica textual, veja-se CAMBRAIA, César Nardelli. **Introdução à crítica textual**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 13-19.

Com efeito, aduz-se do relato histórico da disciplina por Wilamowitz que os intelectuais incluídos no rol filológico dedicavam-se não apenas à investigação dos aspectos sócio-históricos do texto, como também – aliás, diríamos, principalmente – à sua preparação editorial, objeto da moderna ecdótica, e à sua correção, com vistas a eliminar passagens espúrias – analogamente à investigação jurídica das interpolações e dos glossemas –, o que constitui o escopo da crítica textual. O fato de Wilamowitz referir-se indistintamente a todas essas atividades sob o desígnio de filologia leva-nos a concluir que sua identificação em especialidades separadas ainda não era uma questão.

Nesse particular, o trânsito entre filologia e crítica textual segue válido no âmbito dos romanistas. Moreira Alves assinala o interesse dos juristas pelo problema interpolacionístico a partir do período do *mos gallicus*, cujos autores até mesmo dirigiram sua verve polêmica contra Triboniano (c. 500-547), o ministro de Justiniano responsável pela compilação do *Corpus iuris civilis*, suposto responsável pelo atentado interpolacionístico à cultura clássica. Se a orientação prática da escola histórica, conforme exposto, não favoreceu o aprofundamento no problema,<sup>267</sup> o ressurgimento do interesse na questão desde meados do século XIX, fomentado por estudiosos como Ilario Alibrandi (1823-1894) e Otto Gradenwitz, levará a uma busca verdadeiramente entusiasmada por interpolações, com destaque para a tese de Mitteis acerca da influência de direitos orientais no direito romano pós-clássico, o que evidenciaria a importância dos seus estudos papirológicos.<sup>268</sup>

Prossegue Moreira Alves, para destacar os principais métodos para a descoberta de interpolações, a saber: o confronto textual (entre versões diferentes do mesmo texto); o método histórico (a busca por anacronismos); o método lógico (textos antinômicos do mesmo jurisconsulto clássico); o método filológico (a análise da pertinência de vocábulos e construções estilísticas ao período estudado); e o método legislativo (a presença de estilo de redação legislativo, em contradição com a suposta fonte jurisprudencial).<sup>269</sup>

Chama-nos a atenção que Moreira Alves ressalte não ser o método lógico justificado por uma suposta aptidão romana para uma exatidão sistemática geométrica, e

---

<sup>267</sup> Cf. supra, CAP. 2, 2.

<sup>268</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. **Estudos de direito romano**. S. ed. Brasília: Senado Federal. 2009. pp. 158-160.

<sup>269</sup> MOREIRA ALVES, pp. 162-163.

sim pelo recurso ao raciocínio diacrônico: a existência de contradições não se coaduna com a qualidade esperada de um texto que sobrevivesse até a época justinianeia. Frisamos também a definição do método filológico, a denunciar a sobrevivência da aludida confusão terminológica entre filologia e crítica textual.

Sobre o panorama da pesquisa interpolacionística, conclui o autor que tal investigação, se realizada com a devida moderação e mediante o cruzamento dos diversos métodos de descoberta acima expostos, guarda ainda potencial para proporcionar bons frutos à ciência romanística.

Diante disso, nossa crítica se orienta em duas direções. Em primeiro lugar, para a preocupação a respeito do preparo do estudioso da área jurídica para a condução de atividades de crítica textual. Em segundo lugar, para o questionamento da finalidade de semelhante investigação que, a nosso ver, não se justifica nos quadros de uma ciência aplicada, em um contexto no qual o direito romano não ostenta função autoritária.

## **2. Estudos clássicos e totalitarismo**

### *2.1 O Terceiro Humanismo*

Werner Jaeger (1888-1961) sucedeu Wilamowitz na cátedra em Berlim, tendo adquirido renome a partir de seus estudos sobre Aristóteles. Jaeger sustentou a necessidade de um “Terceiro Humanismo”, em referência aos humanismos do Renascimento e da época de Goethe – o que nos parece sugerir uma retomada do tema da linha de continuidade Grécia-Alemanha. Também defendeu que a filologia se apartasse definitivamente da tendência historicista, o que poderia implicar a descaracterização da disciplina frente a outras áreas, tais como os estudos literários.<sup>270</sup>

Apesar desse discurso purista, que em essência contraria o perfil da *Altertumswissenschaft*, mantém-se em Jaeger a pretensão de se atingir o próprio ponto de vista dos Antigos, nas linhas anteriormente manifestadas por Wilamowitz:

---

<sup>270</sup> LLOYD-JONES, p. xvii.



Ao empregar um termo grego para exprimir uma coisa grega, quero dar a entender que essa coisa se contempla, não com os olhos do homem moderno, mas sim com os do homem grego.

Não se pode evitar o emprego de expressões modernas como *civilização*, *cultura*, *tradição*, *literatura* ou *educação*; nenhuma delas, porém, coincide realmente com o que os Gregos entendiam por *paideia*. Cada um daqueles termos se limita a exprimir um aspecto daquele conceito global e, para abranger o campo total do conceito grego, teríamos de empregá-los todos de uma só vez.<sup>271</sup>

Em verdade, a despeito da conclamação a uma purgação do ranço historicista da filologia, em Jaeger se borram as fronteiras entre erudição e ideologia. Inegável sua admiração pela cultura grega desde uma perspectiva etnocêntrica, reconhecendo aos helenos decidida singularidade civilizacional, seja em oposição a outros povos antigos, seja em comparação à decadência cultural contemporânea:

Hoje estamos habituados a usar a palavra cultura não no sentido de um ideal próprio da humanidade herdeira da Grécia, mas antes numa acepção bem mais comum, que a estende a todos os povos da Terra, incluindo os primitivos. Entendemos assim por cultura a totalidade das manifestações e formas de vida que caracterizam um povo. A palavra converteu-se num simples conceito antropológico descritivo. Já não significa um alto conceito de valor, um ideal consciente. Com este vago sentimento analógico, nos é permitido falar de uma cultura chinesa, hindu, babilônica, hebraica ou egípcia, embora nenhum destes povos tenha uma palavra ou conceito que a designe de modo consciente. É evidente que qualquer povo altamente organizado tem um sistema educativo. Mas a “Lei e os Profetas” dos Hebreus, o sistema confucionista dos Chineses, o “dharma” hindu são, na sua essência e na sua estrutura espiritual, algo fundamentalmente distinto do ideal grego de formação humana. O costume de falar de uma multiplicidade de culturas pré-helênicas tem a sua origem, em última análise, no afã igualitário do positivismo, que trata as coisas alheias mediante conceitos de raiz europeia, sem levar em consideração que o simples fato de submeter os mundos alheios a um sistema de conceitos que lhes é essencialmente inadequado é já uma falsificação histórica. [...] **Precisamente num momento histórico em que, pela própria razão do seu caráter epigonal, a vida humana se encolheu na rigidez da sua carapaça, em que o complicado mecanismo da cultura se tornou hostil às virtudes heroicas do Homem, é preciso, por profunda necessidade histórica, voltar os olhos para as fontes de onde brota o impulso criador do nosso povo, penetrar nas camadas profundas do ser histórico em que o espírito grego, estreitamente vinculado ao nosso, deu forma à vida palpitante que ainda em nossos dias se mantém, e eternizou o instante criador da sua irrupção.** O mundo grego não é só o espelho onde se reflete o mundo moderno na sua dimensão cultural e histórica ou um símbolo da sua autoconsciência racional. O mistério e deslumbramento originário cerca a primeira criação de seduções e estímulos em eterna renovação. Quanto maior é o perigo de até o mais elevado bem se degradar no uso diário, com tanto maior vigor sobressai o profundo valor das forças conscientes do espírito que se destacaram na obscuridade do coração humano e estruturaram, no frescor matinal e com o gênio criador dos povos jovens, as mais altas formas de cultura [grifo nosso].<sup>272</sup>

Esse trecho, que sintetiza pontos de vista recorrentes na obra maior de Jaeger, tem aspectos bastante problemáticos. De início, chama a atenção uma restrição do conceito

<sup>271</sup> JAEGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 1.

<sup>272</sup> JAEGER, pp. 7-9.

de cultura que, ao excluir de consideração “povos primitivos” e a comparação com outros povos, não europeus, parece-nos direcionada a desacreditar a abordagem ritualista. Igualmente digno de nota o tom de lamentação com o qual Jaeger relata o desuso da acepção axiológica de cultura em favor do seu uso como “simples” conceito antropológico descritivo, isto é, como conceito científico.<sup>273</sup>

Desse modo, em cotejo com a primeira passagem citada, vemos que o exclusivismo helênico em Jaeger se dá em dois graus: não apenas os gregos detêm a singularidade multifacetada da *paideía*, que se exprime em diversas dimensões, como também para essas dimensões, individualmente, reclama-se a aplicabilidade exclusiva para o caso grego. Na parte final deste último trecho, extremamente subjetiva, alinha-se o autor ao projeto de uma filologia ortodoxa, embora sua retórica muitas vezes verborrágica afaste-se da âncora textual, conforme observado por Vegetti.<sup>274</sup>

Tornando mais sofisticada a prática de Wilamowitz, que fizera uso da cátedra para uma retórica de insuflação nacionalista durante a Primeira Guerra Mundial e os anos que se seguiram,<sup>275</sup> Jaeger se vale de três táticas no uso político da Antiguidade. A primeira consiste na reafirmação da tese hegeliana dos elementos da Antiguidade como expressão do espírito do tempo, cujas formas ideais políticas e éticas são formuladas por Platão. A segunda, porém, consiste em extrapolar a temporalidade para afirmar a superioridade eterna das formas espirituais gregas, insuperáveis, não sujeitas à superação dialética. Mais do que insuperáveis, exemplares – e nisso se funda a terceira tática: exaltar a Grécia como farol da cultura alemã, ao frisar a profunda afinidade espiritual entre gregos e alemães. Firma-se a relação de herança entre Grécia e Alemanha, sem qualquer referência à contribuição de elementos latinos e eslavos para a cultura alemã, ao mesmo tempo em que à terminologia hegeliana, calcada em conceitos como *Volk* e *Geist*, acrescenta-se a menção à comunidade heleno-germânica em termos de *Rasse*.<sup>276</sup>

Desse modo, a terceira tática adotada por Jaeger revela-se duplamente anacrônica. Em um primeiro sentido, por retomar o axioma/clichê historicista da revelação da singularidade histórica alemã por meio de seu suposto parentesco com a Grécia – com o

---

<sup>273</sup> Sobre os ritualistas e a crítica de considerações axiológicas na ciência, cf. infra, **CAP. 4**, 1 e 2, respectivamente.

<sup>274</sup> VEGETTI, Mario. **Um paradigma no céu: Platão político, de Aristóteles ao século XX**. 1ª. ed. São Paulo: Annablume, 2007. p. 116.

<sup>275</sup> Cf. infra, **CAP. 3**, 3.

<sup>276</sup> VEGETTI, pp. 111-113.

agravante de se exaltar não mais apenas o parentesco “espiritual”, mas também o suposto parentesco racial. Em um segundo sentido, muito mais profundamente anacrônico, revitaliza-se o enquadramento germânico de uma antípoda às concepções romana e bizantina de Europa.<sup>277</sup>

Ainda em um terceiro sentido, anacrônico hodiernamente, mas não ao tempo de Jaeger: a confusão entre confluências filológico-linguísticas e étnicas, tendência oriunda de concepções do século XVIII, e que se agravará em seguida.<sup>278</sup>

Segundo Jaeger, havia a necessidade de refundação não apenas do humanismo, mas do próprio Reich alemão. Serviu-se politicamente de uma leitura de Platão marcada pelo acentuado relevo conferido à “comunidade de vida” – *Lebensgemeinschaft* – enquanto organicidade da relação entre Estado e indivíduo, demonstrando certa inspiração hegeliana ausente em Wilamowitz. Como este tinha os olhos voltados para a nostalgia da Alemanha prussiano-guilhermina e da aristocracia *Junker*, a leitura política comunitarista de Jaeger soava mais atual no contexto da ascensão nacional-socialista, em que se demandava uma nova aristocracia, “de espírito”, e uma cultura voltada à formação conforme um ideal, tema bastante enfatizado em *Paideia*. A supremacia do Estado sobre o indivíduo e a exigência de estrita simetria e “sanidade moral” na comunidade do povo foram temas sublinhados por Jaeger na conferência *Die griechische Staatsethik im Zeitalter des Plato*, proferida em 1924 por ocasião do aniversário do Reich, e convenientemente publicada dez anos depois. Também retomou nessa palestra a organicidade hegeliana dos gregos – tema que seria explorado também por Julius Stenzel – equilibrados entre os extremos da massa amorfa e do individualismo, esse mal que Jaeger recorrentemente associa aos sofistas e à democracia.<sup>279</sup>

Jaeger viria a assumir tom significativamente mais moderado após ter passado a viver nos Estados Unidos, para onde se mudou a fim de evitar que as perseguições antissemitas atingissem sua esposa. Tal mudança se refletiu em seu retrato de Platão, que na segunda e terceira partes de *Paideia*, lançadas respectivamente em 1944 e 1947, mostra-

---

<sup>277</sup> Cf. supra, CAP. 1, 1.

<sup>278</sup> Cf. infra, CAP. 3, 2.2.

<sup>279</sup> VEGETTI, pp. 115-117, 122.

se como o filósofo politicamente retirado, resignado ante a massa inorgânica e o tirano, a quem é inacessível o conhecimento do Bem característico do rei-filósofo.<sup>280</sup>

## 2.2 *Apropriações totalitárias*

Creemos poder entender o Terceiro Humanismo como um estágio de uma tendência que se aprofundaria no contexto alemão do entreguerras, cuja gênese remonta a um empobrecimento decorrente da abordagem historicista.<sup>281</sup>

O resultado é bastante conhecido: a aplicação do princípio da explicação puramente causal à história da literatura trouxe à luz fatores apenas aparentemente determinantes, fez crescer em escala hipertrófica a pesquisa das fontes e diluiu a peculiaridade específica da obra literária num feixe de “influências” multiplicáveis a gosto. O protesto não tardou a chegar. A história do espírito apoderou-se da literatura, contrapôs à explicação histórica causal uma estética da criação irracional e buscou o nexo da poesia na recorrência de ideias e motivos supratemporais. Na Alemanha, ela se deixou envolver na preparação e fundamentação da ciência literária nacionalista do nacional-socialismo.<sup>282</sup>

A percepção normativa da Antiguidade promovida por filólogos do espectro a que denominamos ortodoxo necessariamente colocou a cultura clássica em posição de modelo político, nos planos da agência, do discurso e da estética, com predominância acrítica deste último. Esta subseção tratará das apropriações promovidas pelo fascismo naqueles três planos.

Como é sabido, a própria denominação *fascismo* faz referência explícita à Antiguidade romana. A centralidade do referencial romano para o regime de Benito Mussolini (1883-1945) se dá como uma radicalização da valorização da *romanità* surgida em seguida à unificação italiana. Sob Mussolini, o culto da *romanità* aprofunda-se por meio do patrocínio estatal a escavações arqueológicas, produções acadêmicas e eventos oficiais, tais como festivais e exposições; bem como da cooptação de estudiosos para a propaganda fascista, como expressão de uma pressão ideológica do regime sobre a história romana.<sup>283</sup>

---

<sup>280</sup> VEGETTI, pp. 119-121.

<sup>281</sup> Cf. *supra*, 2.1.

<sup>282</sup> JAUSS, p. 13.

<sup>283</sup> LOSEMANN, Volker. Fascism. In: GRAFTON, Anthony. MOST, Glenn W. SETTIS, Salvatore (eds.). **The classical tradition**. 1<sup>st</sup> ed. Cambridge: Harvard University, 2010. p. 352.

Ao mesmo tempo, o fato de a Itália ser um país latino conferiu à abordagem local da Antiguidade certo verniz de neutralidade, em comparação às justificativas necessariamente demandadas pelos alemães para fundamentar sua reivindicação de um legado clássico. Adicionalmente, o cultivo da herança romana na Itália fascista fazia o contraponto à helenofilia nacional-socialista.<sup>284</sup>

Veja-se o caso de Marino Gentile (1906-1991), que propôs em seu livro *A política de Platão* uma interpretação da *República* de Platão à luz de um fascismo mesclado de elementos católicos – no que também há um distanciamento em relação aos intérpretes nacional-socialistas da obra platônica, entre os quais Gentile menciona Hans Kelsen.<sup>285</sup> Por um lado, Gentile torna Platão fascista ao destacar a precedência conferida na *República* ao Estado unitário e forte, cujas diretrizes éticas conformariam a economia, como uma espécie de antiliberal e anticontrualista *avant la lettre*; e ao traduzir em jargão fascista o termo platônico para os guardiões da República, *fylákes*, como “soldados”, cuja seleção aliás, seria objeto de especial atenção do Estado. Por outro lado, critica Platão nos marcos da perspectiva fascista e católica, pela ausência de capacidade expansiva imperial do Estado ideal, bem como por sua carência de caridade, especialmente no tocante à comunidade familiar. Outros intérpretes italianos de Platão no período manter-se-iam afastados do fascismo, mas jamais do catolicismo, como demonstra o caso de Luigi Stefanini (1891-1956), que criticou na República platônica seu projeto eugenista (em franca dissonância do caso alemão) e “feminista”, por promover a abolição da instituição familiar.<sup>286</sup>

Mussolini reclamou a herança política de Augusto como modo de legitimação de suas próprias aspirações expansionistas, notadamente a dominação sobre a Etiópia e a Líbia e a ambição de transformação do Mar Mediterrâneo em um *mare nostrum*. Ademais, a *romanità* ganhou crescente conteúdo de discriminação racial, ao se valer do antagonismo entre romanos e cartagineses para conferir uma aura de historicidade a uma narrativa antissemita.<sup>287</sup>

---

<sup>284</sup> VEGETTI, p. 148.

<sup>285</sup> Infelizmente, não conseguimos acessar a obra de Gentile em tempo hábil para analisar neste trabalho seu argumento a respeito da interpretação kelseniana de Platão nos quadros do nacional-socialismo alemão. Sobre a leitura que Kelsen fez de Platão, cf. *infra*, CAP. 4, 2.2.

<sup>286</sup> VEGETTI, pp. 150-159.

<sup>287</sup> LOSEMANN, p. 352.

Sobre a coerência entre o significado do Mediterrâneo no projeto expansionista fascista e a ideologia da *romanità*, diz Koschaker:

En los tiempos del imperio romano mundial todavía no existía Europa. El *imperium romanum* fué un imperio mediterráneo que comprendía los territorios que circundan este mar y cuyo centro político y cultural era la ciudad mediterránea de Roma. Por esta razón el Mediterráneo es para los escritores romanos de la época floreciente del imperio *mare internum, mare nostrum*. La ideología fascista que aspiraba, como es sabido, a la *renovatio imperii romani*, era perfectamente consecuente, cuando ofrecía como desiderata política al Pueblo italiano la resurrección del *impero mediterraneo*. El carácter de imperio mediterráneo que ofrece el imperio romano, no sufre variaciones por el hecho de que Roma extienda su hegemonía a las Galias, hasta Britania, y más tarde, por lo que respecta a Alemania, hasta las fronteras del Rhin y del Danubio. Estos países constituían, en realidad, territorios exteriores, provincias, creados para seguridad de las fronteras, los cuales – excepción hecha de las Galias – no experimentaron jamás una romanización profunda.<sup>288</sup>

A despeito das expressões de *romanità*, a política cultural fascista manteve-se largamente ambivalente em decorrência da disputa entre tradicionalistas e modernistas, ou seja, entre os defensores da preponderância do referencial da Antiguidade romana e os adeptos de uma narrativa não historicista.<sup>289</sup> O conflito entre tradicionalistas e modernistas no âmbito do fascismo italiano chega a uma solução de compromisso com a consolidação da ideia da promoção, pelo Estado, de uma continuidade moderna da missão civilizatória imperial romana, por meio das conquistas territoriais.<sup>290</sup>

Nesse contexto, a orientação neo-humanista do direito romano encontra eco no projeto imperialista da Itália fascista. Vittorio Scialoja (1856-1933) e Salvatore Riccobono (1864-1958), considerados os maiores juristas italianos de seu tempo, defenderam a utilidade propedêutica do direito romano para o estudioso do direito moderno. Riccobono havia sido aluno de pandectistas alemães. O neo-humanismo italiano assume contornos nacionalistas com o discípulo de Scialoja, Pietro Bonfante (1864-1932), vindo a atingir a

---

<sup>288</sup> KOSCHAKER, pp. 27-29.

<sup>289</sup> O desprezo pelo referencial clássico está normativamente explícito no modernismo italiano desde muito antes da ascensão do fascismo. Veja-se os seguintes trechos de *Manifeste du Futurisme*, parte integrante de artigo escrito por MARINETTI, originalmente publicado no jornal parisiense *Le Figaro*, em 20 de fevereiro de 1909: “Nous déclarons que la splendeur du monde s’est enrichie d’une beauté nouvelle ; la beauté de la vitesse. Une automobile de course avec son coffre orné de gros tuyaux tels des serpents à l’haleine explosive... une automobile rugissante, qui a l’air de courir sur de la mitraille, est plus belle que la Victoire de Samothrace”. Mais adiante: “C’est en Italie que nous lançons ce manifeste de violence culbutante et incendiaire, par lequel nous fondons aujourd’hui le Futurisme, parce que nous voulons délivrer l’Italie de sa gangrène de professeurs, d’archéologues de cicérones et d’antiquaires”.

<sup>290</sup> LOSEMANN, pp. 352-353.

Itália do pós-guerra a primazia no estudo crítico das fontes, inclusive com a introdução da papirologia, entre outros estudos auxiliares.<sup>291</sup>

Na Alemanha, a apropriação dos estudos clássicos pelo nacional-socialismo antecede a chegada do partido ao poder. Em 1927, Gottfried Feder (1883-1941) expunha a visão de mundo do NSDAP:

A vontade da forma, a vontade de libertar-se do caos, de repor a ordem no mundo saído da ruína e de governar a ordem como guardiões no mais alto sentido platônico: eis a tarefa imensa que o nacional-socialismo se atribuiu como objetivo.<sup>292</sup>

As principais linhas de apropriação do pensamento platônico já estão colocadas na literatura classicista quando o partido assume o poder, em 1933: o projeto eugênico de pureza racial, com base no livro de Hans Friedrich Karl Günther (1891-1968), *Platon als Hüter des Lebens*, lançado em 1927; e o domínio de uma aristocracia espiritual heroica, a partir da obra de Kurt Hildebrandt (1881-1966), *Platon: der Kampf des Geistes um die Macht*,<sup>293</sup> de 1933. Tentava-se demonstrar a afinidade de gregos e alemães como estirpes guerreiras, em luta contra o iluminismo de sofistas e burgueses, sob o comando de um *Führer* e de uma elite que levariam a nação a um renascimento. Apoiava-se tal visão, ainda, em uma leitura retórica e racializada de Nietzsche, bem como em um retrato de Platão oscilante entre uma visão positiva de sua ambição política (como projeto de um *Führer*) e uma visão negativa (como um “socialista”, que deseja a implantação de uma tirania por terceiros com o intuito de vir a suceder ao tirano). São ilações que causarão grande prejuízo tanto à leitura de Platão quanto à de Nietzsche.<sup>294</sup>

---

<sup>291</sup> KOSCHAKER, pp. 429-430.

<sup>292</sup> Apud VEGETTI, p. 124.

<sup>293</sup> Vegetti (p. 124) entende a oposição explícita entre *Geist* e *Macht* no título da obra de Hildebrandt como a afirmação de uma filiação nietzschiana da *potência* frente à tradição hegeliana do *espírito*. Acrescentaríamos o que já se expôs a respeito desses termos, cf. supra, **CAP. 2**, 1.

<sup>294</sup> VEGETTI, pp. 124-138. Platão, ávido de aperfeiçoar a organização política e consciente da participação pública como um emergir desde uma esfera de preocupações ocultas e privadas, propõe a radicalização da clivagem entre a esfera pública e a privada ao demandar da classe política uma especialização, que se manifesta pela vedação de acesso à propriedade privada pela classe governante. Diz Coing (pp. 33-34): “Platão parte da concepção de que os homens são diferentes de acordo com a disposição e a capacidade. Domina pois a justiça, quando, no Estado, cada um desempenha a atividade, aceita a posição que lhe cabe de acordo com suas capacidades. Portanto, os cidadãos em seu Estado ideal são reunidos em três grupos: a classe dos artesãos e dos camponeses, a classe dos guardas e guerreiros e a classe dos governantes. Somente na classe dos artesãos e camponeses, dos “pagadores de salários e ajudantes”, há propriedade privada, é também no todo, uma existência privada. Os outros dois grupos pertencem, totalmente, ao Estado; para eles não há propriedade privada, nem mesmo famílias; as mulheres são coletivas. As crianças são, logo após o nascimento, entregues ao Estado. A educação é regulada cuidadosamente: Da classe dos guardas, como uma elite, surgem os melhores, os quais, sendo capazes de ver as idéias, são aceitos na classe dos governantes, na ordem dos filósofos que são reis. Pois tão grande, tão imediata é a crença no poder do estado geral das idéias

Desse modo, também o nacional-socialismo alemão se valeu do uso ideológico de elementos da Antiguidade por meio da instrumentalização de disciplinas como a

---

e de sua concepção, que Platão vê no conhecimento destas, a ferramenta do governante, não no conhecimento de situações políticas e econômicas de fato, não no dom para o poder e no conhecimento de suas leis, não em qualquer forma de razão estatal ou ciência política. A doutrina da política torna-se, para ele, necessária para a doutrina do Estado ideal”. Portanto, a proposta platônica não consiste em uma supressão do privado em consequência da hipertrofia do público, mas no estabelecimento da mais rigorosa diferenciação entre ambas as esferas, mediante a completa exclusão da classe governante dos negócios privados. Apenas uma compreensão anacrônica do público como um espaço predominante sobre o privado, decorrente de uma contaminação por princípios de direito administrativo contemporâneo e dos traumas propiciados pelas experiências totalitárias no século XX, pode explicar certas afirmações absurdas, impunemente reproduzidas pelo pensamento jurídico, tais como a que se segue: “A aplicação prática da teoria de Marx, após a bem oportuna Revolução de 1917 na Rússia, tinha algo de improvisado, faltou uma receita. Alguém dos que pretendiam mudar a sociedade, teria lido na época o Estado de Platão, II – VII? No entanto é evidente que o Estado então formado tornou-se platônico. O estado soviético em declínio, mas não ainda substituído por um outro sistema estável, aponta para três elementos. Por um lado, o comunismo como referência, a inexistência de propriedade privada, da idéia social a qual provavelmente menos entusiasmou Platão. Lenin colocou a idéia social como “alavanca”, ou seja, usurpou de seu caráter prometedora. A ausência de posse privada nos meios de produção não tinha por fim proporcionar o bem-estar a alguém, mas sim assegurar o poder. Todas as mudanças políticas da história – ou quase todas – não surgiram das massas sem propriedade, mas sim de possuidores ambiciosos, bem como dos descendentes destes, entediados pela posse. Portanto queria evitar-se a formação da propriedade privada, permitir-se a prosperidade na classe média, que a qualquer tempo podia ser confiscada para o feudo da coletividade. [...]. O segundo elemento era o controle severo da literatura, e de qualquer outra arte. Sempre esperou-se uma época de descongelamento que não surgiu. Algum jornalista liberal ocidental procurou prometer à União Soviética a posição liberal, de que um lírico provavelmente não a poderia prejudicar, mas esta preferiu seguir com Platão, o qual não poupou o poético Heros de todos os gregos, nem Homero, e submeteu-os a uma brutal censura, permitindo seus textos desde que estes expressassem o mais elevado, o positivo [...]. Também isto não devia causar surpresa, pois antes da posse o espírito é a fonte possível de mudança: então quando se quer manter um sistema totalitário, deve-se impedir de todos os meios que a voz do espírito livre soe e possa ser ouvida [...]. O terceiro elemento é a posição oficial da filosofia, que é colocada no trono como filosofia do Estado, ou seja, em condição inânime, como um corpo maquiado. Para Platão o rei tem que ser filósofo, a filosofia torna-se rei. Nenhum regime na história incomodou tanto seus subordinados com filosofia, não os poupando de outras pressões, como o leninista” (ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do direito e do estado**. S. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2000, Vol 1. pp. 76-77). Enxergar uma forma rudimentar de “comunismo” no pensamento platônico representa um anacronismo que denuncia uma profunda incompreensão a respeito tanto de Platão quanto de Marx. Segundo Vegetti (pp. 78-79), a opinião errônea que atribui o coletivismo à totalidade da comunidade da *Kalípolis*, e não apenas à classe governante, remontaria às *Lições de história da filosofia* de Hegel. Também o caso de Nietzsche pode ser exemplificado com recurso a Adomeit (p. 10): “A grande desgraça que atingiu a Alemanha através do Nacional-socialismo, ou por ele ocasionada, foi também um caso filosófico de desgraça: Nietzsche possibilitou, com grave culpa, que tal regime pudesse remeter-se a ele. A aventura imoral tão frequentemente por ele fantasiada tornou-se realidade cruel. A ideia demente do “super-homem” anuviou a cabeça dos pequenos burgueses e deixou que elas saíssem de si”. Adiante (pp. 52-54), o jurista alemão estabelece um paralelo entre Nietzsche e Cálicles, personagem do *Górgias* de Platão. Convém recordar, a respeito de suas posições refratárias a ambos os extremos do espectro político, que Adomeit nasceu na antiga República Democrática Alemã. A imputação de posicionamentos nacionalistas e antissemitas a Nietzsche é decorrente, em larga medida, da edição dos manuscritos promovida por sua irmã, Elisabeth Förster-Nietzsche (1846-1935), a partir de sua iniciativa de fundação do *Nietzsche Archiv*, em 1894. Förster-Nietzsche não apenas teria manipulado o sentido dos termos mediante descontextualizações e até mesmo falsificações, como operado ativamente para fomentar a imagem de seu irmão como precursor do nazismo, tendo articulado inclusive a visita de Adolf Hitler à instituição por ela fundada (cf. LEFRANC, pp. 24-26, 29-31). O enfoque da interpretação redutora em comento se dá sobre a obra madura e os manuscritos finais de Nietzsche. Por essa razão, bem como pela existência de uma corrente ortodoxa subjacente – o Terceiro Humanismo – a apropriação nacional-socialista da Antiguidade não pode ser enquadrada entre as recepções heterodoxas, cuja abordagem filológica é conformada pelo pensamento de juventude de Nietzsche. Ocorre, portanto, uma tentativa de apropriação por conveniência do pensamento de Nietzsche entre autores ligados ao nacional-socialismo, o que não é suficiente para invalidar a tipologia proposta neste trabalho.



filologia, a arqueologia e a história; bem como de manifestações artísticas, tais como a arquitetura e o cinema. Hitler tomou Esparta e Roma como “modelos distantes”, nos quais identificou a condição arcaica de unidade racial que acreditava ser inerente a uma sociedade agrária utópica. A valorização do modelo espartano trazia, ademais, a vantagem de inculcar forte orientação antidemocrática e conservadora, a ponto de até mesmo o ministro nazista da agricultura, Richard Walther Darré (1895-1953), ter apresentado Esparta como modelo do caráter camponês indo-europeu.<sup>295</sup>

Alguns aspectos ideológicos devem ser ressaltados, a esse respeito. Primeiramente, a exaltação de Esparta por Hitler como um modelo de Estado racial governado por uma pequena elite. Em segundo lugar, a sucessão de clichês helênicos presentes na retórica de *Minha luta*, na estética cinematográfica (*Olímpia*, de Leni Riefenstahl [1902-2003]) e na composição cênica (cujo grande exemplo não é dramático, mas esportivo: os jogos olímpicos de Munique, 1936). Ademais, a crença em “leis” históricas da competição racial que, na concepção hitlerista, moldaram a disputa entre Roma (indo-europeia) e Cartago (semita). Relacionado a isso, por fim, a concepção de uma comunidade indo-europeia – de resto, sintetizada na simbologia da suástica – que ligaria alemães a romanos e gregos, como uma solução ao dilema nazista da contradição inerente à exaltação concomitante da pré-história germânica e da Antiguidade greco-romana.

Sobre o valor educativo da cultura clássica, Hitler, em *Minha luta*:

Também o ideal helênico deve ter-nos ficado na sua exemplar beleza [...]. A luta que hoje se avizinha visa um prêmio altíssimo: uma civilização luta pela sua existência, uma civilização que sintetiza em si milênios e engloba a cultura grega junto com o germanismo.<sup>296</sup>

Vê-se, portanto, que o projeto nacional alemão, ao se voltar fortemente a referenciais clássicos desde o século anterior, necessita reafirmar persistentemente a superação de uma contradição recorrente entre germanidade e heleno-romanidade. Tal como no caso italiano, a valorização do modelo romano na Alemanha nazista não obteve adesão unânime – embora fosse o posicionamento adotado por Hitler, que via no Império Romano uma espécie de ensaio para a dominação mundial, a partir de uma perspectiva racial; um posto avançado contra a Ásia, lutando em seu tempo, como o III Reich no seu, contra o “povo mercador semita de Cartago” ou a “judiaria mundial”. Contrapunha-se à idealização de Roma o culto da cúpula nazista – nomeadamente, Alfred Rosenberg (1893-

---

<sup>295</sup> LOSEMANN, p. 353.

<sup>296</sup> Apud VEGETTI, p. 118.

1946) e Heinrich Himmler (1900-1945) – à pré-história alemã, ideologia cujas origens se situam no germanismo político do século XIX, que então já apresentava forte componente de antagonismo em relação a Roma.<sup>297</sup>

Parte da produção acadêmica durante a Segunda Guerra Mundial esforçou-se para conciliar germanismo e estudos clássicos, com o objetivo de provar a liderança intelectual mundial da cultura ariana. Esse esforço integra-se em um movimento mais amplo de acomodação do discurso nacional-socialista sobre a Antiguidade em obras acadêmicas, que passam a repercutir não apenas a valorização e a idealização dos modelos antigos, mas também abordagens pouco comuns em estudos clássicos, especialmente aquelas relacionadas à temática da eugenia e da raça. Os classicistas alemães chegaram mesmo a tomar parte no Serviço de Guerra das Humanidades, instância oficial responsável pela edição de títulos como (em tradução livre) *Roma e Cartago*; e *Esparta: a luta pela vida de uma raça senhorial nórdica*.<sup>298</sup>

Vale lembrar que a caracterização dos alemães como descendentes de um grupo indo-ariano originário extraía fundamento dos estudos filológicos, desde que Sir William Jones, magistrado britânico na Índia, concluía que as fortes semelhanças entre latim, grego, sânscrito, gótico e outros idiomas apenas poderiam ser explicadas a partir da hipótese de uma origem comum. Para o pensamento linguístico da época, a derivação entre idiomas implicava a descendência étnica entre as populações envolvidas, por meio da dinâmica migratória. Não tardaria para que Jones, estudioso do Código das Leis de Manu, formulasse uma hipótese de parentesco dos povos também no quesito religioso, que atrairia forte atenção de estudiosos europeus.<sup>299</sup>

Alguns apontamentos devem ser feitos no que tange especificamente à concepção nacional-socialista do direito romano. O ponto 19 do programa do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (NSDAP), de 24 de fevereiro de 1920, demandava: “Exigimos que o direito romano, que responde a uma concepção materialista do mundo, seja substituído por um direito comum alemão”. Ora, como tivemos oportunidade de examinar,<sup>300</sup> o ensino de direito romano encontrava-se já em franca decadência nas universidades alemãs, em decorrência da edição do BGB. Tanto que os

---

<sup>297</sup> LOSEMANN, pp. 353-354.

<sup>298</sup> LOSEMANN, p. 353.

<sup>299</sup> TURNER, pp. 94-97.

<sup>300</sup> Cf. supra, CAP. 3, 1.

próprios nazistas, uma vez no poder, pouco fizeram para estrangular os estudos romanísticos – que persistiam no mais das vezes mal-disfarçados de cursos de “história do direito na Antiguidade” – além de tomar a única medida prática efetivamente apta a atingir o direito romano: eliminá-lo dos exames finais da graduação em direito.<sup>301</sup>

Em vista disso, qual seria a motivação do ponto 19, supracitado? O positivismo legal, *Gesetzpositivismus*, tendência exegética, anti-historicista, proclamava o caráter supérfluo da romanística diante da codificação.<sup>302</sup> Se ainda vigesse como direito privado o direito romano recepcionado, poderíamos concordar com sua qualificação como um direito “materialista”. Mas aqui vislumbramos duas dificuldades.

A uma, o direito é uma superestrutura que expressa os valores e o modo de organização da sociedade por ele regulada. Apontar o suposto materialismo do direito romano recepcionado não ataca o caráter materialista subjacente, aquele da própria sociedade que o recepcionou. Portanto, do mesmo modo como os defensores do direito romano, informados segundo o paradigma da influência, apontam-lhe qualidades intrínsecas, também seus detratores nazistas nele enxergaram defeitos intrínsecos.

A duas, tal crítica é anacrônica, diante da decantada crise da romanística na Alemanha do começo do século XX. Seriam os burocratas do partido juristas graduados há mais de vinte anos, e sem atuação prática? Seria um artifício para que, ao se combater um problema inexistente, ou existente apenas no senso comum, se ocultasse a pouca robustez do socialismo pretendido pelo partido? Em um tempo de *fake news*, desinformação e falsos problemas de toda ordem, não ignoramos essa possibilidade.

Ademais, a indisposição nazista com o direito romano vai de encontro à reivindicação de continuidade em relação ao império, entendida dentro de uma continuidade ainda mais ampla da nação germânica desde a pré-história, associada à teoria da caudilhagem, a concepção da organização social germânica em torno do chefe.<sup>303</sup>

Diante da arraigada identificação do direito romano como direito imperial, soa contraditória a aversão nacional-socialista à romanística, o que expõe as dificuldades quanto à identificação com o legado imperial, ora visto como dotado de elementos atávicos de germanidade, ora combatido como veículo de um universalismo cristão, incompatível

---

<sup>301</sup> KOSCHAKER, pp. 441-446.

<sup>302</sup> GILISSEN, pp. 515-518.

<sup>303</sup> KOSCHAKER, pp. 446-460.

com a superioridade específica dos alemães. Para Koschaker, tal dificuldade se deve ao fato de o nacional-socialismo conceber a ideia imperial a partir de outra matriz, mais recente – a matriz prussiana, contraposta ao império encarnado nos últimos tempos por sua antagonista no espaço alemão, a Áustria.<sup>304</sup>

### 3. Carl Schmitt

Conforme aludido anteriormente,<sup>305</sup> Wilamowitz valeu-se de sua posição de prestígio como catedrático de filologia em Berlim para promover um intransigente discurso belicista e nacionalista prussiano ao tempo da Primeira Guerra Mundial, bem como nos anos subsequentes. Enxergando em toda parte paralelos entre a Antiguidade e a política internacional de seu tempo, para atacar ora a democracia liberal inglesa, ora o comunismo dos bolcheviques, Wilamowitz identifica positivamente a República platônica e o Estado forte de tipo prussiano, caracterizados ambos pelo governo fundado no corporativismo da harmonia estamental, na autoridade paternalista e no modo de vida rígido controlado por homens de tipo a um só tempo rigoroso e ascético, espécie de filósofos-militares. O próprio Wilamowitz, após a derrota alemã na Grande Guerra, apresentar-se-á como o combatente platônico da honra prussiana, inimigo da “oclocracia” molenga de Weimar.<sup>306</sup>

No semestre de verão de 1907, Wilamowitz difundia ideias desse gênero em seu curso na Universidade de Berlim, *Kultur des Hellenismus*. Encontra-se o filólogo no auge de seu prestígio acadêmico, exalando autoridade e domínio do tema exposto, a ponto de personificar a intelectualidade normativa prussiana e alemã. Esta é a impressão causada pelo mestre no jovem calouro que se transferira do interior para estudar direito em Berlim, após ter sido demovido pela família da intenção de se formar em filologia: Carl Schmitt.<sup>307</sup>

Não tardaria a Schmitt, porém, vislumbrar a incoerência entre o discurso que articula tantos elementos e temas bélicos no tratamento da Antiguidade e a existência burguesa do professor que o enuncia, conforme se aduz das memórias registradas em um breve texto de janeiro de 1947, *Berlim, 1907*, surgido no âmbito da correspondência entre

---

<sup>304</sup> KOSCHAKER, pp. 460-469.

<sup>305</sup> Cf. supra, CAP. 3, 2.1.

<sup>306</sup> VEGETTI, pp. 113-115.

<sup>307</sup> LAVERNIA BIESCAS, Kilian. “Berlín, 1907”. La reconstrucción de un recuerdo de juventud de Carl Schmitt. In: **Res publica. Revista de história de las ideas políticas**, Madrid, Vol. 19, n.º. 1 (2016), p. 330.

Schmitt, então interno em um campo de prisioneiros após o término da Segunda Guerra Mundial, e Ernst Jünger (1895-1998).<sup>308</sup>

Como poderia Wilamowitz, homem de vida absolutamente pacata e segura, discorrer sobre Cícero, um romano cuja vida fora totalmente envolta na violência e nos perigos dos tumultos políticos?

¿Qué podía saber un hombre tan bien situado, tan contenido y acomodado como este consejero secreto berlinés del año 1907 sobre un orador político, cuya existencia toda se encuentra, en cada palabra suya y en cada acontecimiento que vivió, hasta en los detalles de su muerte y de su tratamiento mortuorio, en una completa situación de guerra civil? El gran erudito, el mismo que hablaba de un modo benévolamente liberal sobre 1848 y de manera elogiosa sobre Cicerón, jamás había estado un solo segundo de su vida en el peligro en que Cicerón lo estuvo la suya entera. Jamás había caído en aquel ámbito más allá de las líneas amigas. A cualquiera, empezando por el gran erudito, le habría parecido inconcebible que su nombre se encontrara en una lista de proscritos o que él mismo estuviese proscrito y fuera del derecho.<sup>309</sup>

A repulsa superveniente a Wilamowitz confirma, não contraria, nossa percepção do posicionamento de Schmitt no campo de uma filologia jurídica ortodoxa, que se expressa como percepção normativa de uma continuidade conceitual orgânica pressuposta em sua crítica das rupturas verificadas na história dos conceitos, apresentada quase em termos de uma crítica das práticas de recepção no âmbito do pensamento jurídico.

Tal percepção afigura-se consistente mesmo no pós-guerra, com a reminiscência da desilusão intelectual em relação a Wilamowitz:

Si vuelvo a utilizar, frente a ello, la palabra *nomos* en su sentido primitivo, no lo hago para dar una nueva vida artificial a mitos muertos o para conjurar sombras vacías. La palabra *nomos* es aplicable para nosotros porque tiene la propiedad de proteger conocimientos que surgen de la problemática mundial actual contra un enredo positivista legal, sobre todo contra la confusión con palabras y conceptos de la ciencia jurídica intraestatal del siglo XIX. Es necesario, para ello, recordar el sentido original y la correlación con la primera toma de la tierra. **El *nomos* venidero de la tierra no será un redescubrimiento de instituciones primitivas, pero tampoco debe ser confundido, por otro lado, con el sistema normativo de la legalidad y las legalizaciones del siglo pasado.** A pesar de la modificación de la forma de pensamiento y expresión que ya se inició en la época clásica, siempre ha sido perceptible que la palabra *nomos* no indicaba originalmente, en modo alguno, una mera disposición en la que pudiera separarse el Ser y el Deber y dejar de tenerse en cuenta la estructura espacial de una ordenación concreta. **Esta utilización ulterior forma parte, más bien, del lenguaje usado en una época decadente, que ya no era capaz de establecer el enlace con su origen y comienzo y que no distinguía el derecho fundamental, como ordenación y asentamiento concretos, de las diversas disposiciones,**

<sup>308</sup> LAVERNIA BIESCAS, p. 310.

<sup>309</sup> SCHMITT, Carl. Berlín, 1907. In: LAVERNIA BIESCAS, Kilian. “Berlín, 1907”. La reconstrucción de un recuerdo de juventud de Carl Schmitt. **Res publica. Revista de história de las ideas políticas**, Madrid, Vol. 19, nº. 1 (2016), p. 340.

**reglamentos, órdenes, medidas y preceptos que trae consigo la dirección y el gobierno de una comunidad.** Potentados póstumos de cuño helenista y cesarista – que ya no constituyen nada, sino únicamente dirigen – se instalan en los restos aún existentes de antiguas ordenaciones, de las cuales se sirven para conseguir adhesión y obediencia [Grifos nossos].<sup>310</sup>

Que haja, para Schmitt, uma evolução orgânica ou apropriada do uso dos conceitos está implícito, por exemplo, em sua crítica da fusão conceitual entre *nómos* e *thésis* entre os sofistas gregos como “expressão de um estado de evolução típico, ainda que anormal”.<sup>311</sup>

Aquilo que há de fundamental, de estruturante, é sempre recorrente – *em uma nova roupagem*:

Como es natural, tales actos constitutivos no son algo cotidiano, pero tampoco son acontecimientos de tiempos pasados que ya no tienen para nosotros más que un interés arqueológico o histórico. **Mientras la historia del mundo no esté concluida, sino se encuentre abierta y en movimiento, mientras la situación aún no esté fijada para siempre y petrificada, o expresado de otro modo, mientras los hombres y los pueblos aún tengan un futuro y no sólo un pasado, también surgirá, en las formas de aparición siempre nuevas de acontecimientos históricos universales, un nuevo *nomos*.** Así pues, se trata para nosotros del acto fundamental divisor del espacio, esencial para cada época histórica; se trata de la coincidencia, estructuralmente determinante, de la ordenación y el asentamiento en la convivencia de los pueblos sobre el planeta que entretanto ha sido medido científicamente. Este es el sentido en el que se habla aquí del *nomos* de la tierra; **pues cada nuevo período y cada nueva época de la coexistencia de pueblos, imperios y países, de potentados y potencias de todo tipo, se basa sobre nuevas divisiones del espacio, nuevas delimitaciones y nuevas ordenaciones espaciales de la tierra** [Grifos nossos].<sup>312</sup>

Ainda que se conceda alguma dificuldade por conta do caráter de recorrência histórica do *nómos*, deve-se frisar a impossibilidade de se incluir Schmitt no âmbito do que se convencionou chamar, aqui, heterodoxia, por uma série de razões. Primeiramente, por sua ênfase nos aspectos textuais da análise filológica como ponto de partida metodológico. Em segundo lugar, pela importância desse tipo de análise em função da comunidade linguística em que se insere o povo alemão, em razão da qual se condena a ressignificação terminológica como uma deturpação, uma degeneração. Finalmente, pelo caráter de esclarecimento de mecanismos históricos assumido pela explicação filológica. Em conjunto, tais razões – especialmente a segunda e a terceira – apontam para o caráter

---

<sup>310</sup> SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del “Jus publicum europaeum”*. S. ed. Buenos Aires: Struhart, 2005. pp. 50-51.

<sup>311</sup> SCHMITT (2005a), p. 58.

<sup>312</sup> SCHMITT (2005a), pp. 61-62.

*normativo* assumido pelo resultado da investigação textual. Abordemos cada um desses aspectos.

No que concerne à centralidade do texto para a argumentação de Schmitt, ressaltamos os elementos de crítica textual por ele aduzidos em sua construção conceitual. O tratamento do termo *nómos* demonstra tal rigor a ponto de levar Schmitt a rechaçar a versão do texto de *Odisseia*, I, 3 reproduzida pela prestigiosa tradução do filólogo clássico anti-romântico Johann Heinrich Voß (1751-1826), em favor da interpretação de Rudolf Hirzel (1846-1917), que sustentou ser a referência a *nóon* uma corrupção do original, em que deveria constar *nómon*. Para Schmitt, um navegador apreende as muitas cidades fortificadas e os muitos *nómoi* – as ordenações divisoras, os confins – dos homens, não o *nous* – a razão – dos homens. Argumenta Schmitt que *nómos*, como configuração espacial, mantém o paralelismo adequado com a referência geográfica a “cidades fortificadas”; e que o *nous* seria característico dos homens em geral.<sup>313</sup>

Talvez possamos entender a preocupação de Schmitt com essa passagem de Homero por ser o primeiro sinal da história da decadência do termo *nómos*. A perda do sentido essencial do termo grego claramente incomoda o jurista alemão:

La palabra griega para la primera medición en la que se basan todas las mediciones ulteriores, para la primera toma de la tierra como primera partición y división del espacio, para la partición y distribución primitiva es: *nomos*. Esta palabra, comprendida en su sentido original referido al espacio, es la más adecuada para tomar conciencia del acontecimiento fundamental que significa el asentamiento y la ordenación. Deseo devolver a esta palabra su fuerza y magnitud primitiva, aún cuando haya perdido su sentido original en el transcurso de los tiempos, y ya en la Antigüedad, convirtiéndose finalmente en el calificativo general, insubstancial, de cualquier regulación u ordenación normativista que haya sido establecida o dictada. Fue utilizada después para estatutos, disposiciones, medidas y decretos de todo tipo, de manera que finalmente, en nuestro siglo XX, la lucha contra el evidente uso impropio de disposiciones y medidas legales de una legalidad que ya era tan sólo estatal podrá presentarse como *nomomaquía*.<sup>314</sup>

---

<sup>313</sup> SCHMITT (2005a), pp. 59-61; SAFRANSKI, pp. 167-168. A discussão sobre este verso remonta à Antiguidade. A célebre edição da Loeb Classical Library traz *nóon*, mas registra a alternativa *nómon*, defendida por Zenódoto de Éfeso (c. 323-260 a.C.). Pessoalmente, acreditamos que *nómon*, como referência física, não resolve o problema de paralelismo com *ástea*, forma plural, ao passo que, se *nous* efetivamente se refere a uma faculdade humana universal, seu uso no singular nesta passagem afigura-se adequado. De qualquer modo, tal observação serve mais como crítica da aplicação de paralelismos semânticos como critério lógico em poesia do que de uma demonstração cabal da adequação deste termo em detrimento de *nómon*. Resposta definitiva – se houver – possivelmente se encontra no campo da linguística histórica – e Schmitt (p. 59) nega importância ao fato de não haver outras ocorrências de *nómos* e seus derivados na *Odisseia*, além de deliberadamente evitar discutir a adequação de outras ocorrências de *nous* no texto – ou nos aspectos da métrica, que não temos competência para avaliar.

<sup>314</sup> SCHMITT (2005a), p. 48.

*Nómos* é a forma substantiva de *némein*, verbo grego que compartilha a mesma raiz linguística, segundo Schmitt, do alemão *nehmen*. Assim, *némein* corresponde ao ato de tomar, e *nómos* é a tomada – *die Nahme*. Mas não somente isso: *némein* contém em si os sentidos dos verbos alemães *teilen* e *weiden*. Logo, temos *némein* – *nehmen*, *teilen*, *weiden*; e *nómos* como tomada, partição e apascentamento. Há o ato de tomada da terra, que implica sua divisão e utilização.<sup>315</sup>

A tomada constitui o ato primordial e fundamental a partir do qual todos os outros atos constituintes do *nómos* são estruturados. Que o problema do *nómos* não se resume a um exercício de antiquarismo o denota a preocupação de uma série de autores modernos, como Locke (1632-1704) e Kant, com o ato de tomada. Entretanto, é recorrente que os eventos relativos à partição estejam mais vivos na memória. Mais recentemente, o pensamento econômico liberal, que ignora o problema do ato de tomada em uma época em que a capacidade de partição e produção é sempre crescente, deixou de se ocupar da questão do *nehmen*. O mesmo se deu com o pensamento socialista “moralista”, que, em reação à tomada territorial representada à época pelo imperialismo colonialista, enfatizou a partição e a produção em detrimento da tomada da terra. Apenas Marx, que não pensava em termos de moral, mas de dialética histórico-filosófica, compreendia a centralidade do *nehmen*, ocupando-se da questão dos meios de produção em termos de sua tomada.<sup>316</sup>

Mesmo os juristas modernos centraram sua reflexão na ordem estatal já constituída e nas technicalidades daí decorrentes.<sup>317</sup> Isso se torna problemático para Schmitt a partir do momento em que a ideia de *nómos* é assimilada por tal vocabulário técnico, o que se encontra na encruzilhada de todas as preocupações filológicas de Schmitt: representa a um só tempo um equívoco quanto à genealogia do termo; uma capitulação ante a um sentido técnico “degenerado”; e uma contaminação alheia à comunidade linguística helenogermânica.

Esse último aspecto do problema não fica evidenciado em sua obra do pós-guerra. Após relatar a evolução do entendimento de *nómos* na Grécia conforme o entendimento de filósofos e legisladores, Schmitt diz, sucintamente, que a anulação

---

<sup>315</sup> SCHMITT, Carl. Apropiación, partición, apacentamiento. In: SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra en el derecho de gentes del “Jus publicum europaeum”**. S. ed. Buenos Aires: Struhart, 2005. pp. 363-364; SCHMITT (2005a), pp. 52-53.

<sup>316</sup> SCHMITT (2005a), pp. 77-78; SCHMITT (2005b), pp. 366-373.

<sup>317</sup> SCHMITT (2005a), p. 65.



moderna do sentido de *nómos* como tomada da terra é decorrente da superveniência de uma série de distinções e antíteses, com destaque para a oposição entre *nómos* e *fýsis*.<sup>318</sup>

A deturpação do *nómos* é completada, na modernidade, com a sua equiparação a *lei*. Em *O nomos da terra*, Schmitt identifica a origem dessa palavra alemã (*Gesetz*) fortemente associada à tradução da Bíblia por Lutero, e à conseqüente tradição advinda do debate teológico. A argumentação de Schmitt no pós-guerra atenua seu entendimento anterior quanto à contribuição da tradição judaica para a consolidação da equivalência espúria entre *nómos* e lei, mediada por uma tradução da lei (*torah*) judaica por *nómos*. A motivação polêmica de Schmitt explicaria, ademais, a sua insistência quanto à ocorrência de *nómos* em Homero, o que conferiria precedência cronológica ao termo em relação ao hebraico *torah*.<sup>319</sup>

---

<sup>318</sup> SCHMITT (2005a), pp. 49-50.

<sup>319</sup> SCHMITT (2005a), pp. 51-52; SOLON, Ari Marcelo. Judaism: Jewish law in Kelsen. In: **Cadernos de pós-graduação em direito: estudos e documentos de trabalho**, São Paulo, nº 14, 2012. Disponível em [http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno\\_14\\_2012.pdf](http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_14_2012.pdf). Consultado em 13/01/2019. pp. 7-8.

## Capítulo 4

### RECEPÇÕES HETERODOXAS

*Tinhamos a justiça codificação da vingança.  
A sciencia codificação da Magia.  
Antropofagia. A transformação permanente  
do Tabú em totem.*

OSWALD DE ANDRADE,  
*Manifesto Antropofago* (1928)

#### 1. A via ritualista

##### 1.1 *Os ritualistas de Cambridge*

A ideia de uma sofisticação intelectual atávica da cultura grega havia encontrado oposição no pensamento de Nietzsche, cuja obra *O nascimento da tragédia* lhe rendeu, conforme anteriormente discutido,<sup>320</sup> a condição de um pária na filologia científica europeia do século XIX. Em seu tempo Nietzsche pôde ser considerado um pensador excêntrico, histriônico, até, o que sem lugar a dúvida incentivou a aversão intelectual manifestada por seus contemporâneos. Mas muito mais difícil seria repelir a crítica filológica nietzschiana à luz da convergência de determinados fatores que viriam a alterar profundamente o cenário intelectual ocidental, a saber: a publicação de *A origem das espécies*, por Charles Darwin (1809-1882), em 1859; a enxurrada de artefatos arqueológicos descobertos na Grécia e no Oriente Médio a partir da década de 1870, a dar novos contornos aos eventos narrados na Bíblia e na épica grega; e a proliferação de informações etnográficas surgidas no final do século XIX em consequência do

---

<sup>320</sup> Cf. supra, CAP. 2, 1.

imperialismo europeu, sendo *O ramo de ouro*, de J. G. Frazer (1854-1941), o trabalho individual mais influente nesse contexto.<sup>321</sup>

Surgidos em 1890, os dois volumes de *O ramo de ouro* – que se tornariam doze, por ocasião da terceira edição (1915) – são obra de um erudito oscilante entre a filologia clássica e a antropologia de gabinete, campo no qual havia adquirido autoridade a partir da publicação de textos sobre tabu e totemismo. Por meio da pesquisa antropológica, Frazer buscou compreender a evolução da mentalidade humana a partir da reflexão especulativa sobre a origem e natureza da religião e do mito. Para tanto, subscreveu, de início, a teoria de seu mentor, William Robertson Smith (1846-1894), segundo a qual, nas religiões primitivas, a prática ritual precede a formulação de doutrinas. Isto é, o grupo social primeiramente realiza atos rituais repetidamente, apenas posteriormente vindo a conceber uma explicação que fundamente a prática. Gradativamente, o interesse de Frazer foi se deslocando desse problema para o estudo da distinção entre magia e religião.<sup>322</sup>

A religiosidade antiga é apresentada em *O ramo de ouro* como baseada em uma concepção “cosmopolita”, qual seja, a magia, fundada na crença em forças impessoais sobrenaturais que regem o cosmo, cujos elementos estariam todos conectados por forças ocultas. Essas forças poderiam, por sua vez, ser acionadas mediante o correto desempenho de atos rituais. Tal visão embasou diversas práticas e concepções, tais como o ordálio, enquanto julgamento pela ação dos elementos naturais; a condenação da feitiçaria, como invocação prejudicial das forças naturais; e – o que é mais importante em nosso estudo – o formalismo típico do direito arcaico, eis que a solenidade verbal, tão presente no direito romano,<sup>323</sup> sobrepujou qualquer valor finalístico ou axiológico do ato jurídico.<sup>324</sup>

Antes de se dissociar da teoria de Smith, Frazer a transmitiu a Jane Ellen Harrison (1850-1928), Francis MacDonald Cornford (1874-1943) e Gilbert Murray (1866-1957), que a endossaram e a desenvolveram. Por essa razão, embora seja patente a importância de Frazer como referência para as concepções do grupo, ele próprio nunca se

---

<sup>321</sup> ACKERMAN, Robert. Foreword. In: CORNFORD, F. M. **From religion to philosophy: a study in the origins of western speculation**. S. ed. Princeton: Princeton University, 1991. pp. vii-viii.

<sup>322</sup> TURNER, pp. 294-295.

<sup>323</sup> Cf. infra, **CAP. 4**, 1.2.

<sup>324</sup> COING, pp. 213-214.

considerou ou foi considerado como um daqueles que ficariam conhecidos como os ritualistas de Cambridge (Murray, na verdade, lecionava em Oxford).<sup>325</sup>

Os filólogos britânicos desde meados do século XIX eram resistentes à ideia de se ampliar o escopo da investigação filológica para além da pura análise textual, que muitos ainda consideravam suficiente para aclarar o sentido das obras estudadas, independentemente de qualquer evidencia histórico-cultural adicional. Em suma, a atitude geral era de aversão à materialidade da arqueologia, da epigrafia e da numismática. Oxford e Cambridge comungavam dessa tendência geral de ênfase na análise textual, embora com nuances próprias. Nesta, a análise gramatical era o objeto quase exclusivo dos estudos. Naquela, o enfoque recaía sobre a filosofia, com predomínio histórico dos estudos aristotélicos, embora tenha se registrado um crescente interesse por Platão, tratado como um autor atemporal, cujas obras muito tinham a dizer diretamente à Inglaterra contemporânea. Em ambas, vicejava o desprezo pelo estudo da cultura material.<sup>326</sup>

O impacto cultural das súbitas revelações da teoria de Darwin na Inglaterra vitoriana fomentou a ideia de que teria ocorrido na Grécia Antiga uma ruptura radical análoga entre uma era de predomínio do pensamento religioso e uma era filosófica. Essa crença em um suposto “milagre grego”, por meio da qual a civilização teria passado de uma fase religiosa a outra, racional, por meio de epifanias e exercícios intelectuais de indivíduos excepcionais, seria combatida pelos ritualistas. Para Cornford, o espírito de investigação intelectual surgido de maneira aparentemente espontânea na Grécia é diretamente derivado, na verdade, tanto por sua estrutura quanto por sua terminologia, problemas e referenciais, do pensamento religioso predominante havia séculos. A menos que se admita que os filósofos pré-socráticos tenham sido capazes de transcender o senso comum de sua cultura por pura obra de gênio, intuindo realidades materiais exclusivamente por meio do exercício intelectual, há que se concluir que os gregos, assim como os europeus modernos, somente poderiam entender o mundo tendo a sua própria cultura como ponto de partida. Nem Darwin nem Tales eram fruto do acaso.<sup>327</sup>

No prefácio de sua obra *From religion to philosophy*, Cornford argumenta:

There is a real continuity between the earliest rational speculation and the religious representation that lay behind it; and this is no mere matter of

---

<sup>325</sup> TURNER, p. 296.

<sup>326</sup> TURNER, p. 287, 289.

<sup>327</sup> ACKERMAN, pp. ix-x.

superficial analogies, such as the allegorical equation of the elements with the Gods of popular belief. Philosophy inherited from religion certain great conceptions – for instance, the ideas of ‘God,’ ‘Soul,’ ‘Destiny,’ ‘Law,’ – which continued to circumscribe the movements of rational thought and to determine their main directions. Religion expresses itself in poetical symbols and in terms of mythical personalities; Philosophy prefers the language of dry abstraction, and speaks of *substance, cause, matter*, and so forth. But the outward difference only disguises an inward and substantial affinity between these two successive products of the same consciousness. The modes of thought that attain to clear definition and explicit statement in philosophy were already implicit in the unreasoned intuitions of mythology.<sup>328</sup>

De qualquer modo, a conjugação da perspectiva nietzschiana com a massa crítica de evidência antropológica produzida por Frazer e por outros autores, além do influxo das tendências em voga na sociologia francesa, propiciou aos ritualistas postular uma reformulação da narrativa dos caminhos da cultura grega a partir do século V a.C. Sem que se negue os notáveis desenvolvimentos desse período, há que se admitir que os gregos não surgem do nada, devendo-se, portanto, voltar os olhos à pré-história grega. A visão ritualista tem o mérito de explicar o florescimento da filosofia grega a partir de um substrato antropológico comum a outras culturas, contestando a pretensão europeia à herança de uma civilização “especial”, “única”. Por outro lado, o ritualismo é considerado problemático por levar, conforme exposto adiante, a uma acentuada – senão exagerada – caracterização primitivista dos gregos.<sup>329</sup>

Tal caracterização foi elaborada com fulcro nos desenvolvimentos conduzidos na sociologia contemporânea por Émile Durkheim. Enquanto Frazer exprimiu o individualismo anglo-saxão ao entender as mudanças na visão de mundo primitiva como resultado da aceitação gradual dos esforços de “filósofos selvagens”, Durkheim rechaçaria tal noção sob o argumento de que a figura do filósofo implica uma individualidade do pensar inexistente em grupos primitivos. A religião primitiva deveria ser entendida em termos de representações coletivas, com a projeção de ideias sobre a sociedade para uma figura divina. Os ritualistas abraçariam essa explicação, estabelecendo analogias entre os antigos gregos e os aborígenes australianos e outros grupos, todos considerados “primitivos”, cuja humanidade se exerce em limites um tanto precários.<sup>330</sup>

Apesar do mal-disfarçado eurocentrismo, os ritualistas, com sua incursão antropológica, tiveram o mérito de chamar a atenção dos classicistas ingleses para a

---

<sup>328</sup> CORNFORD, F. M. **From religion to philosophy: a study in the origins of western speculation**. S. ed. Princeton: Princeton University, 1991. p. xiii.

<sup>329</sup> ACKERMAN, p. viii.

<sup>330</sup> ACKERMAN, pp. x-xi.

articulação de saberes preconizada pela filologia alemã nos marcos da *Altertumswissenschaft*, embora a tenha exercitado com radicalidade não experimentada pelos alemães. Ao contrário, seu gigante filológico de sempre, Wilamowitz, nutriu ojeriza pelas ideias de Harrison. Enquanto a academia alemã não se deixou levar pelo entusiasmo antropológico dos ritualistas, mantendo o foco no cânone literário, verificou-se na Inglaterra uma abertura duradoura à discussão de evidências não literárias.<sup>331</sup>

Nietzsche seria, de fato, o grande inspirador filológico dos ritualistas. Sua preocupação precoce em estabelecer coerência entre as ideias veiculadas e a fluência estilística<sup>332</sup> seria preservada na escrita dos ritualistas, a demonstrar o influxo nietzschiano sobre as ideias desenvolvidas por aquele grupo, o que pode ser exemplificado por esta elegante passagem de Cornford:

Now, the two tendencies, or temperaments, which, in the series of philosophical systems, have left so plain a record of their characteristic aspirations and visions of life and nature, did not suddenly spring into being in the century of Anaximander and Pythagoras. The philosophic Muse is not a motherless Athena: if the individual intellect is her father, her older and more august parent is Religion. Behind Anaximander stands the Ionian Homer, with his troop of luminous Olympians; behind Pythagoras we discern the troubled shapes of Orpheus and Dionysus. It is natural to suppose that the two philosophic traditions are severally related to the types of Greek religion – Olympian and Dionysian – in which the same contrasted temperaments had framed mythical symbols, to express what they felt towards the life of nature and the life of man.<sup>333</sup>

Tendo-se situado os ritualistas no horizonte intelectual de sua época, passemos ao exame de discussões de interesse para o estudo do direito antigo, conforme se apresentam na literatura ritualista.

A propósito da ideia grega de *nómos*, em um sentido religioso e antropológico:

Now if, in various widely sundered parts of the world, the separation of the four or more elements into the regions of space was based on the quartering of the tribal camp among the divisions of the social group, we here have tangible evidence of that social, and therefore moral and religious, emphasis which our hypothesis demanded to account for the prominence of this representation in the historic religion and philosophy of Greece. We can hardly resist the conclusion that it came down to Homer and Hesiod and Anaximander from a primitive stratum of thought, which we could never have reconstructed, had it not lain fossilised to this day, in the beliefs and institutions of existing races of mankind. Here we touch at last the bedrock. **Behind philosophy lay religion; behind religion, as we now see, lies social custom – the structure and institutions of the human group.** In the first chapter, we divined that *Moirá*, the supreme power in the universe, was very closely allied to *Nómos*, in the sense of constitutional order. Now it appears that *Moirá* is simply a projection, or

---

<sup>331</sup> TURNER, p. 297.

<sup>332</sup> Cf. supra, CAP. 2, 1.

<sup>333</sup> CORNFORD, p. xv.

extension, of *Nomos* from the tribal group to the elemental grouping of the cosmos. **We can read a new sense into the apophthegm ascribed to Pythagoras, that ‘*Themis* in the realm of Zeus, and *Dike* in the world below, hold the same place and rank as *Nomos* in the cities of men; so that he who does not justly perform his appointed duty, may appear as a violator of the whole order of the universe.’** The eternal laws, of which Antigone said that no one knew from whence they were proclaimed, can now be seen to have been projected, as a sort of Brocken spectre, from those very laws of the state with which she contrasts them.

We are now in a position to formulate the answer to our main question, as follows:

*Primitive beliefs about the nature of the world were sacred (religious or moral) beliefs, and the structure of the world was itself moral or sacred order, because, in certain early phases of social development, the structure and behaviour of the world were held to be continuous with – a mere extension or projection of – the structure and behaviour of human society. The human group and the departments of Nature surrounding it were unified in one solid fabric of moirai – one comprehensive system of custom and taboo. The divisions of Nature were limited by moral boundaries, because they were actually the same as the divisions of society [Grifos nossos].*<sup>334</sup>

Sobre o importante termo *thémis*, inserido no contexto do rei primitivo como uma figura “arquimágica” que, antes de figurar como um sacerdote de uma força divina superior – e muito antes, ainda de atuar historicamente como um chefe político –, teria operado, por meio de mecanismos de simpatia apontados por Frazer, como o catalisador de energias da natureza e do grupo social, diz Cornford:

There is abundant evidence from all quarters that this magical control of nature remains as the primary function of kingships of more developed types. Because at one time human society and nature formed one solid system, the head of society is *ipso facto* the head of nature also; he is the source of law, which governs the elements no less than mankind. In this sense, he is pre-eminently ‘divine.’ His judgments or ‘dooms’ (θέμιστες) are, as Hesiod tells us, inspired. The word *Themis*, like its cognate, the English ‘doom,’ means both ‘judgment,’ ‘decree of right,’ and also the oracular utterance of Fate; once more we find what *ought* to be undistinguished from what *must* and *will* be. The king is spokesman of the world-order, of destiny and law; for he is the seer, and moves in the world of supersensible, sacred things, in immediate and perpetual contact with that power in nature which is the magnified reflex of his own august potency.<sup>335</sup>

*Magical control of nature* como uma função primária da realeza denota uma fase adiantada de desenvolvimento social, já que no totemismo mais primevo os rituais não teriam por função exercer o controle sobre a natureza. Isso porque o ato de controlar pressupõe uma alteridade entre ser humano e mundo natural não percebida nos estágios sociais primários, cuja prática mágica teria se dado por identificação com o natural, sob a

---

<sup>334</sup> CORNFORD, pp. 54-55.

<sup>335</sup> CORNFORD, pp. 105-106.

forma de simpatia (*syn-pathia*) ou *pre-presentatione*, prática mimética que seria enfatizada por Harrison.<sup>336</sup>

O totemismo viria a fundamentar a sofisticada explicação oferecida por Harrison acerca da distinção entre divindades ctônicas e olímpicas na religião grega. Segundo a autora, o culto da terra precedeu o culto do céu por duas razões: a relação da terra com o culto dos mortos e a necessidade de se obter alimento, que forçou o homem primitivo a centrar sua atenção na terra. Como consequência do movimento histórico de humanização das divindades, estas passaram a ser situadas no céu, vindo, no dizer de Harrison, a “chutar a escada” pela qual subiram desde a terra. A natureza inconciliável da distinção entre divindades olímpicas e ctônicas seria equalizada por meio do mito da gigantomaquia. Os gigantes teriam por característica, mais do que o tamanho avantajado, o fato de serem filhos da terra (*gēgeneis*).<sup>337</sup>

De acordo com Solon, a discussão da evolução dos sentidos de termos como *thémis* e *dikē* desde seus usos religiosos primordiais permitirá afastar noções anacrônicas a respeito do direito grego, que enxergam, em vocábulos como aqueles, expressões conceituais de uma ideia de justiça vagamente definida em termos éticos abstratos, alheios à percepção concreta do direito. O historiador Victor Ehrenberg (1891-1976), na obra *Die Rechtsidee im frühen Griechentum*, defendeu que, na origem, *thémis* não poderia ser definida conceitualmente como expressão da ideia de “fundamento” – explicação difundida àquela altura – e tampouco personificada como uma “deusa da justiça”. O sentido primitivo do termo indicaria, na verdade, a ideia cültica do “amontoado de terra”, a montanha sagrada que servia de residência à deusa oracular. Apenas posteriormente, por extensão, passaria o termo a referir-se à divindade ctônica propriamente dita.<sup>338</sup>

Para Harrison, a atividade oracular de *thémis* não pode ser compreendida nos termos da noção mais recente de “profecia”, mas como “ordenança” ou “enunciado”. Em Homero, argumenta a autora, ainda estão presentes as funções da deusa Thêmis como aquela que invoca e dissolve assembleias e banquetes. Na *Odisseia*, os ciclopes são qualificados *athémistes*, pois, embora honrem os deuses com piedade e cultivem a vida

---

<sup>336</sup> CORNFORD, pp. 75-76.

<sup>337</sup> HARRISON, Jane Ellen. **Themis: a study of the social origins of Greek religion**. S. ed. Cambridge: Cambridge University, 1912. pp. 445-453.

<sup>338</sup> SOLON, Ari Marcelo. **Direito e tradição: o legado grego, romano e bíblico**. S. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. pp. 75-77.



familiar, não estabeleceram normas de convívio público, mantendo-se em células domésticas isoladas, apoliticamente.<sup>339</sup>

Harrison, assim como Cornford, associa etimologicamente *thémis* à palavra inglesa *doom*:

The Greek word *Themis* and the English word *Doom* are, philology tells us, one and the same, and it is curious to note that their development moves on exactly parallel lines. *Doom* is the thing set, fixed, settled, it begins in convention, the stress of public opinion, it ends in statutory judgment. Your private doom is your private opinion, but that is weak and ineffective. It is the collective doom, public opinion, that, for man's common convenience, crystallizes into Law. Themis like *Doom* begins on earth and ends in heaven. On earth we have our Doomsday, which projected into high heaven, becomes the Crack of Doom, the Last Judgment.

We have seen that Themis at Trozen was worshipped in the plural, that there was an altar to the Themides. Out of many dooms, many public opinions, many judgments, arose the figure of the one goddess. Out of many *themistes* arose Themis. These *themistes*, these fixed conventions, stood to the Greek for all he held civilized. They were the bases alike of his kingship and of his democracy. These *themistes* are the ordinances of what must be done, what society compels, they are also, because what must be will be, the prophecies of what shall be in the future, they are also the dues, the rites, the prerogatives of a king, whatever custom assigns to him or any official.<sup>340</sup>

Aludimos anteriormente ao movimento de substituição das divindades ctônicas pela nova religião olímpica, conforme descrito por Harrison. Assevera Solon o caráter popular das divindades subterrâneas, enquanto, no novo contexto, *thémis* passa a designar a expressão da vontade de Zeus comunicada ao rei. Logo, *thémis* opera como sinal da graça divina do rei. Os poemas homéricos denotam o emprego de *thémis* como termo designativo da norma da sociedade aristocrática, relacionada ao exercício do conselho coletivo no espaço físico da ágora, em contraposição ao palácio micênico como centro de exercício do poder em épocas anteriores.<sup>341</sup>

A ascensão da *pólis* marcaria o cerceamento do culto da terra e da prevalência dos laços de parentesco:

Themis was of course at first of the tribe, and then she was all powerful. Later when the tribal system, through wars and incursions and migrations, broke up, its place was taken less dominantly, more effectively, by the *polis*. The *polis* set itself to modify and inform all those primitive impulses and instincts that are resumed in Earth-worship. It also set itself, if unconsciously, as a counterbalance to the dominance of ties of near kinship. Antigone stands for kinship and the

---

<sup>339</sup> HARRISON, pp. 481-484.

<sup>340</sup> HARRISON, p. 483.

<sup>341</sup> SOLON (2009), pp. 77-78. Recordamos o autor a posição de Ruipérez, que diverge da explicação de *thémis* como amontoado de pedra, para vincular o termo etimologicamente às pedras fixas da ágora, que serviam de assento aos *gerontes* em deliberação.

dues of Earth, Creon for patriarchalism incarnate in the Tyrant and for the Zeus religion that by that time had become its expression.<sup>342</sup>

Consequência importante dessas alterações estruturais na organização familiar seria a importância conferida ao parentesco dos irmãos por parte de pai, os *frátrioi*, em detrimento da irmandade materna dos *adelfoí*. Harrison enxerga na distinção enfática entre *fratres agnati* e *consanguinei* enunciada por Gaio (séc. II d. C.) em *Inst.* III, 10 um vestígio daquela transição.<sup>343</sup>

Se, de um lado, o *Prometeu acorrentado*, de Ésquilo (séc. V a. C.), já apresenta Thêmis como uma divindade ética dotada de sabedoria, não deixa a obra, por outro lado, de expor certas reminiscências da natureza oracular original do culto à deusa, sugeridas pela função profética exercida por Themis na tragédia em comento. Tal natureza oracular vestigial de Thêmis, ora equiparada a Gaia, a terra, não escapou a Harrison. Em reforço à crítica dos anacronismos da literatura jurídica, Solon recorda que a associação de *thémis* às ideias de punição e retribuição seriam, por fim, ainda mais recentes.<sup>344</sup>

Em continuação, Solon descreve a decadência de *thémis* como paradigma do direito grego aristocrático, em prol da ascensão de *dikē* como expressão de um direito de cunho comunitário, consagrado nos poemas de Hesíodo. Neste poeta, *dikē* define-se crescentemente em termos éticos, como direito dos fracos, com a condenação da *hýbris* (“desmedida”) nas relações interpessoais e da *bía* (“violência”) como instrumento de opressão. Esse cenário liga-se aos conflitos entre nobreza e agricultores que antecederam historicamente a formação da *pólis* grega, evoluindo, sob a legislação de Sólon, para uma concepção de direito da coletividade contra a *hýbris* individual no ambiente da *pólis*.<sup>345</sup>

Assim como no caso de *thémis*, Solon registra divergências acerca da etimologia de *dikē*. O classicista alemão Rudolf Hirzel, em seu livro *Themis, Dike und Verwandtes* (1907), apresenta, contra a etimologia costumeira de *dikē* a partir de *deikemi*, o ato do juiz que profere uma diretiva, a associação entre *dikē* e *díkein*, “jogar, arremessar, lançar”. Nessa ordem de ideias, *dikē* expressa o ato processual, relacionado ao ritual de magia jurídica, de se dirimir disputas lançando-se a sorte – fundamento da ordália historicamente verificada no direito germânico. Observa ainda Solon o paralelo com a

---

<sup>342</sup> HARRISON, p. 484.

<sup>343</sup> HARRISON, pp. 500-501.

<sup>344</sup> HARRISON, p. 480; SOLON (2009), p. 78.

<sup>345</sup> SOLON (2009), p. 80.

origem da palavra hebraica para lei, *torah*, a partir do verbo *iarah*, “jogar”. Jaeger, por sua vez, contrapôs-se à derivação de *dikē* a partir de *dikein*.<sup>346</sup>

Desse modo, ao permitir a solução dos conflitos por meio do recurso à sorte, o paradigma jurídico de *dikē* pode ser compreendido como um direito que dá abertura à prevalência do mais fraco em face do mais forte.

## 1.2 Axel Hägerström e a essência mágica do direito romano

Seria difícil sintetizar, no escopo deste trabalho, a gama de interesses articulados na obra de Axel Hägerström, que abrange áreas como epistemologia, ética, psicologia e filosofia do direito. Educado inicialmente no idealismo do século XIX, veio a adotar posteriormente a abordagem do neokantismo do princípio do século XX, desenvolvendo ideias que dialogam com o neoempirismo e com o positivismo lógico, embora com ênfase maior na análise dos aspectos psicológicos do que dos linguísticos. Seu progressivo encaminhamento para uma crítica do psicologismo do neokantismo de Marburgo o levou finalmente a uma posição antimetafísica e à radical negação da concepção da consciência como único dado evidente por si, ao sustentar que a consciência não se refere objetivamente a si mesma, mas aos objetos externos. Essa transição, conhecida como a “revolução copernicana” de Hägerström, objetivou, a partir de uma compreensão monista da realidade, rechaçar simultaneamente o risco de solipsismo, com sua consequente abertura ao niilismo e ao ceticismo, e a aceitação kantiana de postulados para além do sujeito, *a priori*.<sup>347</sup>

Por muito tempo, Hägerström teve fama de ter sido um “livre pensador”, cujo pioneirismo denotaria tamanha originalidade a ponto de dispensar qualquer estudo mais aprofundado sobre os autores e correntes de pensamento que o teriam informado. Semelhante distorção, com efeito, acarretou a escassez de trabalhos dedicados à discussão de suas fontes. A bem da verdade, não há uma edição crítica dos escritos de Hägerström, carência agravada pela própria raridade de estudos dedicados a uma história geral da

---

<sup>346</sup> SOLON (2009), pp. 78-79.

<sup>347</sup> MINDUS, Patricia. **A real mind: the life and work of Axel Hägerström**. S. ed. Dordrecht: Springer, 2009. pp. ix-x, 52-53. Sobre os aspectos não jurídicos do pensamento de Hägerström, acerca dos quais não pretendemos nos aprofundar para além de elementos introdutórios, recordamos que o próprio autor formulou uma introdução ao seu pensamento filosófico no livro *Botanisten och filosofen*, cujo argumento é exposto por MINDUS, pp. 63-70.

filosofia sueca aptos a situar o pensamento do autor em comento na paisagem intelectual de seu país e de seu tempo.<sup>348</sup>

De todo modo, a percepção de Hägerström como um autor descolado de uma tradição filosófica maior é equivocada. Naquilo que nos interessa neste estudo, cabe mencionar, primeiramente, a influência do método genealógico em sua obra de história do direito, propiciada por sua concepção do fenômeno moral como passível de estudo apenas sob perspectiva histórica ou sociológica. Nessa seara, destacamos os elementos do pensamento de Nietzsche (entre diversos outros autores – tais como Hegel, Marx, Kierkegaard, Durkheim e Brentano – que compõem uma miríade de fontes cuja harmonização se torna, à luz da própria escassez supracitada de estudos críticos sobre os escritos do filósofo sueco, uma questão controversa).<sup>349</sup>

Em segundo lugar, há que se sublinhar a presença de elementos do pensamento antropológico de Frazer, especialmente no que tange à evidenciação do caráter ritual mágico dos atos jurídicos no direito antigo.<sup>350</sup> Conforme visto anteriormente, Nietzsche e Frazer, além de Durkheim, exerceram influxo determinante sobre o desenvolvimento do ritualismo de Cambridge,<sup>351</sup> tendo operado como condicionantes para desdobramentos similares no pensamento de Hägerström.

O entusiasmado interesse de Hägerström por Nietzsche já nos primeiros anos de sua formação superior se insere na grande receptividade da intelectualidade escandinava ao filósofo alemão desde o final do século XIX, fenômeno compreensível à luz do ambiente repressor e da forte relação institucional mantida entre Estado e Igreja. Tendo inclusive cogitado escrever uma monografia sobre Nietzsche, Hägerström acabou por escolher tema de melhor trânsito na academia, vindo a apresentar como tese de doutorado o trabalho *Os princípios do pensamento ético de Aristóteles e suas premissas teóricas*. O texto aborda a diferença entre o *nómos* das *póleis* gregas e o direito costumeiro, problema clássico tanto do ponto de vista da filosofia do direito quanto da estrita filologia – tendo o autor demonstrado neste estudo, de acordo com Mindus, deter bom conhecimento do estado da arte da disciplina filológica.<sup>352</sup>

---

<sup>348</sup> MINDUS, p. xviii.

<sup>349</sup> MINDUS, pp. xv-xvi.

<sup>350</sup> MINDUS, p. xvi; SOLON (2000), p. 18.

<sup>351</sup> Cf. *supra*, CAP. 4, 1.1.

<sup>352</sup> MINDUS, pp. 15-16.

Designado professor de filosofia prática em Uppsala em 1911, Hägerström dedicou-se intensamente aos aspectos políticos e jurídicos da filosofia, seara na qual veio a desenvolver seu desprezo pela metafísica, por meio da abordagem que ficaria conhecida como *niilismo axiológico* (denominação cunhada por seus adversários acadêmicos, que promoveram o combate a essa teoria ao longo das décadas seguintes). Tal abordagem objetivou discutir a natureza epistemológica das normas, dado que a estas não caberia atribuir valor lógico (“verdadeiras” ou “falsas”), já que a verdade, definida como ausência de contradição, corresponderia à realidade do objeto: como não há correspondentes reais a valores, estes não podem ser verdadeiros ou falsos – se valores fossem julgamentos sobre a realidade, poder-se-ia distinguir o valor percebido e seu conteúdo emocional. Em consequência, julgamentos axiológicos não constituem propriamente julgamentos sobre o que quer que seja, mas expressões de emoções sob a forma linguística de julgamentos. Apenas o hábito de se associar emoções a ideias específicas explicaria a crença na objetividade dos valores, hábito inculcado pelo processo educacional a partir de um viés de confirmação alimentado pela percepção de enunciados emitidos por figuras de autoridade e pelos demais membros da sociedade. Em sua fase tardia, o niilismo axiológico de Hägerström sustenta não apenas a falta de sentido de ilações morais em contextos científicos, mas a estrita falsidade de ideias normativas sobre direitos e deveres.<sup>353</sup>

Essa visão se torna problemática quando certa interpretação do niilismo axiológico hägerströmiano o extrapola de maneira indevida do plano epistemológico para o plano da ação. Dito de outro modo, pensou-se – contrariamente a esclarecimentos explícitos do próprio Hägerström, que sempre enfatizou a autonomia ética do sujeito – que o não reconhecimento da possibilidade de fundamentação racional de valores implicaria um relativismo ético e, em última análise, um niilismo prático. Em outra frente, a perspectiva de Hägerström foi criticada por inviabilizar a crítica moral do direito positivo, o que seria paradoxal em vista dos extremos totalitários testemunhados no século XX. Esse tipo de crítica, bastante disseminada, aliás, a respeito de Hans Kelsen, renderia a Hägerström grande desgaste junto à opinião pública sueca desde antes da Segunda Guerra Mundial.<sup>354</sup>

Tal síntese dos problemas em torno às investigações éticas de Hägerström faz-se necessária a fim de se afastar desde já a recepção de certos aspectos do pensamento

---

<sup>353</sup> MINDUS, pp. xi-xii, 81-82.

<sup>354</sup> MINDUS, p. xiv, 104-106.

antigo pelo filósofo escandinavo. Um deles seria a concepção da força como fundamento do direito, tradicionalmente associada ao sofista Trasímaco de Calcedônia (459-399 a.C.). Outro, a atribuição a Hägerström de uma estranha combinação entre Nietzsche e social-democracia, que se entendeu levar a um coletivismo de motivações aristocráticas e de antecedentes aristotélicos e antiplatônicos, logo – no entendimento de seus detratores –, anticristãos.<sup>355</sup>

A filosofia do direito de Hägerström inscreve-se, naturalmente, no quadro essencialmente não cognitivista do niilismo axiológico, sustentando a impossibilidade de conhecimento real sobre direitos e deveres. Assim, ter consciência de um dever significa, em sua concepção, experimentar a emoção de estar constrangido, por via de uma associação psicológica, a uma ação que se considera ser a correta. O sentimento de dever assume papel importante à luz da concepção de Hägerström acerca da inviabilidade de um sistema social baseado no mero poder e no medo da punição, relacionando-se à ênfase do autor na eficiência do sistema jurídico, fundamentado este em uma trama de interesses entre classes sociais.<sup>356</sup>

Desse modo, o niilismo axiológico hägerströmiano encontra no direito um campo privilegiado de aplicação, de forma coerente com a concepção típica do início do século XX sobre a vocação da filosofia para a crítica aplicada das ciências. Em especial, Hägerström procurou combater a metafísica, não apenas como um ramo explícito da filosofia, mas, principalmente, por suas reminiscências nos diversos campos da ciência, ideologicamente tidos como neutros. O objeto de sua crítica não é o direito positivo, mas a ciência jurídica, submetida a um exame de coerência discursiva interna que remonta, segundo Hägerström, ao paradigma socrático da analogia com as *technai* para elucidação da possibilidade de construção de verdadeiro discurso científico a partir das palavras em uso corrente.<sup>357</sup>

A compreensão da ideia de obrigação e de seu modo de operação perpassa o entendimento do que seja o direito, ora entendido não no sentido ambíguo propiciado pelo termo alemão *Recht* e seu equivalente sueco *rätt*, o que daria abertura à consideração de

---

<sup>355</sup> MINDUS, pp. 175, 179.

<sup>356</sup> MINDUS, p. xii.

<sup>357</sup> MINDUS, p. 110, 131-134.

um direito de fundamentação natural ou racional, mas na acepção estrita de direito positivo e, portanto, vinculado à produção jurídica estatal.<sup>358</sup>

What is interesting here is Hägerström's understanding of the connection between legal dogmatics and philosophy of law (it indicates relevant features of the role of philosophy as a meta-science). In *Stat och rätt*, Hägerström wondered in what manner philosophy, with its theoretical inquiries, can be valuable to legal science. Philosophy of law deals with <<the preconditions of principle on which all judicial ideas rely>>. Unless these preconditions are cleared out, there can be no coherent system, no real legal *science*. The epistemological obstacle to sorting out these basic assumptions arises from a tendency in Jurisprudence to reificate judicial concepts entailing a hermetic closure. Jurists seem to assume that <<concepts, especially the concept of what is right, possess an objective existence, connected to words, that science should discover. By discovering this [existence], knowledge is increased in the same way as a zoologist, through an investigation of a certain animal, gains further knowledge about the characteristic features of that animal. In other words, according to this view, the concept of what is right can be distinguished from what is not.>> Hägerström called this reification of concepts “mediaeval realism” and, under this label, he brought together authors like Bierling, Savigny, Puchta, Jhering, Schäffle, Jellinek, Thon, and his compatriots Karl Bergbohm, Nils Stjernberg and Vilhelm Sjögren. On the whole, it seems that Hägerström detected this “concept-reificating realism” foremost in the scientific program of *Begriffsjurisprudenz*. He thus accused legal science of exoterism.<sup>359</sup>

Como consequência da teoria moral de Hägerström, tem-se que uma ciência a respeito do fenômeno social dos comportamentos orientados por normas é viável apenas de modo não indutivo, sob a forma de proposições a respeito de tais normas e comportamentos. Disso se ocupam, afinal, as ciências jurídicas, a sociologia, a psicologia e a história. Portanto, se impossível o conhecimento científico sobre a própria validade do conteúdo ético da norma, a ciência sobre o direito tem em Hägerström viés marcadamente sociológico.<sup>360</sup>

A concepção hägerströmiana do direito ataca diretamente – ainda que de maneira um tanto simplista – o positivismo jurídico. Para o autor escandinavo, a definição da validade do direito com fundamento em um ato de vontade é impossível, uma vez que o Estado, emissor da norma jurídica, não dispõe de vontade, um atributo psíquico. Em suma, atribuir algo à vontade estatal não pode passar de prosopopeia.

De outra banda, Hägerström sustentou firme oposição a quaisquer abordagens de cunho jusnaturalista, considerando-as meramente como crenças metafísicas primitivas. Para o filósofo sueco, as ideias correntes sobre o direito e a justiça em uma sociedade podem ser referidas historicamente, mediante a análise genealógica dos aspectos sociais e

---

<sup>358</sup> MINDUS, pp. 42-44.

<sup>359</sup> MINDUS, pp. 44-45.

<sup>360</sup> MINDUS, pp. 90-91; SOLON (2000), pp. 58-62.

simbólicos que conformam a obrigação e a autoridade. Seriam enganosos, portanto, esforços intelectuais para embasar tais concepções jurídicas com recurso a ideias transcendentais, tais como a noção de divindade ou de uma racionalidade universal. A investigação da fundamentação das normas em bases imanentes previniria, no entender de Hägerström, a redução do direito à força, nos termos postos por Trasímaco.<sup>361</sup>

A principal obra de Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, tem origem na esteira de sua proposta de investigação genealógica. Geralmente vista entre os acadêmicos de direito como uma temática exótica, a discussão hägerströmiana sobre o sentido mágico-religioso dos institutos jurídicos de natureza obrigacional no direito romano articula-se no âmbito das investigações sobre as origens da religião e da magia, de que se ocuparam amplamente as nascentes ciências da sociologia, da etnologia e da antropologia. Conhecedor de Frazer, de Nietzsche e de Durkheim, Hägerström opera no mesmo contexto intelectual e com as mesmas referências<sup>362</sup> que dariam origem, em paralelo, à orientação ritualista em estudos clássicos.

O que prevaleceria entre os críticos à época seria, no entanto, a proximidade entre as conclusões de Hägerström sobre a persistência de fatores extrajurídicos travestidos de ciência jurídica e as conclusões acerca da secularização de categorias teológicas no direito por Carl Schmitt. De maneira independente, Hägerström e Schmitt chegaram a perspectivas semelhantes, nesse particular.<sup>363</sup>

Em *Der römische Obligationsbegriff...* Hägerström defende que a estrutura formal do direito romano não se volta à constituição de um dever, mas ao estabelecimento de um vínculo mágico invisível que, em última instância, conferiria “um direito ao corpo do devedor”, um poder biopolítico sobre a vida nua (*zōē*) do devedor. Por meio das fórmulas verbais, atualiza-se ou dissolve-se um poder pessoal sobre outrem. Ao cumprir uma prestação, a consequência essencial não consistia na formalização do cumprimento de um dever, mas no relaxamento de tal vínculo mágico, realizado – no sentido de tornado real – por meio de determinada fórmula. Por sua vez, o não

---

<sup>361</sup> MINDUS, pp. xiii-xiv.

<sup>362</sup> MINDUS, pp. 204-207.

<sup>363</sup> MINDUS, pp. 159-161.



cumprimento implicava a alienação jurídica do devedor, que se tornava *res*. Tanto a *obligatio* quanto o *dominium* se estruturavam em torno a vínculos religiosos.<sup>364</sup>

Creemos que se possa dizer que, na perspectiva trazida por Hägerström, os efeitos negociais ou patrimoniais dos negócios jurídicos são, do ponto de vista da essência religiosa dos atos, meros efeitos colaterais do ritual mágico. O que é celebrado entre credor e devedor não é a destinação de um bem da vida qualquer, mas a própria vinculação invisível, mas real, entre ambas as partes. Nesse quadro, a transferência de objetos ou a prestação de determinados atos constitui parte do ritual, no sentido de ser o seu desempenho premissa para que se profira a fórmula que dissolve a realidade do vínculo.

Se entendida tal argumentação no âmbito da provocação trazida pelos ritualistas, com seu recurso à abordagem antropológica e à investigação etnográfica de caráter comparativo, poder-se-ia mesmo compreender a estrutura dos atos jurídicos romanos à luz de práticas de outros povos que também implicam a circulação de bens não orientada ao consumo, em sentido econômico. O exemplo clássico nesse sentido é a prática do *kula* estudada por Malinowski na Melanésia.<sup>365</sup>

Os desdobramentos do argumento do primeiro realismo escandinavo a partir de sua matriz ritualista emulam, portanto, tanto as virtudes (a crítica da racionalidade moderna atribuída aos romanos; a ênfase nos fundamentos religiosos de práticas e saberes; o recurso à evidência extratextual) quanto os aspectos criticados (reducionismo sociológico; caracterização primitivizante dos povos antigos) da literatura ritualista.

Modernamente, a ideia de um poder sobre os atos alheios sobrevive por meio da noção de direito subjetivo. Inexistente no direito romano, Hägerström a atribui a uma leitura doutrinária progressivamente descolada das fontes primárias.<sup>366</sup>

Acrescentaríamos que essa leitura precisou levar em conta adaptações à ordem liberal sob a qual a romanística se consolidou cientificamente:

Enquanto um tipo especial de relação jurídica, que visa a preservar a liberdade individual, o conceito de obrigação (*obligation*) veio a ser definido por Savigny como uma dominação sobre uma pessoa – não sobre a sua totalidade como no

---

<sup>364</sup> SOLON (2009), pp. 18-19.

<sup>365</sup> Acerca da prática em comento, cf. MALINOWSKI, Bronislav. **Crime e costume na sociedade selvagem**. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008. Nessa obra, assim como na produção de Malinowski de modo geral, observa-se claramente o débito do autor para com o pensamento de Frazer. Seu pensamento também se desenvolve no contexto do aprofundamento dos estudos sociológicos sobre as origens do fenômeno religioso, cf. MINDUS, p. 205.

<sup>366</sup> MINDUS, p. 215.

domínio, pois neste caso a liberdade seria destruída mas sobre um ato singular da mesma. Esta conduta é imaginada como sendo subtraída de sua liberdade e submetida a um querer estranho.

Em poucas sentenças, Savigny deduz sua concepção sobre a essência da obrigação constituindo esta na prestação do devedor. A coação é vista apenas como um meio para eliminar um estado de coisas não natural.

O objeto da obrigação consiste em um ato separado, extraído da pessoa do devedor. Não poderia ser a pessoa do devedor na sua totalidade, pois isto obstaria no princípio da liberdade individual.

É esse conceito seminal de obrigação que foi desenvolvido pela dogmática clássica do direito privado do final do séc. XIX, início do século XX, com todos os conhecidos desdobramentos: a distinção nos direitos patrimoniais entre direitos reais e pessoais, a discussão do objeto da obrigação, suas várias espécies, as pessoas que nelas podem figurar etc...<sup>367</sup>

Para Hägerström, o direito romano diz respeito aos liames entre a ordem secular, *ius*, e a ordem sagrada, *fas*, da qual aquela deriva. Disso se aduz a impossibilidade de criação de direito com fundamento na vontade do povo ou do legislador. Trata-se de uma força oculta apta a direcionar o divino em favor da nação e da família, operando dentro das limitações formais impostas pelo *fas*. Nessa ordem de ideias, *ius* não remete a um conceito axiológico de justiça, sendo *iustus* análogo, na perspectiva religiosa, a *purus*, no sentido de ser dotado de pureza ritual. Os vínculos mágico do *ius* se expressam na ligação invisível que se estabelece por meio do ato solene de obrigação, assim como na atividade legiferante, já que a contrariedade às determinações da ordem do *fas* expressas por meio dos auspícios tornaria o ato legislativo viciado.<sup>368</sup>

O *ius* não se apartava do *fas*, não encontrando fundamento na vontade popular – aliás, em qualquer forma de vontade humana:

In the older Roman legal system there was no separation between *fas*, the divine law, and *ius*, the human. Nearly all legal transactions seem to have taken a

---

<sup>367</sup> SOLON (2000), p. 45.

<sup>368</sup> MINDUS, pp. 210-212; SOLON (2009), pp. 20-21. A respeito disso, cf. HÄGERSTRÖM, Axel. **Der römische Obligationsbegriff im Lichte der Allgemeinen römischen Rechtsanschauung**. S. ed. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1927. p. 558: “Wir können nun auch die ursprüngliche Bedeutung der Worte *ius* und *iustum* besw. *iniuria* und *iniustum* sowie die Bedeutungsentwicklung feststellen. ‘Ius’ ist eigentlich die übernatürliche Kraft, durch Reinheit von Befleckung mit Todeskeimen charakterisiert, also eine mystische *Lebenskraft*. Ursprünglich ist deshalb das *ius* immer mit der Gunst der transzendenten Götter verbunden. ‘Iustus’ ist in Übereinstimmung damit dasselbe wie ‘*purus*’, von Todeskeimen rein. Deshalb ist immer das ‘*iustum*’ ursprünglich zugleich ‘*pium*’, den Göttern wohlgefällig. ‘*Iniuria*’ findet sich in alten Rechtsformeln oder Gesetzen nur in der Formel für die *legis actio sacramenti*, in den XII Taf. (ein besonderes Verhalten, das prinzipiell Talion mit sich bringt) und in der *lex Aquilia*. Sie bezieht sich in diesen Fällen auf eine Handlung gegen eine andere Person, die ohne *ius* erfolgt. Wahrscheinlich ist hier immer der Gedanke an eine Verunreinigung des Täters durch die Tat lebendig gewesen. ‘*Iniustum*’ ist in entsprechender Weise eigentlich dasselbe wie ‘*impurum*’, womit das ‘*impium*’ verbunden ist. Aber im Zivilrechte, über welches das Volk selbst in letzter Linie bestimmt, ist der innige Zusammenhang zwischen dem *ius*, *iustum* etc. und der Religion relativ gelöst, weshalb oft nur die Bedeutung übernatürliche Kraft, von Akten oder Personen in besonderer Stellung ausgesagt, bezw. die Abwesenheit einer solchen Kraft als der Sinn der Worte übrig bleibt. Das *ius* als eine gewisse *Ordnung* ist natürlich die Regel, die das Vorhandensein der fraglichen Kräfte besw. der Kraftlosigkeit bestimmt”.

religious form. The administration of law was a religious concern. This explains why the priests had a dominant influence in it. They alone possessed knowledge of *fas*. It also explains why the plebs attached so much weight, when the law of the twelve tables had been accepted, to the publication (by the so-called *ius civile Flavianum*) both of the calendar (which was so important for the administration of law) and of the no less important *formulas* for actions-at-law and for legal transactions, which before had been a priestly secret. The situation was not that the people could now decide for themselves without more ado what *formulas* were to be used. No, the law was not to be changed. It was merely a question of knowing what the law was.

Here, then, there was a positive law which partly in the popular belief stood above every human power and partly also was really independent of the will of the 'state-authority.' When once the idea of a law preserved by the priests, which assigned to each his legal sphere, had entered into men's minds, the force of the idea acted as effectively as any external power could do. It immediately set up retaliatory actions against anyone who infringed the law, and thus the legal system was upheld. This reaction certainly did not depend on a previously agreed decision to uphold just this system, but proceeded directly from a conviction as to what is once and for all the law. To speak here of a popular acceptance, whether express or implicit, of *fas* or of the priests' political power as the basis of the legal system, is to introduce without justification modern points-of-view.<sup>369</sup>

Como mencionado, inclui-se também o ato de legislar no quadro dos atos de criação de determinadas realidades pelo poder mágico das palavras. A atividade legiferante não diz respeito, entre os romanos, bem como entre outros povos antigos, à aplicação de uma técnica de elaboração normativa com vistas a determinados objetivos sociais a serem atingidos com base em um ato de vontade. Dito de outro modo, não há qualquer fundamento voluntarista na atividade do legislador, cujo ato não se dirige ao comportamento do povo, gerando para estes um dever, mas para a própria ordem jurídica, tornando-a real.<sup>370</sup>

Hägerström também expõe sua interpretação da atividade legislativa entre os gregos para sustentar a impossibilidade de uma fundamentação voluntarista da lei na Antiguidade. Argumenta o filósofo que a lei em Atenas figurava acima da assembleia popular, que não detinha a prerrogativa de alteração incondicional da lei, ainda que dentro dos procedimentos previstos para tal. Como evidência, aduz o fato de que qualquer membro da assembleia poderia, sob juramento, fazer uma acusação formal contra o proponente da nova lei (ficando então suspensa a sua vigência) ou contra a própria lei – caso a competência do proponente no rito legislativo já tenha se exaurido. Referida acusação poderia alegar a ilegalidade ou a inutilidade da norma proposta. Segundo Hägerström, esse procedimento denota que a modificação da lei conforme a vontade não

---

<sup>369</sup> HÄGERSTRÖM, Axel. On the question of the notion of law. In: OLIVECRONA, Karl (ed.). **Inquiries into the nature of law and morals**. S. ed. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953. pp. 56-58.

<sup>370</sup> SOLON (2009), pp. 19-20.

era uma solução possível para o caso, que se resolvia numa discussão sobre *o direito da lei* de vigorar em face da lei antiga.<sup>371</sup>

Ora, a nosso ver essa argumentação é bastante problemática. Da forma como exposta, mais parece se aproximar de um princípio de abstração próximo à noção de controle de constitucionalidade ou do juízo de conveniência do direito público contemporâneo. O fato de a própria lei figurar “nominalmente” como ré não deixa de configurar aquilo de que se trata na prática, a saber: a lei como objeto de uma deliberação, que não exclui, por si só, a concorrência da vontade, seja em face das circunstâncias (“inutilidade”), seja em face da vontade anteriormente expressada (“legalidade”). A literalidade do vocabulário empregado no procedimento grego denotaria, se considerada isoladamente, um baixo grau de cientificidade em razão da personificação da norma. Uma compreensão menos presa à terminologia, porém, propiciaria o reconhecimento das diferenças de pragmática entre o discurso judicial grego e o contemporâneo.

A recepção da obra de Hägerström entre os romanistas oscilou entre indiferença, interesse e ódio. A obra rendeu ao sueco ora convites para participar em congressos de direito romano no âmbito internacional, ora resenhas absolutamente negativas. Já o segundo volume de *Der römische Obligationsbegriff...*, aparecido postumamente, não suscitou repercussões nos círculos romanistas.<sup>372</sup>

Pensamos ser contra interpretações de matriz ritualista como a de Hägerström que se volta a advertência de Schulz a respeito dos primeiros juristas surgidos nos quadros sacerdotais romanos:

It is necessary from the outset to be clear as to the religious and sociological character of the members of the four priestly colleges. Priests they were, but the great variety of meanings borne by the term ‘priest’ has often been overlooked by legal historians. In the present case the spiritual and charismatic elements of priesthood are very much in the background. The Roman State priests were no magicians or soothsayers, no clairvoyants, rainmakers or medicine men, they were not ‘men of God’ whose divine character derived from some mysterious personal endowment. Though the *rex sacrorum*, the *flamines*, and the Vestals were subject to strict ceremonial precepts and taboos, these did not apply to the most important priestly body, the *pontifices*, in the narrow sense, nor to the *fetiales*, *augures*, and *decemviri*.<sup>373</sup>

O livro de Schulz sobre a história da *iusprudentia romana* pode ser lido como o relato de um “progressivo desencantamento do mundo” no decorrer do desenvolvimento

<sup>371</sup> HÄGERSTRÖM (1953), pp. 70-72.

<sup>372</sup> DOMINGO, Rafael. Axel Hägerström. In: DOMINGO, Rafael (ed.). **Juristas universales**. S. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. Vol. IV, p. 851; MINDUS, p. 212.

<sup>373</sup> SCHULZ, pp. 6-7.

histórico do direito romano. A ideia de que a natureza sacra dos atos foi progressivamente abandonada pelos romanos dará a tônica da crítica ao pensamento de Hägerström, muitas vezes considerado como pouco rigoroso no que concerne às fontes romanas.<sup>374</sup>

A nosso ver, os romanistas construíram categorias estanques de direito sacro e leigo que, em grande medida, contribuem para que se ignore o fato de que não há, a cada tempo, classes de juristas leigos e religiosos, mas verdadeira dessacralização, incompleta, porque ainda em curso, das práticas jurídicas. Embora Hägerström possivelmente tenha ignorado tal processo de dessacralização, ao considerar os institutos indistintamente dotados de sentido religioso com a mesma intensidade ao longo de todo o período considerado, os romanistas amplificam artificialmente a racionalização do direito romano por meio da criação de “fronteiras” entre os domínios do direito sacro e não sacro, quando o que há são os efeitos visíveis de uma dessacralização em curso, não a definição de categorias estanques a cada tempo.

Creemos que a romanística contemporânea não se reconhece na crítica hägerströmiana em grande parte devido ao tratamento insuficiente conferido pelos estudos de direito romano aos aspectos processuais em detrimento de questões “materiais” – esferas inseparáveis no âmbito da prática jurídica romana.

Nesse sentido, veja-se Savigny:

Finalmente, la exposición sistemática del derecho mismo, con exclusión del procedimiento ó de las formas asignadas á la reclamación de los derechos: esto es lo que algunos llaman el derecho privado *material*. En efecto, formado nuestro procedimiento de una mezcla de elementos históricamente diversos, se ha desenvuelto de una manera tan especial, que pide ser tratado separadamente, mientras que los jurisconsultos romanos miraban la reunión del procedimiento y del derecho, no solamente como posible, sino también como necesaria. Su división, cuyo principio es incontestable, ofrece á menudo incertidumbre en su práctica, pues, en efecto, la misma materia puede algunas veces pertenecer al uno ó al otro dominio.<sup>375</sup>

Finalmente, cabe dizer ser difícil deduzir um posicionamento político consistente da obra de Hägerström, já que ele próprio nada escreveu de sistemático a respeito de uma filosofia política. Sabe-se que frequentemente abordava o tema da obrigação no âmbito da política, à época em que se dedicou ao livro sobre o conceito romano de obrigação. Talvez pensasse que também na arena política tal conceito se baseasse em uma fundamentação frágil, ideológica. A operacionalidade política da crença

---

<sup>374</sup> DOMINGO, p. 850-851.

<sup>375</sup> SAVIGNY (1878), p. 22.

em princípios imutáveis, mitologias, *Volksgeist* e outros ideais em fundamento sólido provavelmente lhe causavam desgosto, por seu caráter ilusório.<sup>376</sup>

Igualmente desgostosas são as tentativas de atribuir tais ideias aos Antigos:

But the historical school's application of the notion of a people's 'communal will' as the determining factor in customary law is equally unsound in regard to primitive conditions. According to them, custom itself is an expression of this will, as the law is an expression of the will of the legislative authority. This view goes back to the Roman jurists' conception of customary law as a '*tacitus consensus populi*.' This has survived into modern times. The conception rests upon the assumption of a non-existent power in the people to determine the law by their resolutions. It is in the nature of custom that it arises from the conditions of human social life through the direct influence which the modes of behaviour of others have on the individual, together with the mechanization of actions which are often performed. It maintains itself partly through the same forces which gave rise to it, and partly through the inconveniences which an individual incurs when he breaks it, although it is not usually possible to indicate any general desire that just this or that custom should be maintained.<sup>377</sup>

Ainda assim, Hägerström reiteradamente buscou ver esses “valores eternos” como uma fonte de força e motivação na história humana.<sup>378</sup> Nisso diferiu do jurista sobre quem discorreremos a propósito da próxima vertente heterodoxa, que, a partir da discussão do grande modelo político da Antiguidade, enxergaria no uso político de valores vazios um sério risco.

## 2. A via psicanalítica

### 2.1 A heterodoxia psicanalítica

Ainda que com diferentes propósitos e abordagem, pode-se dizer de Freud (1856-1939) que este, assim como os ritualistas ingleses, também se interessou pelo problema do mito, o que nos conduz ao referencial helênico presente em sua obra. Nesse sentido, embora não caiba em nosso escopo maior aprofundamento no pensamento freudiano, faz-se necessária uma exposição sintética dos elementos característicos de uma recepção heterodoxa da Antiguidade na obra do inaugurador da psicanálise, cujo caráter polissêmico permitiu grande pluralidade de leituras e aplicações. Precisamente tal natureza

---

<sup>376</sup> MINDUS, pp. 178, 197.

<sup>377</sup> HÄGERSTRÖM (1953), pp. 62-63.

<sup>378</sup> MINDUS, p. 197-198.

dialética e aberta do pensamento de Freud permitiu tamanha produtividade de sentidos, em contraposição ao relativo engessamento verificado na obra de seus continuadores,<sup>379</sup> inclusive de certo jurista vienense, conforme exposto adiante.

Em diversas passagens de sua obra, Freud demonstra desprezo zombeteiro pela filosofia e pelos filósofos. Sua crítica, por vezes caricatural, concentra-se no dogmatismo dos filósofos, que alimentaria uma busca infrutífera – e, afinal, irrelevante – de um saber absoluto e especialmente concentrado na consciência, com renúncia ao estudo dos aspectos inconscientes da mente humana, ou que, quando muito, reservaria ao inconsciente apenas especulações estéreis.<sup>380</sup>

O próprio Freud reconhece, no entanto, não ser especialmente versado em filosofia, demonstrando ter conhecimentos filosóficos apenas na medida do esperado de uma formação humanística típica do séc. XIX, embora Otto Rank (1884-1939) tenha chamado sua atenção para a semelhança entre a teoria freudiana da repressão e a análise de Schopenhauer sobre a loucura. Já se apontou também o antecedente romântico e filosófico (especialmente em Schopenhauer) do próprio termo *Unbewusst* (inconsciente). De qualquer modo, Freud aparentemente ignora os movimentos filosóficos de sua época, como a fenomenologia, o neo-kantismo, o marxismo e o positivismo. Ao mesmo tempo, declarou haver voluntariamente se privado do “alto prazer” da leitura de Nietzsche, a fim de que esta não contaminasse a elaboração da teoria psicanalítica.<sup>381</sup>

No entanto, na carta 44 a Fliess (1858-1928), datada de 2 de abril de 1896, reconhece Freud que “Em minha juventude, não conheci outro anelo que o do saber filosófico, anelo que estou a ponto de realizar agora, quando me disponho a passar da medicina à psicologia. Cheguei a ser terapeuta contra a minha vontade...”<sup>382</sup> Freud encontra-se na encruzilhada entre o romantismo e o iluminismo, por reconhecer a força das paixões humanas, sem deixar de afirmar o conhecimento de tais paixões como o caminho para o domínio da razão.<sup>383</sup>

---

<sup>379</sup> DOWNING, Christine. Sigmund Freud and the Greek mythological tradition. In: **Journal of the American Academy of Religion**. Vol. 43, no. 1 (Mar., 1975). p. 3.

<sup>380</sup> MEZAN, Renato. **Freud: a trama dos conceitos**. 4ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. pp. XI-XII.

<sup>381</sup> MEZAN, pp. XII-XIII; MEZAN, p. 51.

<sup>382</sup> Apud MEZAN, p. XIII.

<sup>383</sup> MEZAN, p. 60.

Embora o seu conhecimento da Antiguidade tampouco possa ser considerado especialmente aprofundado, sabe-se que seu contato com o clássico na juventude foi conformado por certos referenciais e tendências a que poderíamos chamar heterodoxos:

Freud's fascination with mythology and archaeology dates back to his student days; he somewhere writes that extinct Greek civilization to which he was introduced in the gymnasium has brought him as much consolation as anything else in the struggles of life. He was an avid collector of ancient near eastern figurines, and jokes in a letter to Fliess how these idols convince him that "the ancient gods still exist." His leisure reading during the composition of *Interpretation of Dreams* included Schliemann's account of his excavations at Troy and Burckhardt's *History of Greek Civilization*, and his letters indicate how often such reading occupied him throughout his life. Already at the outset of his career he made much of the analogy between his work and that of the archaeologist, between the unconscious and the prehistoric.<sup>384</sup>

A obra de Freud permite uma ressignificação do referencial clássico. Em sua crítica da dominação pela autoridade religiosa como fonte de repressão,<sup>385</sup> Freud contrapõe a divindade judaico-cristã à figura de Ananke, mãe das Moiras e personificação do destino, uma divindade que não demanda *culto*, mas *reconhecimento*, pois aceitá-la significa abraçar o infinito e abandonar o narcisismo.<sup>386</sup>

Ao mesmo tempo em que clama para a superação da ilusão religiosa – entre outras ilusões – em favor da compreensão dos instintos que movem a psique, Freud mantém o recurso aos nomes de Eros, Tânatos, Logos e Ananke. De acordo com Downing, isso parece apontar para uma interpretação da religião que opera como uma redescoberta do poder dos deuses, em um plano mais consciente e simbólico, não como um projeto de desmitologização. Tampouco se trata, portanto, do recurso a meras alusões mitológicas, e sim de um pensamento mitopoético. Em outra camada, a obra freudiana é mitopoética também por sua capacidade de lidar com o relato clínico como *narrativa*, mais do que como *descrição*, o que lhe permite exercer certa habilidade de conto ao expor os elementos do caso clínico. Ao se renunciar deliberadamente ao uso de um vocabulário

---

<sup>384</sup> DOWNING p. 6

<sup>385</sup> Cf. FREUD, Sigmund. Civilization and its discontents. In: **Great books of the Western world**. S. ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. Vol. 54, p. 776: "Religion circumscribes these measures of choice and adaptation by urging upon everyone alike its single way of achieving happiness and guarding against pain. Its method consists in decrying the value of life and promulgating a view of the real world that is distorted like a delusion, and both of these imply a preliminary intimidating influence upon intelligence. At such a cost – by the forcible imposition of mental infantilism and inducing mass-delusion – religion succeeds in saving many people from individual neuroses. But little more. There are, as we have said, many paths by which the happiness attainable for man can be reached, but none which is certain to take him to it. Nor can religion keep her promises either. When the faithful find themselves reduced in the end to speaking of God's inscrutable decree, they thereby avow that all that is left to them in their sufferings is unconditional submission as a last-remaining consolation and source of happiness. And if a man is willing to come to this, he could probably have arrived there by a shorter road".

<sup>386</sup> DOWNING, pp. 3-4.



cientificamente consagrado em prol de uma terminologia mítica, assume-se o risco de uma personificação indevida de forças,<sup>387</sup> apenas possível de se evitar mediante a consciência constante de sua natureza metafórica.<sup>388</sup>

Tal mitopoiese não é gratuita, mas conectada à centralidade da sexualidade para sua teoria:

Human sexuality means mythmaking. Because there can be repression of immediate and direct satisfaction without energy loss and, thus, redirection of the sexual instinct, there can be substitution, that is: sublimation, symbolism. Freud's awe of the sexual is, thus, also awe of man's imaginative mythmaking capacities.<sup>389</sup>

A mitologia grega foi utilizada de maneira eficiente por Freud para, em contraste com a narrativa bíblica, lançar luz sobre as contradições da sociedade moderna:

Before rejecting this idea as monstrous, let the reader again consider the actual relations between parents and children. **We must distinguish between the traditional standard of conduct, the filial piety expected in this relation, and what daily observation shows us to be the fact.** More than one occasion for enmity lies hidden amidst the relations of parents and children; conditions are present in the greatest abundance under which wishes which cannot pass the censorship are bound to arise. Let us first consider the relation between father and son. **In my opinion the sanctity with which we have endorsed the injunctions of the Decalogue dulls our perception of the reality. Perhaps we hardly dare permit ourselves to perceive that the greater part of humanity neglects to obey the fifth commandment.** In the lowest as well as in the highest strata of human society, filial piety towards parents is wont to recede before other interests. **The obscure legends which have been handed down to us from the primeval ages of human society in mythology and folklore give a deplorable idea of the despotic power of the father, and the ruthlessness with which it was exercised. Kronos devours his children, as the wild boar devours the litter of the sow; Zeus emasculates his father and takes his place as ruler.** The more tyrannical the father ruled in the ancient family, the more surely must the son, as his appointed successor, have assumed the position of an

---

<sup>387</sup> Veja-se, por exemplo, a enunciação do par Eros-Tânatos em FREUD (1952b), p. 790: “The manifestations of Eros were conspicuous and audible enough; one might assume that the death instinct worked silently within the organism towards its disintegration, but that, of course, was no proof. The idea that part of the instinct became directed towards the outer world and then showed itself as an instinct of aggression and destruction carried us a step further. The instinct would thus itself have been pressed into the service of Eros, in that the organism would be destroying something animate or inanimate outside itself instead of itself”. Adiante (p. 791): “And now, it seems to me, the meaning of the evolution of culture is no longer a riddle to us. It must present to us the struggle between Eros and death, between the instincts of life and the instincts of destruction, as it works itself out in the human species. This struggle is what all life essentially consists of and so the evolution of civilization may be simply described as the struggle of the human species for existence. And it is this battle of the Titans that our nurses and governesses try to compose with their lullaby-song of Heaven!” Chama a atenção ao final da obra (p. 802) que, ao constatar o crescente poder de destruição propiciado pelo desenvolvimento tecnológico, Freud não clame por uma superação – impossível! – do instinto de morte por Eros, mas por um equilíbrio: “And now it may be expected that the other of the two heavenly forces, eternal Eros, will put forth his strength so as to maintain himself alongside of his equally immortal adversary”. Isso nos remete à análise de Downing (p. 6), para quem a adoção de uma nomenclatura mítica denota a inescapabilidade do ser humano em relação a tais forças, ao mesmo tempo em que o convida a estabelecer com elas um novo tipo de relacionamento.

<sup>388</sup> DOWNING, pp. 5-6, 8.

<sup>389</sup> DOWNING, p. 7.

enemy, and the greater must have been his impatience to attain to supremacy through the death of his father. Even in our own middle-class families the father commonly fosters the growth of the germ of hatred which is naturally inherent in the paternal relation, by refusing to allow the son to be a free agent or by denying him the means of becoming so. A physician often has occasion to remark that a son's grief at the loss of his father cannot quench his gratification that he has at last obtained his freedom. **Fathers, as a rule, cling desperately to as much of the sadly antiquated *potestas patris familias* as still survives in our modern society**, and the poet who, like Ibsen, puts the immemorial strife between father and son in the foreground of his drama is sure of his effect. The causes of conflict between mother and daughter arise when the daughter grows up and finds herself watched by her mother when she longs for real sexual freedom, while the mother is reminded by the budding beauty of her daughter that for her the time has come to renounce sexual claims [grifos nossos].<sup>390</sup>

O uso mais célebre da mitologia grega no pensamento freudiano é a construção do complexo de Édipo. Para Freud, o fato de a tragédia de Sófocles (séc. V a. C.) comover o leitor moderno *com a mesma força* (o que é discutível, sob a perspectiva dos estudos da recepção) com que comovia o espectador antigo se deve a se encontrar no fundamento da tragédia o mesmo conflito interior compartilhado por todos os tempos: o conflito que nos destina a todos a dirigir à mãe o primeiro impulso sexual; e ao pai o primeiro impulso de ódio. Nessa ordem de ideias, os feitos de Édipo – matar o pai e casar-se com a mãe – representam a realização de um desejo de infância, adequadamente reprimido no adulto moderno normal.<sup>391</sup>

A chave para essa interpretação universalista de Édipo estaria contida na própria tragédia:

In the very text of Sophocles' tragedy there is an unmistakable reference to the fact that the Oedipus legend had its source in dream-material of immemorial antiquity, the content of which was the painful disturbance of the child's relations to its parents caused by the first impulses of sexuality. Jocasta comforts Oedipus – who is not yet enlightened, but is troubled by the recollection of the oracle – by an allusion to a dream which is often dreamed, though it cannot, in her opinion, mean anything:

*For many a man hath seen himself in dreams  
His mother's mate, but he who gives no heed  
To suchlike matters bears the easier life.*

The dream of having sexual intercourse with one's mother was as common then as it is today with many people, who tell it with indignation and astonishment. As may well be imagined, it is the key to the tragedy and the complement to the dream of the death of the father. The Oedipus fable is the reaction of phantasy to these two typical dreams, and just as such a dream, when occurring to an adult, is experienced with feelings of aversion, so the content of the fable must include terror and self-chastisement. The form which it subsequently assumed was the result of an uncomprehending secondary elaboration of the material, which sought to make it serve a theological intention. The attempt to reconcile divine

---

<sup>390</sup> FREUD, Sigmund. The interpretation of dreams. In: **Great books of the Western world**. S. ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. Vol. 54, p. 244.

<sup>391</sup> FREUD (1952a), pp. 246-247.

omnipotence with human responsibility must, of course, fail with this material as with any other.<sup>392</sup>

Finalmente, chama a atenção o paralelo entrevisto por Freud entre a revelação gradual da verdade na tragédia de Sófocles e a dinâmica psicanalítica.<sup>393</sup>

### 2.1.1 *Kelsen, leitor de Platão e de Freud*

Com sua obra de 1913, *Totem e tabu*, Freud marca a passagem do enfoque estrito na psicologia individual, característico de sua produção anterior à Primeira Guerra Mundial, para o estudo da cultura, ao se extrapolar a análise da religião e do mito para o plano supraindividual.<sup>394</sup> Esta obra demonstra o forte impacto exercido sobre Freud pela leitura das obras de Frazer e de seu mestre, William Robertson Smith,<sup>395</sup> extensivamente citados no texto. Freud inclusive chegara a expressar o receio de que Frazer e outras autoridades rechaçassem suas conclusões sobre a religiosidade antiga.<sup>396</sup>

Ao transcender o campo da psique do indivíduo e enveredar por uma psicologia de massas, empresa que teve continuidade com seu texto *Psicologia de massas e análise do eu*, publicado em 1921, Freud se insere de pleno direito na tradição da filosofia política:

Il devrait aller de soi que *Massenpsychologie* appartient à l'histoire de la philosophie politique, et marque même un de ses tournants, à situer dans une série qui commence à la *République* de Platon et qui va jusqu'aux *Origines du totalitarisme* d'Arendt, en passant par *Le Prince*, le *Léviathan*, le *Contrat Social*, la *Philosophie du droit* de Hegel, le *Capital*, le *Concept du politique* de Schmitt, etc. Cela n'empêche pas qu'il s'agisse d'un ouvrage de psychanalyse, et de psychanalyse *théorique*, terme que j'adopte pour nous débarrasser une fois pour toutes du couple du <<pur>> et de <<l'appliqué>>. Mais il faut être plus spécifique: Massenpsychologie s'installe de façon critique sur le terrain d'une discipline préexistante qu'on peut appeler (et qui s'appelle d'ailleurs quelquefois aujourd'hui, notamment dans l'Université anglophone) la <<psychologie politique>>, non sans analogie avec la façon dont la théorie de Marx s'installait de façon critique sur le terrain de <<l'économie politique>>. Cela veut dire en particulier que, comme Marx envers Quesnay, Smith ou Ricardo, Freud s'approprie une bonne part des notions et des problématiques du discours qu'il

---

<sup>392</sup> FREUD (1952a), p. 247.

<sup>393</sup> FREUD (1952a), p. 246.

<sup>394</sup> DOWNING, p. 7.

<sup>395</sup> Cf. supra, **CAP. 4**, 1.1

<sup>396</sup> GAY, Peter. **Freud: uma vida para o nosso tempo**. S. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. pp. 341, 530.

critique, en même temps qu'il le déplace et parfois le renverse. Son écriture demeure pour une part essentielle une *paraphrase*.<sup>397</sup>

Evidentemente, não é nosso objetivo aprofundar-se no argumento de Freud. O que nos chama a atenção é que Hans Kelsen tenha estudado *Psicologia de massas e análise do eu*, entre outras obras de Freud. Que, por seu turno, Freud possivelmente tenha vislumbrado no diálogo com Kelsen muito mais do que simplesmente uma chance de institucionalização da psicanálise por meio do diálogo com as ciências reconhecidas o demonstra o empenho de Freud em fazer publicar na revista *Imago*, veículo oficial do movimento psicanalítico, em 1922, o artigo de Kelsen *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse*, além de ter providenciado sua tradução para publicação na edição internacional da revista, em língua inglesa, em 1924.<sup>398</sup>

Como o nosso objeto não é a discussão da teoria psicanalítica *per se*, mas como intermediária de uma recepção heterodoxa da Antiguidade pelo pensamento jurídico, não acompanharemos o comentário de Kelsen ao texto freudiano em tela. Nosso objetivo foi demonstrar o contato intelectual e pessoal entre Freud e Kelsen, bem como o contexto do desenvolvimento da psicanálise que propiciou ao jurista austríaco ocasião para pensar, sob o influxo freudiano, esta a que Balibar denomina *la préhistoire de la psychologie politique*: a República de Platão.<sup>399</sup>

A justificativa kelseniana para a abordagem psicanalítica da obra platônica pode ser acessada a partir de sua afirmação da inseparabilidade das doutrinas éticas e das circunstâncias pessoais de seus formuladores. Especialmente no caso de Platão, entendido por Kelsen como um pensador talhado pelos mais poderosos afetos, e não como um frio erudito que analisa o mundo à distância. Desse modo, a interpretação da ética platônica deve ter em conta a centralidade do tema do amor como fonte de seu projeto filosófico e político-pedagógico.<sup>400</sup>

Ocorre que o *eros* platônico não é, prossegue Kelsen, o *eros* “normal”, comum à generalidade da *pólis*, mas o *eros* homossexual. Kelsen não demonstra fazer juízo de valor a respeito da condição homossexual imputada ao filósofo, apresentando-a como uma “anormalidade” apenas sob o ponto de vista, diríamos, estatístico. Com efeito, Kelsen

---

<sup>397</sup> BALIBAR, Étienne. **Citoyen sujet et autres essais d'anthropologie philosophique**. 1<sup>re</sup> éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2011. pp. 388-389.

<sup>398</sup> BALIBAR, pp. 394-396.

<sup>399</sup> BALIBAR, p. 389.

<sup>400</sup> KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp. 63-64.

recorda o fenômeno da pederastia na Grécia e acusa de hipócrita a interpretação do *eros* platônico como amizade em um plano puramente filosófico. Sendo um aspecto da natureza do indivíduo, explicado por Kelsen a partir de um complexo de Édipo não resolvido, o verdadeiro problema surge com a autopercepção do caráter desviante da homossexualidade em relação à norma social, acarretando o isolamento do indivíduo e o direcionamento de sua *vontade de poder* (termos de Kelsen) em relação à sociedade que lhe é hostil, seja como impulso pedagógico ou político.<sup>401</sup>

O estigma cultural<sup>402</sup> – religioso, moral, social e jurídico – do *eros* homossexual, portanto, é o que leva Platão à valorização da castidade, personificada em sua reinterpretção progressiva da figura de Sócrates, aquele que se mostrou senhor de si, não sucumbindo às paixões sensuais. Ademais, Sócrates se ocupou inteiramente do problema da justiça, cuja solução em um plano puramente intelectual, no entender de Kelsen, seria de interesse de Platão por trazer para si uma *justificação* de seu próprio modo de ser.<sup>403</sup>

Kelsen acredita ser possível deduzir elementos significativos da personalidade de Platão a partir de suas obras.<sup>404</sup> É desse modo que o jurista identifica o exacerbado afeto de Platão pelos parentes homens, em contraste com o suposto ódio do filósofo pela mãe (valendo-se de um hipotético retrato desta na *República*, aventado por Wilamowitz); e uma opinião degradante da mulher e da maternidade.<sup>405</sup> A aversão platônica aos sofistas e à oratória teria explicação na voz desagradável do próprio Platão e nas opiniões antipederásticas daqueles.<sup>406</sup> Também teriam conformação essencialmente homoerótica a representação platônica de um paraíso exclusivamente masculino<sup>407</sup> e sua opinião a respeito do papel social a ser desempenhado pelas mulheres.

O Estado ideal efetivamente não admite qualquer função modelar às mulheres, que, se desempenham certas funções sem distinção em relação aos homens, não o fazem por reconhecimento de sua igualdade jurídica e social, mas por negação de qualquer singularidade feminina, cujas características distintivas seriam meramente secundárias. A negação das virtudes morais tradicionalmente atribuídas às mulheres – nomeadamente a fidelidade sexual e o zelo maternal – que tanta dificuldade causou aos intérpretes católicos

---

<sup>401</sup> KELSEN, pp. 64-68.

<sup>402</sup> Cf. KELSEN, pp. 88-105.

<sup>403</sup> KELSEN, pp. 108-111.

<sup>404</sup> KELSEN, pp. 63-64.

<sup>405</sup> KELSEN, pp. 69-73.

<sup>406</sup> KELSEN, p. 93-97.

<sup>407</sup> KELSEN, pp. 73-74.

de Platão,<sup>408</sup> teriam origem em um absoluto desinteresse erótico em relação ao feminino e na completa ignorância de qualquer vínculo afetivo entre mãe e prole.<sup>409</sup>

A busca platônica de justificação no pensamento socrático é inviável, segundo Kelsen, diante da impossibilidade de extração de um juízo moral positivo a partir da ênfase racionalista de Sócrates, crítica, mas não propositiva. A partir disso começa a se desenhar o grande problema de ordem filosófico-política da utopia platônica: o seu vazio de sentido. O Estado ideal está supostamente fundado na ideia de justiça. Entretanto, do exame da obra platônica, Kelsen declara não se poder obter senão definições tautológicas do justo.<sup>410</sup>

Platão chegaria à sua derradeira obra, as *Leis*, sem conseguir transcender uma definição puramente formal do justo, desprovida de sentido material:

Nesse mesmo contexto encontra-se ainda uma tentativa de definir o conceito de justiça que Platão faz em sua última obra. Ele é identificado, aí, ao da igualdade, da qual se distinguem duas espécies: a igualdade mecânica, aritmética – isto é, “a igualdade segundo a medida, o peso e o número”, onde a decisão cabe à sorte – e a igualdade proporcional, na qual nem todos recebem o mesmo, mas somente ao igual concede-se o igual, cada um sendo tratado, portanto, segundo o que merece e o que lhe é devido. “Ao maior, ela concede mais; ao menor, menos, garantindo a cada um o que lhe cabe, segundo sua condição natural; ao de maior virtude, portanto, honras sempre maiores; ao de menor virtude e educação, porém, apenas e exatamente o que lhe cabe – uma distribuição que lhes é proporcionalmente justa, pois é precisamente nisso que consiste nossa sabedoria de estadista: na justiça”. Naturalmente, e ao contrário do que parece, isso não é uma solução, mas, de novo, tão-somente a colocação do problema da justiça. O que, afinal, é “maior”, e o que é “menor”? Qual o critério para aquela virtude e educação de que o Estado necessita? Como essas questões decisivas ficam irrespondidas, o próprio Platão é forçado a condescender e confessar: “No entanto, a única igualdade verdadeira – e a melhor – não se apresenta tão facilmente cognoscível a todos. Isso porque o juízo cabe aí a Zeus, e aos homens ela sempre se comunica em pequena medida”. Já no final de sua vida, após haver se empenhado em vão, em numerosas obras, por definir o conceito de justiça, e sabendo já que sua essência é inexprimível, ele ainda anseia – pois, em seu íntimo, terá decerto repudiado o insatisfatório – por apanhar num conceito, qual um raio de sol numa garrafa, aquilo que eternamente lhe escapa. E, no entanto, apenas para mais uma vez ter de admitir que, no fundo, isso é impossível: que a justiça, em última análise, permanece um segredo da divindade, do qual o conhecimnto humano só pode participar em pequena medida; e que a seu respeito o que se pode dizer resume-se à fórmula vazia de conteúdo *suum cuique*.<sup>411</sup>

Por ser uma norma abstrata elaborada com a pretensão de regular a conduta humana, naturalmente multifária, a lei positiva não estaria apta a explicitar o sentido do justo. Apenas a atribuição de poder ao governante justo, aquele cujo discernimento se situa acima das leis, teria o condão de estabelecer o governo justo. Disso conclui Kelsen pelo

---

<sup>408</sup> Cf. *supra*, 3.2.

<sup>409</sup> KELSEN, pp. 75-78.

<sup>410</sup> KELSEN, pp. 109-110, 448-450, 491-498.

<sup>411</sup> KELSEN, pp. 497-498.

irracionalismo do modelo platônico, irreduzível à regulação. Dependente a esfera política do carisma do governante, tem-se como resultado o estabelecimento de uma autocracia cujos parâmetros não são nítidos, pois imperscrutáveis.<sup>412</sup>

A ausência de uma fundamentação racional da autoridade política leva o problema para o plano transcendente, ocasionando o risco de instauração de uma teocracia:

Um elemento característico dessa ideologia consiste em que a justiça – ou o Bem, cujo conhecimento fundamenta o direito dos filósofos ao governo do Estado – é transferida para o Além, sendo portanto absolutizada em uma divindade, de modo que a ciência – de cuja posse tudo depende tanto do ponto de vista pedagógico quanto político – faz-se teologia, e os filósofos têm antes o caráter de sacerdotes do que de eruditos: por seu intermédio, quem reina é o próprio deus (cf. *Leis*, 712 e s.: o verdadeiro Estado é aquele no qual reina deus, uma teocracia). Fosse a teocracia uma forma assumida pelo Estado – ou seja, a forma de um Estado real, e não apenas uma detremnada ideologia estatal –, ter-se-ia de denominar o Estado platônico uma teocracia. Precisamente por ter como meta uma teocracia, a Constituição do Estado platônico evidencia seu caráter ideológico.<sup>413</sup>

Chama a nossa atenção o tratamento monolítico que Platão reserva para a população de seu Estado ideal. Dividida conforme as categorias idealmente postas pelo filósofo, trata-se de uma comunidade pouco complexa: não há partidos, classes sociais ou outros grupos de interesse. Kelsen, autor da primeira constituição republicana austríaca, dirigiu crítica análoga ao *Psicologia de massas...* de Freud, cujo tratamento do Estado como massa indistinta não dá espaço a uma consideração da cidadania, o que propicia a sujeição à ordem jurídico-política e dá margem à dominação ditatorial ou totalitária.<sup>414</sup>

Aristóteles já havia criticado a utopia platônica em termos semelhantes (*Política*, 1264<sup>a</sup>):

The citizens who are not guardians are the majority, and about them nothing has been determined: are the husbandmen, too, to have their property in common? Or is each individual to have his own? and are their wives and children to be individual or common? If, like the guardians, they are to have all things in common, in what do they differ from them, or what will they gain by submitting to their government? Or, upon what principle would they submit, unless indeed the governing class adopt the ingenious policy of the Cretans, who give their slaves the same institutions as their own, but forbid them gymnastic exercises and the possession of arms. If, on the other hand, the inferior classes are to be like other cities in respect of marriage and property, what will be the form of the community? Must it not contain two states in one, each hostile to the other? He makes the guardians into a mere occupying garrison, while the husbandmen and artisans and the rest are the real citizens. But if so the suits and quarrels, and all the evils which Socrates affirms to exist in other states, will exist equally among them.

---

<sup>412</sup> KELSEN, pp. 498-504.

<sup>413</sup> KELSEN, p. 452.

<sup>414</sup> BALIBAR, pp. 397-399.

He says indeed that, having so good an education, the citizens will not need many laws, for example laws about the city or about the markets but then he confines his education to the guardians. Again, he makes the husbandmen owners of the property upon condition of their paying a tribute. But in the case they are likely to be much more unmanageable and conceited than the Helots, or Penestae, or slaves in general.

Nessa ordem de ideias, nutrimos uma suspeita quanto ao diagnóstico kelseniano da ideologia do Estado platônico como abertura à instalação do totalitarismo. Acreditamos, com base em uma leitura reflexivista do jurista austríaco,<sup>415</sup> que a utopia platônica lhe tenha sugerido que o direcionamento axiológico da vida política invariavelmente resulta em experiências autoritárias. Tal problema é agravado diante da constatação da vacuidade do conceito de justiça, já que Platão teria empenhado toda a vida à sua procura, sempre redundando, entretanto, em tautologias. A reflexão kelseniana sobre o Estado ideal platônico sugere, a nosso ver, a conveniência de uma consideração não doutrinária do direito e do Estado. Nesse sentido, a leitura kelseniana de Platão se apresenta como um exercício em causa da teoria pura do direito elaborada por Kelsen.

---

<sup>415</sup> Cf. *supra*, **INTRODUÇÃO**, 2.



## CONCLUSÃO

**CASSANDRA:** *I see disaster. I see catastrophe.  
Worse, I see lawyers!*

WOODY ALLEN, *Mighty Aphrodite* (1995)

Retomemos, por partes, a hipótese enunciada no início deste trabalho.

Primeiramente:

Os direitos da Antiguidade não operam sobre o pensamento jurídico posterior por meio de cadeias de influência, mas a partir de práticas de recepção, que podem ser caracterizadas em função da evolução da filologia, como disciplina estruturante para o entendimento da Antiguidade.

Em primeiro lugar, cabe reafirmar o pressuposto de nossa pesquisa: não há que se falar em uma influência dos direitos da Antiguidade sobre os direitos modernos e contemporâneos. Trata-se de um fenômeno de recepção, pois se trata de compreender as maneiras pelas quais o direito antigo é apropriado, ressignificado, refundado. Ao tentar vislumbrar as qualidades intrínsecas, atávicas, dos Antigos para entender a persistência real ou simbólica de elementos dos direitos da Antiguidade, ignoramos as contingências e reinterpretações que diferenciam de maneira brutal, por exemplo, o direito romano arcaico, a glosa de Acúrsio e o humanismo jurídico.

Creemos ter encontrado na teoria da recepção uma resposta possível para a indagação (ou provocação) tantas vezes dirigida ao Prof. Ari Solon: é possível dedicar-se ao estudo filológico por um viés não reacionário? Em oposição à normatividade da influência, acreditamos que a teoria da recepção possa constituir uma via para uma filologia de possibilidades.

A filologia clássica se apresenta, segundo a tese de Turner, como a disciplina em torno da qual se organizou todo o campo das Humanidades. Desse modo, conhecer a evolução do pensamento filológico seria crucial para o conhecimento da evolução das ciências humanas em seu conjunto. Especialmente uma ciência como o direito, historicamente voltada à compreensão do passado clássico como uma experiência normativa, não poderia se furtar a essa análise. Desse modo, valemo-nos da análise da

evolução do pensamento jurídico por um viés filológico para acompanhar os processos históricos de recepção, contextualizando-os.

*Os juristas não são – ou pelo menos nem sempre são – também classicistas.* Quando o são, natural que apreendam a Antiguidade jurídica segundo os métodos dos estudos clássicos. Quando não o são, somente podem ter acesso ao direito antigo por intermédio de algum tipo de abordagem filológica. Natural, portanto, que rupturas na matriz filológica impliquem polarizações derivadas na ciência jurídica. Logo:

Tal conformação filológica da abordagem da Antiguidade sob o ponto de vista jurídico culmina na reprodução, entre os juristas do século XX, de elementos do debate fundamental para o estabelecimento dos marcos teóricos da disciplina filológica no século XIX, que havia resultado na polarização entre os projetos filológicos de Ulrich von Wilamowitz-Moellendorff (1848-1931) e Friedrich Nietzsche (1844-1900).

Embora o efeito imediato da alteração entre Wilamowitz e Nietzsche tenha sido o isolamento deste último no cenário da filologia clássica, a crua e irracionalista abordagem nietzschiana da Antiguidade abriu novas possibilidades para o pensamento filológico.

Uma vez que os juristas recepcionam os referenciais greco-romanos mediante filtros filológicos, não tardou a se verificar a inédita diversificação do tratamento da Antiguidade no direito. A bem da verdade, como a abordagem dita ortodoxa é um desdobramento da *Altertumswissenschaft*, a grande novidade no contexto do século XX é o advento das recepções de viés heterodoxo.

Sustentar que o manejo da Antiguidade por juristas constitui um ato de recepção é postura científica que tende a favorecer as perspectivas heterodoxas. No atual estado do problema, a prevalência do neo-humanismo no campo jurídico-filológico ortodoxo contribui, ao assumir um direcionamento histórico-propedêutico, para fomentar uma concepção alienada do desenvolvimento histórico do direito, exatamente por sua dupla dimensão, histórica (por reforçar o paradigma da influência) e propedêutica (por se colocar como veículo de introdução à dogmática jurídica, vista como resultante de uma racionalidade histórica).

Não se quer dizer, evidentemente, que os juristas não possam se dedicar com proveito a estudos históricos – aliás, a estudos zetéticos, de um modo geral – como forma de se evitar alienações. O problema, para retomar um dos pontos iniciais da discussão, não

*é o que se estuda, mas como se estuda.* Entendemos que o propósito propedêutico do neo-humanismo, por seu forte componente filológico, não se coaduna a um estudo dogmático

Finalmente, gostaríamos de registrar nossa satisfação pessoal por termos atingido um nível de consciência e compreensão das escolas jurídicas que ultrapassa a simples sucessão de pensadores desta ou daquela escola, que introduziram tal ou qual abordagem diferente – justamente o tipo de construção canônica tão criticada por Jauss como anti-histórica. A consideração do contexto do pensamento filológico muito contribuiu para alargar nosso entendimento das circunstâncias em que se deram e se dão as recepções da Antiguidade e dos estudos clássicos no pensamento jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Robert. Foreword. In: CORNFORD, F. M. **From religion to philosophy: a study in the origins of western speculation**. S. ed. Princeton: Princeton University, 1991. pp. vii-xii.
- ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do direito e do estado**. S. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2000, Vol 1.
- ARISTOTLE. Politics. In: **Great books of the Western world**. S. ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. Vol. 9, pp. 445-552.
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BALIBAR, Étienne. **Citoyen sujet et autres essais d'anthropologie philosophique**. 1<sup>re</sup> éd. Paris: Presses Universitaires de France, 2011.
- BOWIE, Andrew. Critiques of culture. In: KOLINSKY, Eva. VAN DER WILL, Wilfried. (orgs.). **The Cambridge companion to modern German culture**. S. ed. Cambridge: Cambridge University, 1998. pp. 132-152.
- BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e heróis**. S. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, s. d.
- CALDEIRA, Jorge. O processo econômico. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **História do Brasil-Nação**. S. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. Vol. 1, pp. 161-203.

CAMBRAIA, César Nardelli. **Introdução à crítica textual**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

COING, Helmut. **Elementos fundamentais da filosofia do direito**. S. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CORNELLI, Gabriele. COSTA, Gilmário Guerreiro da (orgs.). **Estudos clássicos I: origens do pensamento ocidental**. S. ed. Brasília: UNESCO. 2013.

CORNFORD, F. M. **From religion to philosophy: a study in the origins of western speculation**. S. ed. Princeton: Princeton University, 1991.

DOMINGO, Rafael. Axel Hägerström. In: DOMINGO, Rafael (ed.). **Juristas universales**. S. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. Vol. IV, pp. 849-852.

DOWNING, Christine. Sigmund Freud and the Greek mythological tradition. In: **Journal of the American Academy of Religion**. Vol. 43, no. 1 (Mar., 1975), pp 3-14.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FREUD, Sigmund. The interpretation of dreams. In: **Great books of the Western world**. S. ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. Vol. 54, pp. 135-398.

\_\_\_\_\_. Civilization and its discontents. In: **Great books of the Western world**. S. ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. Vol. 54, pp. 767-807.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2015. 2 vols.

GAY, Peter. **Freud: uma vida para o nosso tempo**. S. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

HÄGERSTRÖM, Axel. **Der römische Obligationsbegriff im Lichte der Allgemeinen römischen Rechtsanschauung**. S. ed. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1927.

\_\_\_\_\_. On the question of the notion of law. In: OLIVECRONA, Karl (ed.). **Inquiries into the nature of law and morals**. S. ed. Uppsala: Almqvist & Wiksells, 1953.

HARDWICK, Lorna. STRAY, Christopher. Introduction: making connections. In: HARDWICK, Lorna. STRAY, Christopher (eds.). **A companion to classical receptions**. 1<sup>st</sup> ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2011.

HARRISON, Jane Ellen. **Themis: a study of the social origins of Greek religion**. S. ed. Cambridge: Cambridge University, 1912.

HARTOG, François. **Os antigos, o passado e o presente**. S. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.

HERODOTUS. The History. In: **Great books of the Western world**. S. ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. Vol. 6, pp. 1-341.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. S. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOMER. **The Odissey: books 1-12**. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge: Harvard University, 1995.

JACKSON, Patrick Thaddaeus. **The conduct of inquiry in international relations: philosophy of science and its implications for the study of world politics**. S. ed. London: Routledge, 2011.

- JAEGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- JAUSS, Hans Robert. **A história da literatura como provocação à teoria literária**. S. ed. São Paulo: Ática, 1994.
- KEENAN, James G. The history of the discipline. In: BAGNALL, Roger S. (ed.). **The Oxford handbook of papyrology**. S. ed. Oxford: Oxford University, 2009. pp. 59-78.
- KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- KOLINSKY, Eva. VAN DER WILL, Wilfried. In search of German culture: an introduction. In: KOLINSKY, Eva. VAN DER WILL, Wilfried. (orgs.). **The Cambridge companion to modern German culture**. S. ed. Cambridge: Cambridge University, 1998. pp. 1-19.
- KOSCHAKER, Pablo. **Europa y el derecho romano**. S. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- LAVERNIA BIESCAS, Kilian. “Berlín, 1907”. La reconstrucción de un recuerdo de juventud de Carl Schmitt. In: **Res publica. Revista de história de las ideas políticas**, Madrid, Vol. 19, nº. 1 (2016), pp. 309-342.
- LEEDER, Karen. Modern German poetry. In: KOLINSKY, Eva. VAN DER WILL, Wilfried. (orgs.). **The Cambridge companion to modern German culture**. S. ed. Cambridge: Cambridge University, 1998. pp. 193-212.
- LEFRANC, Jean. **Comprender Nietzsche**. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- LINTOTT, Andrew. **The constitution of the Roman republic**. S. ed. Oxford: Oxford University, 2009.

- LOSEMANN, Volker. Fascism. In: GRAFTON, Anthony. MOST, Glenn W. SETTIS, Salvatore (eds.). **The classical tradition**. 1<sup>st</sup> ed. Cambridge: Harvard University, 2010. pp. 352-354.
- LLOYD-JONES, Hugh. Introduction. In: WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, Ulrich von. **History of classical scholarship**. 1<sup>st</sup> ed. Baltimore: Johns Hopkins University, 1982. pp. v-xxxii.
- MACHADO, Roberto. Introdução: Arte, ciência, filosofia. In: MACHADO, Roberto (org.). **Nietzsche e a polêmica sobre o nascimento da tragédia**. S. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. pp. 7-34.
- MACHIAVELLI, Nicolò. The prince. In: **Great books of the Western world**. S. ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. Vol. 23, pp. 1-37.
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. 2<sup>a</sup> ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.
- MANNHEIM, Karl. **Sociologia da cultura**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Perspectiva, 2014.
- MARINETTI, Filippo Tommaso. Manifeste du futurisme. In: **Le Figaro**, 20 fev. 1909, p. 1. Disponível em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2883730.langFR>. Consultado em 18/11/2018.
- MEZAN, Renato. **Freud: a trama dos conceitos**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- MINDUS, Patricia. **A real mind: the life and work of Axel Hägerström**. S. ed. Dordrecht: Springer, 2009.



MOREIRA ALVES, José Carlos. **Estudos de direito romano**. S. ed. Brasília: Senado Federal. 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. Homero e a filologia clássica. In: **Princípios**. Natal, vol. 13, n<sup>os</sup>. 19/20, jan-dez. 2006. pp. 169-199.

\_\_\_\_\_. **O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo**. S. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

\_\_\_\_\_. Tentativa de autocrítica. In: **O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo**. S. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. pp. 11-21.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Estudos de história da cultura clássica**. 6<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Romantismo: uma questão alemã**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. S. ed. Madrid: F. Góngora & Compañía. 1878. Vol. 1.

\_\_\_\_\_. Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica. In: ATARD, R. (org.). **La escuela histórica del derecho: documentos para su estudio**. S. ed. Madrid: Victoriano Suárez, 1908. pp. 11-27.

\_\_\_\_\_. Recensión del libro de N. Th. Gönner sobre legislación y jurisprudencia en nuestro tiempo. In: ATARD, R. (org.). **La escuela histórica del derecho: documentos para su estudio**. S. ed. Madrid: Victoriano Suárez, 1908. pp. 29-82.

\_\_\_\_\_. De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho. In: STERN, Jacques (org.). **La codificación: una controversia programática basada en sus obras**. S. ed. S. l.: Aguilar. S. d.

SCHMIDT, Dennis J. **On Germans and other Greeks: tragedy and ethical life**. S. ed. Bloomington: Indiana University, 2001.

SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra en el derecho de gentes del “Jus publicum europaeum”**. S. ed. Buenos Aires: Struhart, 2005.

\_\_\_\_\_. Apropiación, partición, apacentamiento. In: SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra en el derecho de gentes del “Jus publicum europaeum”**. S. ed. Buenos Aires: Struhart, 2005. pp. 361-374.

\_\_\_\_\_. Berlín, 1907. In: LAVERNIA BIESCAS, Kilian. “Berlín, 1907”. La reconstrucción de un recuerdo de juventud de Carl Schmitt. **Res publica. Revista de historia de las ideas políticas**, Madrid, Vol. 19, nº. 1 (2016), pp. 335-342

SCHULZ, Fritz. **History of Roman legal science**. S. ed. London: Oxford University, 1953.

SELLERS, M. N. S. **American republicanism: Roman ideology in the United States constitution**. 1<sup>st</sup> ed. Basingstoke: MacMillan, 1994.

SETTIS, Salvatore. Classical. In: GRAFTON, Anthony. MOST, Glenn W. SETTIS, Salvatore (eds.). **The classical tradition**. 1<sup>st</sup> ed. Cambridge: Harvard University, 2010. pp. 205-206.

SOLON, Ari Marcelo. **Dever jurídico e teoria realista do direito**. S. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito e tradição: o legado grego, romano e bíblico**. S. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

\_\_\_\_\_. Judaism: Jewish law in Kelsen. In: **Cadernos de pós-graduação em direito: estudos e documentos de trabalho**, São Paulo, n° 14, 2012. Disponível em [http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno\\_14\\_2012.pdf](http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_14_2012.pdf). Consultado em 13/01/2019.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica radical**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

TARCOV, Nathan. Machiavelli, Niccolò. In: GRAFTON, Anthony. MOST, Glenn W. SETTIS, Salvatore (eds.). **The classical tradition**. 1<sup>st</sup> ed. Cambridge: Harvard University, 2010. pp. 552-553.

TURNER, James. **Philology: the forgotten origins of the modern humanities**. S. ed. Princeton: Princeton University, 2014.

THUCYDIDES. The history of the Peloponnesian war. In: **Great books of the Western world**. S. ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. Vol. 6, pp. 343-616.

VEGETTI, Mario. **Um paradigma no céu: Platão político, de Aristóteles ao século XX**. 1ª ed. São Paulo: Annablume, 2007.

VIRGÍLIO. **Bucólicas**. S. ed. Belo Horizonte: Crisálida, 2005.

WAGNER, Richard. Carta aberta a Friedrich Nietzsche. In: MACHADO, Roberto (org.). **Nietzsche e a polêmica sobre o nascimento da tragédia**. S. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. pp. 79-86.

WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, Ulrich von. **History of classical scholarship**. 1<sup>st</sup> ed. Baltimore: Johns Hopkins University, 1982.

\_\_\_\_\_. Filologia do futuro! In: MACHADO, Roberto (org.). **Nietzsche e a polêmica sobre o nascimento da tragédia**. S. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. pp. 55-78.

ZIMMERMANN, Reinhard. **Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today**. S. ed. Oxford: Oxford University, 2001.