

Other universities

From the Selected Works of Paulo Ferreira da Cunha

September, 2012

Paradigmas Jurídicos do Ter

Paulo Ferreira da Cunha, *Universidade do Porto*



Available at: <https://works.bepress.com/pfc/165/>

Jornal “Estado de Direito”, n.º 36.

Porto Alegre, Setembro de 2012¹

PARADIGMAS JURÍDICOS DO TER

O livro e o filme de Umberto Eco, *O Nome da Rosa* podem ser vistos com outros olhos se conhecermos a questão jurídica que está na sua base. Aí está a origem da *Relação Jurídica*, ainda hoje o grande molde mental estrutural dos juristas, formados no paradigma do direito subjetivo.

Apenas os direitos humanos (sobretudo sociais), e tendências de mudança de paradigma como o direito social, altruísta, humanista e fraterno a questionaram, sem verdadeiramente a abalarem em seus enraizados bastiões. Pode haver aspirações à mudança de idade jurídica, agora subjetiva (relação jurídica, direito subjetivo). Mas a relação jurídica ainda é a linguagem imperante. E nada inocente.

No séc. XIV, o franciscano Guilherme Ockham, professor em Oxford e chamado ao Papa de Avinhão por suspeita de heresia, vai formular a teoria do direito subjetivo não como produto teórico de uma elucubração sobre a justiça, mas a braços com a sua polémica.

João XXII era jurista de formação, o mesmo que fez santo o defensor (equilibrado) da propriedade e do realismo filosófico, o dominicano Tomás de Aquino, canonizado não muito depois da sua morte não por milagres de cura, mas pelo milagre das suas obras, realmente impressionantes e luminosas, em que avulta a *Summa Theologiae*.

Impecável na sua argumentação de romanista, o papa-jurista não podia persistir

¹ <http://www.estadodedireito.com.br/2012/09/22/jornal-estado-de-direito-n-36/>

no que considerava erro dos seus predecessores, que haviam consentido numa ficção favorável ao interesse espiritual e temporal dos frades de S. Francisco. Estes, originalmente mendicantes, haviam-se tornado detentores de grandes propriedades e riquezas, e usavam-nas como é hábito. Contudo, defendiam os seus princípios e a sua propriedade argumentando que o faziam apenas por *usus* e sem *ius*, mantendo a pobreza.

Havia contudo situações-limite, em que a defesa desta posição era delicada: o que comiam não seria sua propriedade? Mesmo S. Francisco teria possuído «o pedaço de queijo que comia». Assim como Jesus e os Apóstolos teriam tido uma bolsa. Caso contrário, não havendo o *ius*, estaria(m) Ele (e seus discípulos) cometendo injustiça (*iniustitia*).

Porém, os mais exaltados, e em especial os chamados “espirituais” (que haveriam de ser considerados heréticos) não aceitavam que Cristo e os primeiros cristãos houvessem tido sequer bolsa. Será que a lenda da ferradura, cantada por Goethe, é ulterior? Nela se diz que Jesus, achando uma ferradura, e perante o desdém de Pedro, a guarda, vende, põe o dinheiro na manga, à falta de algibeira, e compra então cerejas.

Ao contrário do papa, jurista romanista, dando a cada palavra o sentido que ela tem, Guilherme, mais dialético que homem de leis, exímio na arte de argumentar, e persuadido de que as palavras são sacos vazios com os conteúdos que lá quisermos pôr, baralha as regras do jogo, dando novos conteúdos ou sentidos à problemática.

Desde logo, identifica o direito com um poder lícito. E a licitude desse poder é-lhe conferida por uma lei positiva. Além do mais, está provida de uma sanção, que se identifica com a sindicabilidade judiciária do mesmo poder. No uso das distinções, o franciscano vê no uso de alimentos e até de habitações pelos seus irmãos, não direito, propriedade, poder, mas apenas uso de facto (*usus facti*). Estava salva a pobreza. E ao mesmo tempo o emprego do vocábulo *ius* deixa de ser *id quod iustum est*, a própria coisa justa, o devido, o direito objetivo, para se transformar no poder individual, fruto da vontade. Estamos no caminho do direito individualista e voluntarista: para o mal e para o bem. Aí está o poder ou faculdade de exigir ou pretender de outrem um comportamento ativo ou passivo, mas sobretudo fica tranquila a Ordem na medida em que se não trata de um *ius utendi, fruendi et abutendi* que versa sobre a coisa, mas na maior parte das vezes uma mera obrigação passiva universal por parte dos demais.

Não é indiferente termos na cabeça e no coração a metodologia da relação jurídica ou a dos direito humanos...

Paulo Ferreira da Cunha