

# RUDOLF VON JHERING E A GENELOGIA DA ÉTICA: O DE VIR HISTÓRICO COMO DETERMINANTE DA PROCEDÊNCIA DO SENTIMENTO JURÍDICO

## RUDOLF VON JHERING AND THE GENELOGIA ETHICS: THE BECOMING HISTORY AS DETERMINING THE ORIGIN OF THE LEGAL SENSE

Henrique Garbellini CARNIO\*

**Resumo:** O presente artigo tem como base a conferência dada por Rudolf von Jhering em 12 de março de 1884 para a Sociedade Jurídica de Viena, intitulada "Sobre o nascimento do sentimento jurídico". O objetivo é demonstrar algumas reflexões surpreendentes e pouco conhecidas deste importante jurista, enfatizando, em especial, a importância que ele atribui ao devir histórico na formação do sentimento jurídico, apostando que o sentido do direito é modelado pela história e não proveniente das leis naturais eternas. Jhering, propondo uma tarefa genealógica, defende de forma contundente um historicismo ético e jurídico que o distancia de um relativismo absoluto como o das clássicas posições jusnaturalistas, completamente ahistóricas, que se revela extremamente interessante para as reflexões atuais sobre a filosofia do direito.

**Palavras-chave:** Rudolf von Jhering; sentimento jurídico; historicismo ético-político.

**Abstract:** This article is based on a lecture given by Rudolf von Jhering on March 12, 1884 for the Law Society of Vienna, entitled "About the birth of the legal feeling." The objective is to demonstrate some surprising and little-known reflections of this important jurist, emphasizing, in particular, the importance he attaches to the historical development in the formation of the legal feeling, betting that the sense of law is shaped by history and not from the eternal natural laws. Jhering proposing a genealogical task, forcefully defends an ethical and legal historicism that distances him of the absolute relativism as the way of classic natural law positions, completely ahistorical, that reveals itself highly interesting for the current reflections on the philosophy of law.

**Keywords:** Rudolf von Jhering; legal feeling; ethical and political historicism.

### Introdução

O pensamento jusfilosófico de Rudolf von Jhering constitui um dos cumes da ciência jurídica do séc. XIX. No início de sua produção, suas primeiras obras importantes se referem ao direito romano, sendo destaque a obra em dois volumes “O espírito do direito romano nos vários estágios de sua evolução” (*Der Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung*), publicados entre 1852 e 1865, seguidos que foram de seu primeiro texto editado sobre o assunto em 1844 denominado *Tratados sobre o direito romano (Abhandlungen aus dem römischen Recht)*<sup>1</sup>. A

---

\* Doutor e mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutorando em Filosofia pela UNICAMP. Professor Titular Permanente do Programa dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Advogado. E-mail: henriquegarbellini@hotmail.com.br

trajetória do pensamento de Jhering culmina em sua interessante e grande obra, representante da “virada” de seu pensamento, “A finalidade no direito” (*Der Zweck im Recht*) e, ainda nos parece também, no caminho que o levou ao desenvolvimento de três importantes conferências apresentadas na sociedade jurídica de Viena (*Wiener Juristische Gesellschaft*), sendo destaque para essa fase a segunda delas – que realmente popularizou este pensador – *A luta pelo direito (Der Kampf um das Recht<sup>2</sup>)* proferida em 2 de março de 1872. Esta conferência fora antecedida pela conferência “É o direito uma ciência?” (*Ist die Jurisprudence eine Wissenschaft?*) proferida em 16 de outubro de 1868 e precedida pela última conferência denominada “Sobre o nascimento do sentimento jurídico” (*Über des Entstehung des Rechtsgefühles*) proferida em 12 de Março de 1884 e que fora inicialmente publicada em cinco partes no *Allgemeine Juristen Zeitung*, cujo editor era Bernhard Stahl - a primeira parte saiu no dia 16 de março, e a última parte em 13 de abril de 1884, sendo editado, primeiramente, nos tempos atuais por Okko Behrends.

Nossa pretensão é a de nos dedicarmos a esta última conferência e demonstrarmos como nela estão presentes algumas reflexões surpreendentes e pouco conhecidas de Rudolf von Jhering, em especial, sua ênfase na importância que o devir histórico possui na formação do sentimento jurídico. Radica nesta conferência também a importância de expor, no modo de um núcleo condensado, boa parte dos argumentos encontrados em sua obra fundamental “A finalidade no direito”.

Com destaque, Jhering defende um contundente historicismo ético e jurídico que o distância de um relativismo absoluto como o das clássicas posições jusnaturalistas, completamente ahistóricas. De forma moderna e lúcida Jhering se atreve a desenvolver na filosofia do direito uma tarefa genealógica que se encontra no conteúdo do texto e aparece já no próprio título da conferência com a palavra alemã *Entstehung*, carregada de uma grande potência filosófica, indicando a noção de *procedência, proveniência* e não a de um mero nascimento ou origem, como noções lexicais que usualmente traduzem a ideia de uma história cronológica, que, como se nota, não é tomada metodologicamente por Jhering. Esse *Entstehen* não aponta a uma mera busca da “origem” das coisas, neste caso dos sentimentos éticos ou jurídicos, mas se trata de narrar seu desenvolvimento, sua modificação através da história. Tal tarefa genealógica teria a incumbência de questionar, exatamente, a procedência do conteúdo de todos os princípios éticos e jurídicos que consideramos como verdadeiros.

“A finalidade no direito” e as três conferências “É o direito uma ciência?”, “A luta pelo direito” e “Sobre o nascimento do sentimento jurídico” são os trabalhos mais

significativos de Jhering que contam com uma reivindicação do direito que não se reduza a construções conceituais; um direito permeado pelas necessidades, pelos fins, pelos interesses e pelos valores sociais. A conferência em comento representa o trabalho de maior predicado filosófico produzido por Jhering ao tempo em que completa a mais conhecida das três conferências, “A luta pelo direito”, e ainda retoma algumas considerações de sua conferência inaugural “É o direito uma ciência?”.

### *Entre a Ética e o Direito*

Dois aspectos chamam principalmente a atenção na conferência. O primeiro se refere ao modo como Jhering apresenta uma confluência entre o campo jurídico e o campo ético, cuja conclusão é a crítica à teoria das verdades inatas. O segundo é o conceito de ciência com o qual o autor argumenta no texto.

Frederico Fernández-Crehuet, aponta que a confissão de Jhering no início da conferência de que não se encontrava em situação de levar à cabo seu propósito é uma ‘mentira’<sup>3</sup>. A seu ver Jhering, ainda que não possua uma formação filosófica-acadêmica, nas citações da obra “Finalidade do direito” mostram que ele havia lido com determinação autores como Paul Reé, Herbert Spencer, E. von Hartmann, Schopenhauer, Leibniz, Tomás de Aquino e, certamente, a parte da obra de Kant dedicada à ética. Da mesma forma, fica claro também na conferência seu conhecimento sobre a obra de Locke e seu conhecimento exaustivo de direito e de história romana, que constitui uma fonte inesgotável de exemplos que emprega uma ou outra vez para justificar sua opinião.

Em Kant encontra-se o subsolo das reflexões jheringianas sobre a ética, tanto é que no primeiro volume do “Finalidade do direito” ele apresenta sua crítica a Kant. A crítica a teoria das verdades e princípios éticos inatos constitui, possivelmente, o núcleo da conferência. A inexistência dos “princípios éticos” inatos revela o interesse de Jhering pela pergunta sobre a “origem” que já está presente no título da conferência, anteriormente referido neste texto.

Quanto ao aspecto científico desenvolvido por Jhering na conferência, chama atenção a importante conexão entre o direito e a moral com o empírico, implicando numa nova forma de como se devem definir e estudar estes campos. Tanto o direito como a moral devem estar desenhados para a satisfação dos interesses comuns, das necessidades coletivas. De plano, o enfoque empírico ocupa um lugar privilegiado nos

apontamentos de Jhering. Daí a forte presença de paralelismo em sua obra entre direito e ética, entre ciências da natureza e ciência do direito.

Jhering também se dedica à separação entre ser e dever-ser. Ele impugna diretamente a forma de entender o direito que converte o jurista ou o ético num investigador da natureza que simplesmente descreve os conceitos jurídicos como se fossem frios sucedâneos do acontecer natural. Quando este sucede, a jurisprudência permanece enquanto conceito, iludindo a pergunta pela História. A aposta de Jhering é a de uma reinvidicação metodológica própria para as ciências jurídicas, como fica pontualmente exposto na conferência “É o direito uma ciência?”. A tríade “História, Filosofia e Dogmática Jurídica”, para o autor, concedem ao trabalho do jurista prático a receita para romper com o ranço positivista que poderia fazer sucumbir a ciência do direito.

Na conferência em análise os apontamentos são similares. As ciências da natureza são expostas como modelo, não por adotar uma visão empírica, mas, sobretudo, por haver feito suas apresentações histórico-evolutivas.

[...] o instinto nos animais não existe desde seu nascimento; este foi criado pela experiência, pelo devir temporal. A ausência de inatismo nas Ciências da Natureza é o que se gaba e do que deve aprender a Ciência jurídica. Não se trata em absoluto, de que esta perca suas peculiaridades metodológicas.”<sup>4</sup> (Cf. JHERING, 2008, p. 28)

### *A Conferência*

Inicialmente, Jhering adverte que o tema de sua exposição já fora longamente refletido por ele e que, portanto, podia afirmar que estava concluído, pronto para ser por ele defendido, apesar de revelar que, certamente, não corresponderia às expectativas do público presente.

O dado inicial da conferência transmitido por Jhering é de que ela se relaciona com a sua última conferência na Sociedade Jurídica de Viena em que tratou sobre a luta pelo direito. Isto se deve, pois ambas têm por objeto o sentimento jurídico. Enquanto a primeira conferência – “A Luta pelo direito” – tratou sobre a função prática do sentimento jurídico, a reação ética e prática contra o indigno desprezo do sentimento jurídico; já a conferência em análise, persegue o mesmo objetivo, porém orientado sob outra perspectiva, a de seu conteúdo, representada pela indagação acerca de onde procede o conteúdo dos mais elevados axiomas e verdades que nós designamos como conteúdo de nosso sentimento jurídico. Seriam verdades inatas? São evidentes para nós

quando alcançamos a consciência ou são um produto da história? (Cf. JHERING, 2008, pp. 32-33).

Essas três dimensões aludidas por Jhering direcionam para seu mote metodológico. Sua preocupação se voltará para uma metodologia histórica (genealógica), empreendida na crítica às outras dimensões (natural e psicológica).

Prontamente, Jhering aponta pela superação de sua convicção inicial, a saber, a de que entendia em favor da primeira dimensão, a dos sentimentos inatos. A superação veio de uma dúvida instalada pela via histórica, pelo caminho da história, pelo caminho da comparação. Neste momento, o autor indica o núcleo metodológico a que irá se dedicar em sua apresentação. (Cf. JHERING, 2008, p. 33)

O mais interessante é o modo como este lida com uma tarefa histórico-genealógica, superando em grande medida as atividades metodológicas da escola histórica, representada por Savigny, se aproximando de investigações filosóficas e antropológicas que destacam-no, sobremaneira, na articulação do pensamento jurídico da época.

Em seus estudos Jhering afirma ter encontrado instituições jurídicas, tal e como existiam em povos civilizados nas etapas iniciais de seu desenvolvimento, que não correspondem em nada com a hipótese da teoria dos sentimentos inatos. Ter encontrado num mesmo povo contradições em questões essenciais e principais da ética foi o que o levou paulatinamente à conclusão de que as verdades éticas e jurídicas não podem ser inatas. Se fosse inatas, teriam que ter sido desde sempre válidas para o povo que depois as descobriu; estas não foram sempre válidas, por conseguinte, houve um tempo em que eram desconhecidas pelo sentimento, chegando, desse modo, à firme convicção de que a teoria das verdades éticas e jurídicas inatas é por completo infundada.

Mas eu vi o perigo de perto e eu estou feliz de não ter retrocedido, pois não tive que sacrificar minhas convicções éticas a essa conclusão. Apenas se modificou o fundamento que as sustenta: o lugar da Natureza, que segundo dizem, há situado as verdades éticas no homem, para mim, foi ocupado pela História. Em ambos vejo a revelação de Deus. Contemplo Deus como fundamento último de toda ética. Mas, não sou da opinião de que Deus se revelou somente na natureza, mas que o fez, em maior abundância, na História.<sup>5</sup> (Cf. JHERING, 2008, pp. 33-34)

A passagem revela tanto sua vocação metodológica, como a interessante difusão de um pensamento teológico político<sup>6</sup>, pouco explorado em seus estudos.

## *O Confrontamento das Teorias*

Duas opiniões surgem inicialmente como confrontantes. Uma delas Jhering denomina como naturalista<sup>7</sup>, que define o fatos dos homens possuírem a ética desde seu nascimento: a natureza é quem a nos deu, em outras palavras, ela é inata ao homem. A outra é denominada histórica, nesta a história é quem nos instruiu sobre o ético. O contraponto criado por Jhering, então, seria: É a natureza ou a história a fonte do ético?

A título de parênteses, fazendo referência a Locke<sup>8</sup>, Jhering afirma que quando chegou em sua conclusão não conhecia ainda o pensamento de Locke, assumindo que sua opinião já estaria exposta e desenvolvida, porém numa perspectiva distinta e não tão completa, no pensamento do pensador político inglês.

Ao tratar sobre o pensamento naturalista, afirma o autor que tal teoria remonta aos gregos e sua diferenciação entre o direito que a própria natureza há disposto e o direito que deve sua autoridade somente a preceitos positivos. Esta contraposição se translada dos gregos para os juristas romanos e adota a forma, conhecida de todos os juristas, de *ius civile* e *ius gentium*. Enquanto o *ius civile* é o direito positivo, modificável, sem justificação intrínseca; o *ius gentium* representa o direito que se fundamenta na necessidade interna e que em todas as partes e em todos os povos é o mesmo. A coincidência em todos os povos é o critério deste direito perpetuamente verdadeiro e justo (Cf. JHERING, 2008, p. 36).

Esta teoria também se translada para os filósofos da idade média e para os filósofos do direito da modernidade, possuindo ainda incontestada autoridade. Para fundamentar sua crítica a este pensamento, Jhering classifica a tendência naturalista em três variantes, qualificadas como materialistas, a saber: (1) variante “ingênua” tal e como está difundida na vida; (2) perspectiva materialista que pertence à ciência, denominada como “evolucionista” e a (3) “formalista.

Em sua forma ingênua a opinião materialista consiste no fato de que a própria natureza teria gravado em nós as verdades éticas e os mais elevados princípios jurídicos. Ao questionarmos nossa própria razão elas surgem por si mesmas. Desse modo, as proposições “não debes furtar, roubar, assassinar ou mentir” são entendidas em si mesmas. Nesse caso, o conteúdo essencial da ética é esboçado pelo sentimento ou pela razão.

A segunda opinião materialista, denominada como evolucionista, compreende que a totalidade dos conteúdos dos princípios fundamentais não estão esboçados pela natureza, mas meramente seu embrião é que está contido em nosso interior. O embrião deve ser aberto e o será por meio da história e pelo pensamento dos filósofos. Nisso é

que se alicerça a possibilidade da filosofia do direito, pois esta toma o que de oculto há no senso do sentimento jurídico, o faz aflorar e o leva a um contexto científico. De qualquer forma, esta teoria também aceita que a natureza há posto o último embrião desta verdade no coração<sup>9</sup> do homem.

Por fim, a terceira opinião, a formalista. Ela primeiramente se estabelece com a percepção dos inconvenientes a que se opõe as concepções anteriores. Sua proposta é a de eludir tais inconvenientes incluindo no homem somente uma inclinação sem conteúdo algum. Segundo Jhering, esta é a mais elevada das três opiniões, pois somente postula aquilo que vemos na natureza. Do mesmo modo que o instinto de conservação é a fonte de todos os enunciados jurídicos que concernam à vida, assim será esta inclinação ética o fundamento de todas as verdades éticas.( Cf. JHERING, 2008, p. 38).

A crítica tecida por Jhering se sustenta nos seguintes termos. A posição em sua totalidade é baseada num grande engano, num artifício dialético. Segundo o autor, há uma incapacidade de se pensar um instinto com um conteúdo indeterminado, pois o no instinto nu não temos nada, em absoluto. As três teorias caem por terra e não passam ao fato de possuírem uma mero valor historiográfico. A luta de Jhering é contra a ideia – comportada pelas três teorias – de que a natureza outorgou ao homem uma dotação especial. O homem encontrou-se com os princípios fundamentais da ética com o dever do tempo e sob a influência das ações a que se viu exposto, as experiências que viveu. O instinto de conservação conduz ao direito, sendo esta sim um inclinação eficaz ao nascimento dos enunciados jurídicos que se mostra, de acordo com Jhering, somente como uma aparência, pois esse instinto também é encontrado nos animais. Nesse caminho, seria o caso de se atribuir aos animais uma tendência aos princípios éticos também.

Com isso, Jhering rechaça qualquer possibilidade de pensar o sentimento jurídico como uma dotação da natureza. O sentimento jurídico, o sentimento ético – o conteúdo das verdades jurídicas e éticas – é um produto histórico. Os enunciados jurídicos, as instituições jurídicas, as normas éticas não estão prescritas por meio deste sentimento, mas o poder da vida e a necessidade prática é que conduziram a estes estabelecimento. O sentimento jurídico depende, então, dos fatos reais, que se fazem como realidade na história, se elevando ainda por cima dos fatos porque generaliza o concreto e o conduz à hipótese, que nesse sentido, não está contida nas instituições jurídicas.( Cf. Jhering, 2008, p. 39).

Aprofundando sua investigação, Jhering coloca em comparação ambas as perspectivas - naturalista e histórica - num tríplice ponto de vista: desde o ponto de vista da contemplação da natureza, da história e do ponto de vista psicológico de nosso interior.

Do ponto de vista na natureza, Jhering adota a perspectiva da moderna ciência da natureza, segundo a qual a natureza é uma criação unitária e não apresenta contradições e nem saltos. A contradição é que esta teoria aceita a pulsão de conservação a que estão dotados os homens e, por conseguinte, por aceitar outra inclinação, que mantém o equilíbrio da outra, a saber: a pulsão ética. Segundo esta concepção a natureza teria operado uma divisão, uma separação no homem desde o princípio: de um lado do coração, o egoísmo, do outro, a ética. Um momento dirige-se ao egoísmo, em outro à ética, algo que Jhering denomina como o sistema das duas câmaras psicológicas (Cf. JHERING, 2008, p. 41). Em troca, o autor apresenta seu ponto de vista com completa coincidência com a natureza. A natureza dotou o homem, como o animal, com o egoísmo, mas o homem também com o espírito, com o dever do tempo, por meio desta força é que se criou a inteira ordem ética do mundo.

Enquanto possuidor desta característica, ao se encontrar no mundo, o homem, de pronto, percebe que se quer conviver com os demais deve se acomodar a certas leis. Estas experiências se acumulam e, deste modo, finalmente, aparecem os princípios que concernem à convivência com os demais. Uma pulsão de conservação não somente como existência exterior, mas também como autoafirmação. A pulsão de conservação do indivíduo se repete na sociedade e dela surge a ética, que não é outra coisa que a ordem do ser social.<sup>10</sup>

Quando esta ordem, por meio do poder externo do Estado, se mantém íntegra [aparece como] lei; quando é afirmada por meio do poder da sociedade mesma, por meio do poder da opinião pública, então a denominamos moral ou a chamamos de costume social. Todas estas circunstâncias têm como finalidade a subsistência, o bem estar, a prosperidade da sociedade. Esta é, pois, uma ideia com a que ponho em tela o juízo do nascimento da ética: desde o indivíduo o desafio: submete-se a nossas necessidades, a nossas exigências. Com a sociedade começa a ética. Esta será minha primeira consideração.<sup>11</sup> (Cf. JHERING, 2008, p. 42)

A outra e seguinte questão a que se refere Jhering diz respeito ao fato de se admitir que o argumento contrário não exista, é dizer, que não pode existir ao mesmo tempo um instinto altruísta e outro egoísta. Nessa medida, supondo que a ética estivesse presente no momento da criação do homem, esta teria em si o sentimento de que o homem, tal como criado pela ética, sabe o que fazer, “ele sabe o que deve fazer. Ele, que inventou a máquina de vapor e o telégrafo, também construirá o Direito e encontrará os preceitos éticos. Posso confiar em minha criatura”<sup>12</sup>. Esta é que seria a perspectiva do ponto de vista da natureza. Em outras palavras, a perspectiva de uma impossibilidade.

Do ponto de vista da História, se lançando de modo original, Jhering aposta que a genuína experiência com os selvagens, com os povos primitivos é que deve servir como ponto de partida para a análise. Esta seria a fonte mais pura e sem falsificação alguma. Ao retornar a estes estudos, Jhering cria uma contraposição entre o ético e seu contrário (a ética não existia nessa época e forma de convivência). A primeira prova seria a crueldade das épocas primitivas, buscando sua sustentação e fundamentação na linguagem e na mitologia. A linguagem mostra que as ideias éticas nasceram relativamente mais tarde, no início, uma multiplicidade de expressões eram de caráter sensitivo, designavam algo sensorial e somente depois foram transladadas à dimensão ética.<sup>13</sup> Com testemunho na linguagem e na mitologia, forma que pode ser indicada, segundo Jhering, como a mais antiga cristalização da ética, sua reflexão adentra na esfera da vingança<sup>14</sup> no pensamento mitológico, fazendo referências e explicações diretas da *Ilíada* e da *Odisséia* e, ao final, à contraposição das ideias vingativas, com as ideias do amor e da benevolência, dimensionando ao ambiente daquela época.

A perspectiva histórica de Jhering tem foco nas relações de dominação e poder que constituem as relações sociais. Com frequência, adverte o autor, nos aterrorizamos com a violência daquelas épocas, entretanto, esta noção que para nós é evidente, para aquela época é ausente. Nesse tempo, as maldades eram contempladas de forma similar às ações dos animais selvagens. Do mesmo modo que o leão devora sua presa, assim o fazem os poderosos com os inferiores. Isto resulta num processo físico. A crueldade era necessária, pois este foi o período em que a vontade humana devia ser preparada pela história, para o tempo vindouro da ética. O homem teve que se submeter a todo um ambiente de violência e indocilidade da vontade para que a ferro se preparasse para a ética. A todas as barbáries que nos oferece de testemunho a história é a que o autor outorga o significado do desenvolvimento da ética na terra (Cf. JHERING, 2008, p. 57).

Nesse ponto da conferência Jhering chama atenção para a indiferença desse período para a oposição – inexistente – entre ética e não ética, porém, mais tarde essa oposição se produz, mas não como uma contraposição por antonomásia, mas no sentido de que uma ação não é ética e contrária ao direito quando se dirige contra um companheiro que pertence a mesma comunidade que eu, dirigida contra todo aquele que não pertence a esta comunidade, a ação não é contrária a ética. Dois potentes exemplos são dados por Jhering. O primeiro se refere à instituição do direito romano de que os estrangeiros careciam completamente do direito, de tal modo que os romanos podiam apoderar-se de estrangeiros que não fossem de nações amigas e apropriarem-se de todos os seus bens. Em todos os povos é sintomática esta forma de pensar, sendo o segundo exemplo o caso de Moisés quando abandona o Egito com os judeus e os aconselha que levem as vasilhas de ouro e prata dos egípcios (Cf. Jhering, 2008, pp. 57-58). Atualmente isso seria por nós reprovado, mas situando no tempo, a maneira de pensar daquela época sobre o estrangeiro era condizente com o contexto, da mesma forma que para Platão e Aristóteles era possível a escravidão.

A terceira e última perspectiva abordada por Jhering é a psicológica, a de nosso foro interno. O autor questiona, dando exemplos bíblicos, qual a relevância que possui o fato de nossa consciência, que nos dita o que é bom e o que é mal, ter nascido pela via histórica? Que importância tem a origem histórica da consciência para o domínio que essa força interna exerce sobre nós? O próprio cristianismo foi revelado com o devir do tempo, mas nada poderá menosprezar seu poder por não haver existido desde o começo. O mesmo sucede com nosso sentimento ético. No ar ético que nos rodeia flutuam milhões de esporas éticas<sup>15</sup> e a criança as respira desde seu primeiro vagido. “As inala quando os olhos cheios de carinho de sua mãe, que olha para o filho pela primeira vez, toma contato com o ético; e toma contato com o não ético, ao encontrar-se com a dureza de coração da ama”.<sup>16</sup> (Cf. Jhering, 2008, p. 60) Da mesma forma, a formação da ética é progressiva, histórico-experiencial se olhada do ponto de vista das concepções psicológicas.

O sentimento jurídico nesse contexto tem haver com a capacidade de abstração do espírito humano, sem o qual é impossível pensar o homem, que em cada sucesso concreto em vida é capaz de subtrair algo. Veja, as crianças, à elas é dito que aquele animal é um cachorro e aquele outro é um gato; a partir da abstração a criança consciente das características do gato, abstrai as características do cachorro e algum tempo depois é capaz de diferenciar ambos os animais por suas características abstratas. A criança conjuga sem que ninguém tenha lhe ensinado as regras abstratas; ela assim o

faz abstraindo as palavras que ouve e, com toda sua debilidade, leva a cabo uma tarefa intelectual que é, certamente, assombrosa. Por mais que em alguns homens o intelecto sirva somente como despensa e em outros o intelecto seja como uma oficina, adverte Jherign, os intelectos produtivos levam a cabo um trabalho interior que às vezes faz elaborações, as quais nem o próprio homem tenha conhecimento delas. (Cf. JHERING, 2008, p. 63)

De um modo geral, nisso tudo se funda o progresso da ciência e todo o progresso de nossos juízos na vida. Nós abstraímos as normas, elas nascem em nosso interior. Esta atividade inconsciente da abstração faz com que o sentimento jurídico se projete além dos preceitos jurídicos, realizados nas instituições jurídicas.

### *A Gênese do Direito no Pensamento do Jhering*

No contexto do que se expôs nos parece pertinente desenvolver a ideia da origem do sentimento do jurídico com a própria propostas de Jhering sobre a ideia da origem do direito.

No primeiro volume da obra *O espírito do direito romano*, no denominado Livro Primeiro, cujo título é *Origens do direito romano* (§§ 7 e 8), além de em outros tópicos do conjunto da obra, como nos §§ 11, 12, 17, 24, 25 Jhering produz um estudo antropológico do direito de modo singular, extremamente profícuo para o ambiente das reflexões e perplexidades que se pretende instaurar com este artigo.

A proposta de Jhering que se pretende aproveitar é bem clara:

A condição primitiva dos povos, os primeiros rudimentos da formação do direito e do Estado, oferecem grande interesse para a história da civilização [...] Tôda a atividade do povo romano se encaminhou , durante séculos inteiros, para os interesses práticos do presente. Teve, para dizer a verdade, profundo respeito pela tradição; o que existia, conservava força e vigor, até a mais avançada idade, mas quando desaparecia *completamente*, não tardava em cair no esquecimento, ocupando-se pouco dos acontecimentos históricos, da origem e do desenvolvimento das instituições existentes [...] houve um tempo em que existia este aspecto primitivo de direito e pouco importa que o povo romano dos tempos históricos não o tenha reconhecido. Não se pode com exatidão, demonstrar, nem onde nem quando, nem por quanto tempo este estado de cousas existiu; mas basta saber que a partir dele, se derivou o Direito romano. Neste primeiro livro:

- 1.º, Subteremos, desde logo, à crítica, a origem do Direito romano, segundo a lenda, ou a *cosmogonia do Direito romano* (§ 8);
- 2.º, Trataremos, sem seguida, de fixar o aspecto do direito, nos tempos primitivos, isto é, os pontos de partida e os elementos originários do Direito romano (§ 9-23);

3. ° E, finalmente, examinaremos como o espírito romano tratou esses primeiros pontos de partida que descobriremos (§ 24-25). (JHERING, 1943, pp. 73-76)

O ponto mais importante de nossa investigação é acompanhar a abordagem empreendida por Jhering nos §§ 9-23, de modo a se verificar como avançados se apresentavam seus estudos na época e como, de modo singular, neste autor é que nasce a perspicácia de se voltar de modo unívoco aos conteúdos primitivos para se compreender o direito romano como base de entendimento daquilo que é a formação básica de todo o direito ocidental.

Além disso, notar-se-á que suas perquirições são extremamente críticas e se projetam de modo revolucionário ao conjunto de alguns pensamentos modernos do direito, determinados, por exemplo, pelas escolas positivistas e utilitaristas.

Reconhece Jhering que é profundo o abismo que separa a nossa concepção jurídica atual dos primeiros rudimentos de formação do direito e do Estado.

De modo surpreendente, o autor nota que a história principia por germens infinitamente débeis, pois à formação do Estado precede a existência de um agregado de indivíduos, cuja reunião em famílias ou camadas sociais não merece ainda o nome de Estado. Neste sentido é que está a sua importantíssima constatação que se insere no ambiente crítico que se alertou anteriormente:

Nenhum direito existe que não tenha procedido do esforço individual e cujas origens não se percam nas profundezas da força física. Para muitos povos, esse período de formação violenta do direito, desapareceu completamente da memória nacional. A tradição emudece relativamente aos antepassados que fundaram o mundo do direito com a rudeza de seus braços, para não falar mais que dos deuses, ou dos servidores dos deuses que deram aos homens o direito como presente, ou lho impuzeram como regra. O suor e o sangue dos homens, que cimentam a origem do direito, ficam ocultos pelo nimbo divino que a este circunda [...] Assim não acontece com o Direito romano, no qual o tempo não pode fazer desaparecer o vestígio de suor e sangue com que a fadiga dos homens que maculou. Para sua história, o princípio da força individual, como fonte do direito, é uma das verdades primordiais [...] O primeiro germen do sentimento jurídico é o sentimento da própria razão, fundado sobre a manutenção das próprias forças e que tendia a conservar seus resultados. (JHERING, 1943, p. 76)

Nesta linha Jhering está caminhando nas proximidades críticas da teoria do contrato social no sentido de não se alinhar completamente às bases consagradas até então, pois vai reconhecer na instituição do direito no povo romano a violência, a força

física, e que “a força material, poder, é, pois, a origem do direito”. (JHERING, 1943, p. 91).

Segundo as nossas ideias atuais, o contrato parece um modo tão natural de fundar as relações jurídicas que não titubeamos em atribuir aos romanos, nossa maneira de ver; mas enganamo-nos redondamente, como o demonstraremos mais circunstanciadamente, ao expor o segundo sistema. Bastará indicar aqui que no direito mais antigo, a transferência da propriedade por contrato, não tinha força nem valor em si mesma, senão unicamente, porque se acomodava à ideia do direito de presa. JHERING, 1943, p. 93)

Tudo isso se convalesce na percepção anotada por Jhering de que tal gérmen do direito pode ser verificado de dois modos. Em sua primeira origem, este sentimento implica, na verdade, o reconhecimento do direito de outrem; mas na prática tal respeito não se desenvolve senão insensivelmente e com trabalho. Em sua primeira origem Jhering nota que este respeito cinge-se ao círculo estreito dos associados; todo homem que se acha fora da associação carece de direito e contra ele pode desenvolver com ímpeto a violência, e então a força preponderante funda o direito.

Neste sentido a violência é permitida até contra os associados, quando lesam a pessoa ou a posse de um co-associado, de modo que a força privada faz recuperar o que se perdeu, e se a reivindicação torna-se impossível, acalma, ao menos a sede de vingança.

O que reconhece Jhering é que o mundo pertence à força individual, porque cada qual leva em si mesmo o fundamento de seu direito e deve defendê-lo: tal síntese das ideias de Roma antiga sobre a vida privada, como vamos deduzir dos vestígios que nos conservam o próprio direito, mitos e a etimologia.

Jhering continua sua exposição tangendo seus argumentos pelos mesmos caminhos que outros etnólogos e teóricos do direito já haviam proposto. Esse retorno ao estudo das comunidades primitivas leva realmente ao sentido da gênese do direito.

Desse modo, sua investigação abarca a justiça privada, o nascimento do ideia de pena, os conceitos de vigança, culpa, sacrifício, castigo, crédito e débito entrelaçados neste ambiente.

O cerne da investigação aqui empreendida não pretende aprofundar estas interessantíssimas categorias apresentadas com originalidade por Jhering, mas sim, se fixar no sentido de sua observação sobre a “origem” do direito com relação a violência e a associação comunitária, pontuadas anteriormente.

Com estas considerações pontuais, projeta-se a partir ambiente reflexivo aí formado, o cerne da proposta deste artigo, qual seja, entender que a investigação de Jhering evidencia de maneira singular os problemas centrais da filosofia política e do direito.

Deste modo, importa verificar, de modo pontual, o estudo da proscricção do direito romano, aproveitando a (re)leitura feita por Giorgio Agamben e entre nós por Oswaldo Giacóia Jr.

A proscricção é vinculada por von Jhering à *sacratio* no antigo direito romano, de modo a associar o *sacer* romano e o *friedlos* germânico, ambos condenados a viver em estado de proscricção religiosa e civil, completamente excluídos da comunidade humana e sujeitos à vingança divina. (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 37)

O banido era um inimigo da paz, um ser nocivo e completamente “excluído, por conseqüência da comunidade humana, era privado de todos os seus bens em proveito dos deuses, podendo até ser morto pelo primeiro que assim o quisesse” (JHERING, 1943, p. 203). Matar o *sacer* sequer era considerado homicídio

[...]O perfeito caráter da *pena sacer* esse indica que não nasceu no sólo de uma ordem jurídica regulada, mas remonta ao período da vida présocial, como um fragmento da vida primitiva dos povos indogermânicos. Não indagaremos si a palavra grega *enchges* tem alguma analogia com esse estado; mas a antigüidade germânica escandinava mostra, sem dúvida alguma, que o banido, ou forasteiro, é irmão do *homo sacer* (*warges*, *varg*, lobo; e no sentido religioso, lobo santo, *vargr i veum*). Esta semelhança histórica, que até aqui não foi feita por ninguém, que saibamos, é de um valor inestimável para a compreensão exata do *sacer* romano. É opinião generalizada que ninguém se convertia em *sacer* por conseqüência imediata do delito, e sim por uma condenação, ou pelo menos, que se comprovasse o facto ... Isso prova, com efeito, que o que se considerava como impossível para a antigüidade romana, isto é, o homicídio do proscrito sem razão e sem direito, foi de indiscutível realidade na antigüidade germânica.[...] JHERING, 1943, p. 203)

Como bem nota Oswaldo Giacóia Jr. o *Bann* (bando) resulta, pois de uma transposição da matriz jurídico-obrigacional do débito e do crédito, desenvolvendo o sentimento primitivo de justiça como equivalência.

A respeito da instituição do bando no primitivo direito germânico, demonstra-se uma transposição posterior da matriz de direito obrigacional de débito e crédito para o plano das comunidades e nas relações entres seus indivíduos. (GIACOIA JUNIOR, 2005, p. 34)

O banimento nessas comunidades corresponde a um desligamento, uma privação total, uma expulsão da comunidade. A perda da paz e o descumprimento da lei expõe o condenado à mercê da violência e do arbítrio de indivíduos ou de grupos.

O indivíduo banido da comunidade passa a ser odiado como um inimigo, tal castigo é uma reprodução do castigo dado ao inimigo. Esse fato denota a mentalidade primitiva no reconhecimento de suas leis e dos vínculos jurídicos que regem sua comunidade e ressalta ainda mais a importância do reconhecimento dos sentimentos de responsabilidade e obrigação.

O significado da palavra remete a *bandido*, mas também a *banido* – excluído – do mesmo modo que, em alemão, os termos *Bande* e *Bann* designam tanto a expulsão da comunidade quanto a insígnia de governo do soberano. Tal como se encontra explicitamente mencionado na obra Rudolph von Jhering *O Espírito do Direito Romano*, o termo *Bann* guarda relação com a *sacratio* romana arcaica, designando o fora da lei, proscrito e banido da proteção do ordenamento primitivo, que, enquanto tal, poderia ser morto independentemente de um juízo e fora do direito. A figura do banido era, na antiguidade germânica, o *Friedlos*, o ‘sem paz’, teria seu fundamento na paz (*Fried*) assegurada na comunidade, da qual a proscricção o excluía. Tratava-se, pois, de um caso de exclusão includente, ao qual o ordenamento jurídico *se aplica integralmente*, por meio de sua própria suspensão – a instituição do bando mantém o proscrito *capturado fora* do ordenamento, na medida em que a aplicação (incidência) da decisão soberana consiste precisamente na exclusão e suspensão da lei e da paz, fazendo coincidir, num mesmo ato, suspensão (exclusão) e aplicação (inclusão). (GIACÓIA JUNIOR, 2008, p. 38)

Esta é a pista inestimável deixada por Jhering que na esteira do pensamento do pensador italiano Giorgio Agamben (AGAMBEN, 2007 e AGAMBEN, 2002), renasce de maneira emblemática, fornecendo subsídio para a compreensão do vínculo ancestral entre violência, sacrifício e direito e que abre, como bem observa Oswaldo Giacóia Jr., um campo fecundo de indagação na proposta agambeniana sobre o mito fundador da soberania, que refaz inteiramente a interpretação hegemônica, na filosofia política e do direito, do clássico mitologema hobbesiano do contrato originário.

### *Epílogo*

De modo conclusivo, em relação à formação do sentimento jurídico, tendo como presente o ponto de vista das ciências naturais, da história e da psicologia – as três teorias expostas -, somente a histórica pode superar à prova. A aposta de Jhering é uma superação da dicotomia entre natureza e história com a supressão da primeira. Do mesmo modo que na história, para o historiador a primeira pergunta é a das fontes, na

filosofia do direito deve ser a pergunta de onde procede o conteúdo de tudo aquilo que proclamamos. Uma vez alcançada a maturidade de sua teoria, Jhering crê a discussão sobre a ética ganhe mais segurança, superando o ponto de vista “naturalista” que somente pode justificar o ético no seguintes termos: é assim, é imperativo categórico; e assim permanece. Em contrario, de seu ponto de vista o último é sempre o motivo, a finalidade, abrindo-se desse modo um abertura numa perspectiva ilimitada para ciência. “O progresso de nossa ética é a quintessência de toda a ideia do ético, isto é, Deus na História”. (Cf. Jhering, 2008, p. 69)

Com estes apontamentos o sentido conclusivo exsurge no sentido de que não se pode renegar o pensamento jheringiano tão somente ao estudo de seus pressupostos ontológicos ou ao mero entendimento de suas posições essencialistas presentes em suas fontes científicas ocasionais ou mesmo de seu finalismo jurídico.

Ao contrário, pretendeu-se com o artigo demonstrar com segurança como os estudos da “origem” direito romano feitos por Rudolf von Jhering contribuem, sobremaneira, com o (re)pensamento das instituições jurídicas, inserindo o clássico de sua obra na atualidade hodierna, vivificando a própria pretensão de Jhering ao procurar entender o Direito de sua época no resgate de um estudo original sobre o direito romano. Ademais, além de suas investigações retornarem com essencial atualidade elas também apresentam uma das chaves mestras para a compreensão, nos moldes agambenianos, sobre a compreensão do atual *Estado Securitário* em que vivemos hoje em dia.

## Referências

- CARNIO, Henrique Garbellini. *Notas sobre o pensamento antropológico jurídico de Rudolf von Jhering*, in (Re)pensando o direito: estudos em homenagem ao prof. Cláudio de Cicco, Alvaro de Azevedo Gonzaga e Antonio Baptista Gonçalves (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Direito e antropologia*. Saraiva: São Paulo, 2013.
- GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- \_\_\_\_\_. Notas sobre direito, violência e sacrifício in *Estado, soberania, mundialização*. Vol. 5, n. 2, outubro de 2008, Curitiba, São Carlos: Dois pontos.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago e CARNIO, Henrique Garbellini (col.). *Teoria da ciência jurídica*, 2 ed., Saraiva: São Paulo, 2009.
- JHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Trad.: Rafael Benaion, Rio de Janeiro, editora Alba, 1943.
- \_\_\_\_\_. *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 2009.
- NIETZSCHE, Friedrich W. *Werke. Kritische Gesamtausgabe, Nachgelassene Fragmente Juli 1882 bis Winter, 1883/1884, Frühjahr-Sommer, 1883, 7* [69].
- \_\_\_\_\_. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, § 92, p. 65- 66.
- SLOTERDIJK, Peter. *Esferas I. Burbujas. Microsferología*. Madrid: Siruela, 2004.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3 ed., Coimbra: Calouste Gulbenkian, 2004.

<sup>1</sup> Para uma abordagem mais completa sobre a formação do pensamento e escritos de Rudolf von Jhering, recomendamos a leitura do capítulo da nossa obra “Teoria da ciência jurídica” intitulado *A contribuição de Jhering para metodologia jurídica*. (Cf. GUERRA FILHO e CARNIO (col.), 2009) e ainda o nosso artigo *Notas sobre o pensamento antropológico-jurídico de Rudolf von Jhering* (CARNIO, pp. 2010, 127-132).

<sup>2</sup> Interessante notar que no momento de sua publicação o título da conferência se modifica para *Der Kampf ums Recht* se assemelhando à expressão de Darwin *The struggle for life*, (A luta pela vida) que forma parte do título da obra *A origem das espécies*.

<sup>3</sup> Destacamos aqui o posicionamento de Federico Fernández-Crehuet em texto que serve de apresentação da tradução espanhola da Conferência em comento.

<sup>4</sup> Salvo indicação em contrário, todas as traduções são de nossa autoria. “*El instinto en los animales no existe desde su nacimiento; éste ha sido creado por la experiencia, por el devenir temporal. La ausencia de innatismo en las Ciencias de la Naturaleza es lo que se alaba y de lo que debe aprender la Ciencia jurídica. No se trata, en absoluto, de que ésta perda sus peculiaridades metodológicas.*”

<sup>5</sup> “*Pero he visto el peligro de cerca, y estoy contento de no haber retrocedido; pues no he tenido que sacrificar mis convicciones éticas a esta conclusión. Sólo se ha modificado el fundamento que las sostiene: el lugar de la Naturaleza que, según dicen, ha emplazado las verdades éticas en el hombre, por mí ha sido ocupado por la Historia. En ambas veo la revelación de Dios. Contemplo a Dios como el fundamento último de toda ética. Pero no soy de la opinión de que Dios se haya revelado simplemente en la Naturaleza, sino que lo ha hecho, a mayor abundamiento, en la Historia.*”

<sup>6</sup> É muito interessante como a expressão “estrada de Damasco” aparece no texto de Wieacker ao fazer referência à Jhering. A nosso ver, trata de uma ideia de estabelecer um paralelismo à conversão do apóstolo Paulo à religião cristã (Cf. Wieacker, 2004, p. 516).

<sup>7</sup> A tradução espanhola utiliza a expressão “nativista”, preferimos utilizar a palavra naturalista para evitar qualquer confusão com o termo na língua brasileira.

<sup>8</sup> A referência a Locke por Jhering certamente se refere ao texto *Ensaio acerca do entendimento humano*, em especial, ao capítulo III (Cf. Locke, 1999).

<sup>9</sup> Sobre a questão referente ao “coraçãocentrismo” é interessante a reflexão de Sloterdijk na obra *Esferas I: borbulhas* (cf. Sloterdijk, 2004, pp. 101 e segs.)

<sup>10</sup> No texto se verifica que a palavra utilizada por Jhering em alemão, *sittlich*, se diferencia do que Kant entendia por moral. Jhering não se refere a uma separação entre moral e ética.

<sup>11</sup> “*Cuando este orden, por medio del poder externo del Estado, se mantiene íntegro [aparece como] ley; cuando es afirmado por medio del poder de la sociedad misma, por medio del poder de la opinión pública, entonces lo denominamos moral o lo llamamos costumbre social. Todas estas circunstancias tienen como finalidad la subsistencia, el bienestar, la prosperidad de la sociedad. Ésta es, pues, una idea con la que pongo en tela de juicio el nacimiento de la ética: desde el individuo [dicha idea] se eleva hasta la sociedad; y sólo la sociedad se dirige al individuo el reto: sométete a nuestras necesidades, a nuestras exigencias. Con la sociedad comienza lo ético. Ésta será mi primera consideración.*”

<sup>12</sup> “[...] *Él sabe que debe haber. Él. Que ha inventado la máquina de vapor y el telégrafo, también construirá el Derecho y encontrará los principios éticos. Puedo confiar en mi criatura[...]*”

<sup>13</sup> A aproximação entre Jhering e Nietzsche é algo explorado por muito poucos autores, em nosso *Direito e antropologia: reflexões sobre a origem do direito a partir de Kelsen e Nietzsche*, fizemos referência a este fato (Cf. CARNIO, 2013, pp. 128, 137, 146 e 187). Na conferência essa reflexão aparece de forma consistente em possível relação com a obra de Nietzsche, *Humano, demasiado humano: um livro para espírito livres* (Cf. Nietzsche, 2005) que, talvez, Jhering conhecia. Nietzsche, chega a fazer referência a Jhering: “*Recht nach Jhering, die Sicherung, der Lebensbedingungen der Gessellschaft in der Form der Zwanges*” (“Direito, segundo Jhering, o asseguramento das condições vitais da sociedade em forma de coação”). (Cf. Nietzsche, 1999, p. 265).

<sup>14</sup> Para aprofundar esse tema no pensamento de Jhering, nosso artigo *Notas sobre o pensamento antropológico-jurídico de Rudolf von Jhering* pode ser elucidativo (CARNIO, pp. 2010, 127-132).

<sup>15</sup> É possível que Jhering conhecesse a teoria das esporas de Max von Pettenkofer, que havia ocupado a cátedra de Química na Universidade de Gisse em 1843.

<sup>16</sup> “*Las inhala cuando en los ojos henchidos de cariño de la madre, que miran al hijo, por primera vez toma contacto con lo ético; y toma contacto con lo no-ético, al econtrarse con la dureza de corazón del aya.*”

Artigo recebido em 15/02/2014. Aprovado em 15/10/2014.