

JHERING (1818 – 1892) – A LUTA PELO DIREITO

Azael Duarte Martins *

Conta-nos a História que Boabdil, tendo perdido o trono de Granada para os reis católicos, quando se retirava para a África, deteve-se por um instante no alto de uma colina e dali, em prantos, contemplou a cidade. Então ouviu de sua mãe as seguintes palavras: “fazes bem, meu filho, em chorar como mulher, já que não tiveste valor para defender-te como homem”. O brado de Jhering é um brado de luta; de luta incessante, inexorável. Há mais: esta luta não é apenas uma necessidade, mas até um dever. Aqueles que por amor à comodidade ou falta de idealismo se subtraem à luta, deixando esvaír seus direitos (não importa sua medida, pois todos são valiosos), se vierem a chorar mais tarde tal perda não terão outro consolo que a histórica frase de Ayescha.

O pequeno livro de Jhering é ameno, incisivo, penetrante; qualquer leitor, jurista ou não, o lerá com inusitado prazer da primeira à última página, sem se aperceber, muitas vezes, de que está sendo guindado aos páramos da Filosofia do Direito. Laveleye apelidou-o “Bíblia da humanidade civilizada”.

Revivamos o pensamento do grande jurista tedesco, respigando algumas páginas de “A Luta pelo Direito”, obra que não só reavivou a já (não diremos morta, porque o que está morto não evolui) bruxuleante chama do pensamento filosófico, bem como abriu novas perspectivas para a interpretação dos fenômenos jurídicos. Curioso haver o destino reservado a esse homem tal feito, posto que a crítica não lhe reconhece uma formação filosófica profunda. Mas não é só. Tendo dedicado sua longa vida ao trabalho, deixou incompletas suas duas principais obras: a que ora focalizamos e aquela outra, “O Fim do Direito”.

*Acadêmico de Direito da PUCC.

Formado à sombra do historicismo sob a influência direta de Savigny (1779 – 1861), dele desvinculou-se, ao mesmo passo que se colocou além do positivismo. Eis suas palavras:

“Refiro-me à teoria da origem do direito de Savigny e Puchta.....

“Segundo essa teoria, a formação do direito se daria quase inadvertidamente e sem esforço nenhum, tal como ocorre com a língua. Não seriam, portanto, necessárias agitações, nem árduas lutas e muito menos elucubrações, já que a força da verdade emerge tranquilamente...

Semelhante maneira de conceber o direito não me foi inteiramente estranha. Era, inclusive, minha própria convicção ao deixar a Universidade. Durante anos me vi submetido à sua influência.....

A este respeito é preciso repelir categoricamente o paralelo estabelecido por Savigny e que rapidamente ganhou autoridade, entre o direito de um lado e a linguagem de outro... Falso, ainda que inócua, como opinião teórica; como máxima política, porém, alimenta uma doutrina capaz das mais graves conseqüências.” Jhering, obra cit. passim.

H. Antunes

Espírito arguto, não se deixou prender no círculo de ferro do positivismo que não explicava o que “deve ser” direito, nem o que “é” direito. Difícil, senão impossível, valorar o positivo sem ir buscar nos escombros do velho edifício do direito natural os princípios metafísicos, vigorosamente combatidos, não só pelo positivismo, como também pelo historicismo, hegelianismo e materialismo. Compreendeu, desde logo, a imperiosa necessidade de uma fundamentação filosófica e sociológica para a elaboração de uma Teoria do Direito.

A profunda influência que sobre Jhering exerceu o utilitarismo anglosaxão não o impediu de ver na idéia de “fim” o elemento informador do direito.

Volvamos à primavera do ano de 1872 e ouçamos mais algumas das palavras pronunciadas por Jhering na Sociedade Jurídica de Viena:

“O direito é uma idéia prática, isto é, designa um fim, e, como toda idéia de tendência é essencialmente dupla porque contém em si uma antítese, o fim e o meio. Não é suficiente investigar o fim, deve-se também saber o caminho que a ele conduz.

Eis duas questões para as quais o direito deve sempre procurar uma solução, podendo-se dizer que o direito não é, no seu conjunto e em cada uma de suas divisões, mais que uma resposta constante a essa dupla questão... Mas o meio, por mais variado que seja, reduz-se sempre à luta contra a injustiça. A idéia do direito encerra uma antítese que se origina desta idéia, da qual jamais se pode, absolutamente, separar: a luta e a paz; a paz é o termo do direito, a luta é o meio de obtê-lo. Poder-se-á objetar que a luta e a discórdia são precisamente o que o direito se propõe evitar, porquanto semelhante estado de coisas implica uma perturbação, uma negação da ordem legal e não uma condição necessária de sua existência. A objeção seria procedente se se tratasse da luta da injustiça contra o direito; ao contrário, trata-se aqui da luta do direito contra a injustiça. Se, neste caso, o direito não lutasse, isto é, se não resistisse vigorosamente contra ela, renegar-se-ia a si mesmo. Esta luta perdurará tanto como o mundo, porque o direito terá de precaver-se sempre contra os ataques da injustiça.

A luta não é, pois, um elemento estranho ao direito, mas sim, uma parte integrante de sua natureza e uma condição de sua idéia. Todo o direito no mundo foi adquirido pela luta; esses princípios de direito que estão hoje em vigor, foi indispensável impô-los pela luta àqueles que os não aceitavam; assim todo o direito, tanto de um povo, como o de um indivíduo, pressupõe que estão o indivíduo e o povo dispostos a defendê-lo.

O direito não é uma idéia lógica, porém uma idéia de força; é a razão por que a justiça, que sustenta em uma das mãos uma balança em que pesa o direito, empunha na outra a espada que serve para fazê-lo valer. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada é o direito impotente; completam-se mutuamente. Na realidade o direito só reina quando a força despendida pela justiça para empunhar a espada, corresponde à habilidade que emprega em manejar a balança.' Jhering obra cit. passim.

H. Antunes

W. Sauer (obra cit., pág. 19) analisa com as seguintes palavras a contribuição de Jhering: “viu, não obstante, com genial intuição na idéia de “fim” o elemento “criador” do direito, preparando assim a direção Teleológica

no estudo do direito — em sua dúplice orientação, para a Sociologia e para a Filosofia da Cultura — acentuando a sua missão prática, que é servir de proteção aos interesses vitais do homem; porém não compreendeu o “fim” no sentido de uma idéia para a formação do direito, mas no sentido do historicismo, como o realizado; no sentido do positivismo, como fato, e no sentido do naturalismo, como causa psíquica.”

Não obstante, reconhece o autor o esforço de Jhering para superar essas correntes. Na verdade, Jhering realizou e ultrapassou o programa da Escola Histórica, na medida em que contrapôs àquelas forças instintivas e obscuras de Savigny, a vontade humana consciente de seus fins na formação do direito; ao irracionalismo, um novo racionalismo, como doutrina histórico-sociológica.

Postou-se além do positivismo, como já dissemos, embora não conseguisse ultrapassar o empirismo, porque o “fim”, por ele considerado a força criadora do direito, não chegou à idéia de uma oposição entre o ideal e a realidade; não o colocou como uma idéia meta-empírica à luz da qual o direito é contemplado. Chegou aos lindes que separam a Sociologia da Filosofia do Direito, não dando, porém, o passo final para cruzá-los. Contudo, não retém o direito no círculo exíguo que lhe traçaram os adeptos da Teoria Geral do Direito e do Estado. Muito menos o concebe como Kant: “o conjunto das condições que limitam as liberdades para tornar possível o seu acordo”, pois para Jhering, o direito antes de ser força limitativa, negativa, é força que desenvolve e afirma. É força concebida como energia ativa e fecunda que, comunicando-se a cada indivíduo, se eleva através das diversas esferas sociais até ao Estado, de onde se irradia para toda a humanidade.

São palavras do autor:

“Aquele que for atacado em seu direito deve resistir; é um dever para consigo mesmo. A conservação da existência é a suprema lei da criação animada, porquanto ela se manifesta instintivamente em todas as criaturas; porém a vida material não constitui toda a vida do homem; tem ainda que defender sua existência moral, que tem por condição necessária o direito..... O homem sem direito desce ao nível dos brutos... Temos, pois, o dever de defender nosso direito, porque nossa existência moral está direta e essencialmente ligada a sua conservação... O covarde que abandona o campo de batalha, salva o que os outros oferecem, a vida, porém salva-a à custa de sua honra. A resistência que os outros continuam fazendo é que o co-

loca, bem como à sociedade, ao abrigo das conseqüências que forçosamente apareceriam se todos, pensando como ele, de modo idêntico procedessem. O mesmo se pode dizer daquele que abandona seu direito, porém, isto como ato isolado, não tem conseqüência; entretanto se se tornasse em máxima de conduta — o que seria do direito ? ... A atitude de um homem ou de um povo em presença de um atentado contra o seu direito é a pedra de toque mais segura para julgá-los...

Trataremos de provar agora que a defesa do direito é um dever que temos para com a sociedade. Para fazê-lo, devemos primeiramente mostrar a relação que existe entre o direito objetivo e o subjetivo. Mas qual será ela ? Segundo o nosso modo de ver, é o contrário do que nos diz a teoria hoje mais aceita e que afirma que o primeiro supõe o segundo. Um direito concreto não pode originar-se senão da reunião das condições que o princípio do direito abstrato liga a sua existência.

Eis aí tudo quanto nos diz a teoria dominante, das suas relações; e como se vê, é apenas um lado da questão. Tal teoria faz exclusivamente sobressair a dependência do direito concreto com relação ao direito abstrato e não diz absolutamente coisa alguma dessa relação que existe também no sentido inverso. O direito concreto restitui ao abstrato a vida e a força que recebe; e como está na natureza do direito que se realiza praticamente, um princípio legal que jamais esteve em vigor ou que perdeu sua força, não merece tal nome; é uma roda gasta que para coisa alguma serve no mecanismo do direito e que se pode destruir sem nada alterar na marcha geral... Se estes móveis não são suficientes, se o sentimento se extingue, se o interesse não é bastante poderoso para sobrepujar o amor à comodidade, vencer a aversão contra a disputa e a luta, para dominar o recuo ante um processo, será o mesmo que se o princípio legal não vigorasse. Mas dir-se-á — o que importa ? O lesado não está só na causa ? Ele recolherá os maus frutos. Relembremo-nos do indivíduo que foge do campo de batalha. Se mil soldados entram em ação, pode perfeitamente suceder que não se note a falta de um só; porém se, cem deles abandonam a sua bandeira, a posição dos que permanecem fiéis será mais crítica, porque todo o peso da luta cairá sobre eles. Em verdade, trata-se no terreno do direito privado de uma luta do direito

contra a injustiça, de um combate comum de toda a nação na qual todos devem achar-se estreitamente unidos.

Desertar em semelhante caso, é também trair a causa comum, porque é engrossar as forças do inimigo, aumentando sua ousadia e audácia.

Quando a arbitrariedade, a ilegalidade ousam levantar descomedida e imprudentemente a cabeça, pode reconhecer-se por este sinal que aqueles que eram chamados a defender a lei não cumpriram o seu dever...

O homem luta, pois, pelo direito inteiro, defendendo o seu direito pessoal no estreito espaço em que ele se exerce...

Se o que temos dito é verdade, se está estabelecido que defendendo o indivíduo o seu direito defende a lei e na lei a ordem estabelecida como indispensável para o bem público — quem ousará afirmar que ele não cumpre ao mesmo tempo um dever para com a sociedade ? ...

O direito pessoal não pode ser sacrificado sem que a lei o seja também... A verdade é sempre a verdade, ainda que, contra ela, o indivíduo não a reconheça e não a defenda, mais do que no estreito ponto de vista do seu interesse pessoal. É o espírito de vingança e o ódio que impelem Shylock a pedir ao tribunal a autorização para cortar a sua libra de carne das entranhas de Antônio; mas as palavras que o poeta põe em seus lábios são tão verdadeiras como em quaisquer outros.

É a linguagem que o sentimento do direito lesado falará sempre.

A libra de carne que eu reclamo — lhe faz dizer Shakespeare
 Eu a paguei caro, ela é minha e eu a quero.
 Se vós m'a recusais, onde vossa justiça ?
 O direito de Veneza ficará sem força alguma.
 Essa é a lei que eu represento.

O poeta, nestas quatro palavras — “eu represento a lei” — determinou a verdadeira relação do direito sob o ponto de vista objetivo e subjetivo e a significação de sua luta pela sua defesa melhor do que poderia fazê-lo qualquer filósofo. Não é o judeu que reclama a sua libra de carne, mas a própria lei veneziana que assoma à barra do tribunal, porque o seu direito e o direito de Veneza são apenas um; o primeiro não pode perecer sem perecer o segundo...

Tiraremos, entretanto, a conseqüência de tudo o que temos dito. Esta resume-se em uma frase bem simples: — não existe, para o Estado que quer ser considerado forte no exterior, bem mais digno de conservação e de estima que o sentimento de direito na Nação.” Jhering obra cit. passim.

H. Antunes.

Tivemos por escopo reviver o pensamento de Jhering transcrevendo algumas páginas de “A Luta pelo Direito.” Entretanto, a falta de unidade resultante da necessidade de colher aqui e acolá textos que se nos afiguraram mais expressivos, sempre nos obrigou a entretecê-lo com outros que, sendo nossos, muito mais são dos autores nos quais nos abeberamos. Isto posto, julgamos oportunas algumas considerações finais.

É evidente que as diversas escolas filosóficas que no século passado marcaram a reação contra o direito natural, não se sucederam cronologicamente, como a erguer-se uma sobre as ruínas da outra. Não ! Elas coexistiram, como coexistem ainda hoje, tendo mesmo o direito natural ganho novo alento através da pena de eminentes escritores católicos.

O que se pode verificar é que em Jhering aglutinaram-se e debateram-se todas as tendências e pontos de vista da época, com o conseqüente revigoreamento da Filosofia e início da revisão dos métodos jurídicos. (Radbruch, obra cit. pág. 74). Não é por outra razão que Stammler o considera “ o iniciador da moderna filosofia do direito”. (Tristão de Athayde, obra cit. pág. 286).

É bem verdade que as bases desta revisão vamos encontrar em outro escrito de Jhering, “O Espírito do Direito Romano”. Até então, o desenrolar do tempo e o surgir empiricamente material do Direito Romano, constituíram o único alvo das pesquisas dos juristas.

Com a “Luta pelo Direito” Jhering continua seu esforço para reconduzir, e de fato reconduz, o pensamento para os princípios ideais em que aquele direito se inspirara.

Por certo que o conceito fundamental desta obra, conceber o direito como uma luta, como energia laboriosa a promover o progresso da humanidade, não é inteiramente novo. Ah ! o Eclesiastes: “nihil sub sole novum”. Imprimiu-lhe, porém, o escritor, o cunho de sua personalidade, ampliou-o com o vigor de sua mente, enriqueceu-o com sua exuberante cultura, em suma, deu-lhe nova existência.

É o trabalho que traz a marca do gênio, como também o é detectar aquelas parcelas de verdade integral que se encontram em todas as correntes de pensamento, mas que o partidarismo exagerado acaba por obliterar.

BIBLIOGRAFIA

ATHAYDE, Tristão de, **Introdução ao Direito Moderno**, Rio de Janeiro, 1933, 1^o vol.

JHERING, R. von, **La Lucha por el Derecho**, Buenos Aires, Editorial Atlantida, 1954, Edição Brasileira: **Luta pelo Direito**, Rio de Janeiro, Livr. H. Antunes, 1936.

RADBRUCH, G., **Filosofia do Direito**, Armênio Amado Ed., 5^a Ed., 1974.

SAUER, W., **Filosofia Jurídica Y Social**, Editorial Labor, 1933.