

IHERING, Rudolf von. **A Luta pelo Direito**. 1. ed. Trad. Mario de Meroe. São Paulo: Centauro, 2002.

Fruto de conferência proferida no ano de 1872, na Sociedade Jurídica de Viena, a totalidade da obra de Ihering¹ deve ser interpretada no contexto da Alemanha do séc. XIX, ou seja, um momento de grande efervescência intelectual, filosófica, jurídica e social. O que nos dá a plena exatidão da contribuição de Ihering a filosofia do Direito, e saber que foi escrita a época de Hegel, Schopenhauer, Nietzsche e Marx, que puseram a Alemanha entre as principais nações do mundo quanto ao saber filosófico e cultural.

Nessa obra especificamente, considerada por Laveleye como a “*Bíblia da Humanidade Civilizada*”, o autor desenvolve uma das teses fundamentais do direito positivado e grava definitivamente seu nome dentre aqueles que mais contribuíram para a construção do arcabouço “*jusfilosófico*” moderno. E assim Ihering inicia seu texto:

A paz é o fim que o Direito tem em vista e a luta é o meio de que se serve para o conseguir-lo. Por muito tempo perdurara ainda, enquanto o mundo for mundo - nunca poderá subtrair-se a violência da luta. A vida do direito é uma luta: luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos. (p.21)

E é através desta e de outras maneiras que ele tenta nos mostrar que o Direito é um produto social, um produto de lutas, nada mais propício ao conhecimento filosófico da época, ou seja, uma visão com fulcro na dialética hegeliana, que do embate de idéias exsurge uma solução, a síntese do pensamento. Podemos notar isto também quando o mesmo afirma que todos os direitos da humanidade foram conquistados através da luta e todas as regras básicas de

qualquer ordenamento jurídico, diz o autor, “*devem ter sido, na sua origem, arrancadas aquelas que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza.*” (p.21). Essa é a idéia central da obra e que O autor desenvolve com brilhantismo e inúmeros exemplos tirados às vezes da vida real, às vezes da literatura.

Para Ihering o Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva e por isso,

a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, e na outra a espada de se serve para defendê-lo. A espada sem a balança e a força bruta; a balança sem a espada a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem a energia com que a justiça aplica a espada sem igual a habilidade incessante com que manejar a balança. O direito é um trabalho incessante, não somente dos poderes públicos mas ainda de uma nação inteira. (p.21)

A palavra direito assim, tem duplo sentido: no sentido subjetivo, e a transfusão da regra abstrata no direito concreto da pessoa interessada; e no sentido objetivo, como o conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado a ordem legal da vida. Nessa obra, o autor demonstra inclinação ao estudo do direito subjetivo sem, no entanto, esquecer do objetivo, uma vez que tanto numa direção como noutra o direito encontra o que chama de “*resistência*” (p.23).

Quanto ao nascimento ou a origem do Direito, Ihering contesta a opinião de Savigny² e Puchta de que a formação do direito se faz de forma sutil, livre de dificuldade, sem força, sem lutas, defendendo a tese de que:

⁽¹⁾ Rudolf von Ihering [ou Jhering] (1818 - 1892), jurista e romancista alemão nascido em Aurich, Hanover, pioneiro na defesa da concepção do direito como produto social e fundador do método teleológico no campo jurídico. Estudou em diversas universidades alemãs e doutorou-se em direito na Universidade de Berlim (1842). Professor universitário em Berlim, Basileia e Kiel! é também na Universidade de Giessen, paralelamente estabeleceu seu pensamento jurídico, baseado no estudo das relações entre o direito e as mudanças sociais. Expôs seu trabalho em uma obra de quatro volumes de *Geist des römischen Rechts* (1852-1865). A seguir passou a ensinar na Universidade de Göttingen, onde ficou por mais de 20 anos e escreveu outra importante obra: *Oer Zweck im Recht* (1877-1883). Morreu lá mesmo, em Göttingen, Alemanha.

⁽²⁾ Friedrich Carl von Savigny e Georg Friedrich Puchta. Pandekten, juntos fazem “*uma vertente do conhecimento jurídico inovadora, baseada na regionalização cultural e na ‘abiogênese’ do Direito fundada nos costumes. Essa Escola Histórica do Direito (século XVIII) recebeu forte influência da ideologia romântica alemã, pois 13 bastante claro que os elementos presentes são o nacionalismo e o historicismo, de forma processual. Mostrava Savigny que o Direito seria reflexo histórico dos costumes e emanaria da consciência popular, única capaz de determinar suas demandas de forma razoável.*” (SANTOS, Diego Prezzi. Direito e ideologia uma perspectiva histórico-instrumental. *Revistas Juristas*, ano II, no. 51. [versão on-line, visitada em 28.06.06])

é um dever resistir a injustiça ultrajante que chega a provocar a própria pessoa, isto é, a lesão ao direito que, em consequência da maneira por que é cometida, contém o caráter de um desprezo pelo direito, de uma lesão pessoal é um dever do interessado para consigo próprio é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito se realize. (p.35)

Ihering até mesmo admite que por vezes o direito, em semelhança à própria linguagem, sofre um desenvolvimento de dentro para fora, imperceptível, inconsciente, ou melhor, orgânico, mas afirma com contundência que muitas dessas mesmas vezes a modificação não pode ser obtida senão com sacrifício de um ataque muito sensível a direitos e a interesses privados existentes. Exemplifica que com o decorrer do tempo os interesses de milhares de indivíduos e de classes inteiras prendem-se ao direito existente, por maneira tal que este não poderia ser abolido sem os irritar fortemente. Assim, discutir a disposição ou a instituição do direito seria como declarar guerra a todos esses interesses, como *“arrancar um parasita que está preso por mil braços”* (p. 25); pela ação natural do instinto de conservação toda tentativa deste mencionado gênero provocaria a resistência dos interesses ameaçados, daí uma luta na qual, como todas as lutas, não é o peso das razões, mas o poder relativo das forças postas em presença que faria a balança pender.

E isto não se pode negar, pois um olhar atento, observa tal situação de oposição tanto no decorrer da história da humanidade como também nos dias atuais - e talvez por essa razão esta obra seja de suma importância para o entendimento do Direito e sua filosofia e, então, não se caracterize como “velha” mesmo com seus mais de cem anos de idade. A luta de interesses na mudança das normas jurídicas acontece nas menores relações privadas, como já diria Foucault, nas micro-relações de poder da sociedade, mas alcança até mesmo as mais expressivas relações como a luta de interesses entre uma classe e outra que reivindicam um direito que atente para si próprios.

O autor sabiamente afirma:

O direito é como Saturno devorando os seus próprios filhos; não pode remorçar sem aniquilar seu próprio passado, um direito concreto que se vangloria da sua existência para pretender uma duração ilimitada, eterna, recorda o filho que levanta a mão contra sua própria mãe. Insulta a idéia do direito, invocando-a, porque a idéia do direito será eternamente um movimento progressivo de transformação; mas o que desapareceu deve ceder / ugar ao que em seu / ugar aparece, por que ... *‘tudo o*

nasce esta destinado a vo/tar ao nada’ (GOETHE, Fausto).” (p.26)

A LUTA PELO DIREITO É UM DEVER DO INTERESSADO PARA CONSIGO PRÓPRIO

A luta pela existência, considerada como a lei suprema de toda a criação animada, se manifesta sob a forma de instinto da conservação, porem o homem sem o direito desce às raías do animalesco, segundo Ihering, porque no seu direito *“O homem possui e defende a condição da sua existência moral”* (p.37). A partir desse pressuposto, o autor entende a luta pelo Direito como um dever da própria conservação moral, pois o abandono completo seria como suicídio moral, haja vista que o direito *“não é mais do que a soma das diversas instituições isoladas que o compõem; cada uma delas contém uma condição de existência particular, física ou moral ...”* (p.37).

Neste capítulo, o autor lembra-nos que nem toda injustiça é um ato despótico contra a idéia do Direito. Afirma que, se o indivíduo sofrer qualquer espécie de injustiça, cabe a ele proteger suas condições de vida. Contudo, não devemos esquecer que justiça é um sentimento, que para cada pessoa, se reflete de maneira diferente. É um conceito plurívoco, isto é, pode ser encarado por uma pessoa ou povo de maneira diversa do que seria para outra pessoa ou povo. O conceito de justiça depende do lugar, do tempo e de outras condições como culturais, econômicas e sociais.

Para o autor, uma verdade universal e que se aplica tanto ao direito publico quanto ao privado é

O grau de energia com que o sentimento jurídico reage contra uma lesão do direito é a meus olhos uma medida certa da força com que um indivíduo, uma classe ou um povo compreende, por si e pelo fim especial da sua vida, a importância do direito, tanto do direto em geral, como de uma instituição isolada do direito. (p.46)

Considera o direito criminal como o *“termômetro da suscetibilidade”* de cada Estado. Para exemplificar, cita a obra *“O Espírito das Leis”*, de Montesquieu, afirmando que cada Estado pune mais severamente os delitos que ameaçam o seu princípio vital particular: O direito mosaico (Teocracia); O direito antigo de Roma (Estado agrícola); O Estado comerciante, que privilegiara a *falsificação* da moeda; O Estado militar, que considera como delitos mais graves a insubordinação e a falta de disciplina; e O Estado absoluto, onde os delitos norteavam as lesões práticas contra a realeza. Em resumo, *“a reação do sentimento jurídico dos Estados e dos indivíduos atinge maior vivacidade sempre que uns e*

outros se sintam imediatamente ameaçados nas condições particulares da sua existência” (p.47).

Em outro momento do capítulo, em que trata do direito a propriedade, Ihering defende que o único motivo para defesa do patrimônio é o interesse, e conclui que *“um processo do ‘meu’ e do ‘teu’³ e uma pura questão do interesse” (p.48)* Para ele, esta concepção e a degeneração, não do sentimento, mas da própria propriedade. Não recrimina a riqueza e o luxo, mas a imoralidade do lucro por acreditar que a *“fonte histórica e a justificação moral da propriedade e o trabalho” (p.48)*. E por trabalho, é importante alertar, pois ele mesmo o faz, não o entende somente os das mãos, mas também o do espírito e do talento, reconhecendo um direito ao produto do trabalho não somente ao trabalhador, mas também aos herdeiros.

Assim, ainda afirma, que o trabalho e a fonte onde a propriedade se regenera e vivifica, onde mostra claramente o que é para o homem. Porém, quando o homem se aproxima do ganho fácil - bolsa e agiotagem - o trabalho desaparece e fica evidente que não é um dever moral defendê-lo. Segundo Ihering, o meio pode influenciar o homem, podendo ocasionar o *“enfraquecimento do caráter que por amor das comodidades se subtrai a luta pelo direito, e ainda que durante muito tempo o valor do objeto não excite a resistência, basta para nós reconhecê-lo ...” (p.50).*

Partindo dessa concepção o autor considera que o ato isolado de abdicar da luta pelo direito individual, próprio, e inofensivo se analisado isoladamente, porém traria a ruína do direito se viesse a tornar-se uma regra geral. A luta do direito contra a injustiça não fica restrita aos indivíduos, o poder público - nos estados mais avançados - protege o direito dos indivíduos através da polícia e do juízo criminal. Contudo, se estas condições desaparecessem e a acusação coubesse exclusivamente ao lesado, aonde chegaríamos com o abandono do direito? Segundo Ihering, *“ao incitamento dos ladrões e dos desordeiros” (p. 51).*

Aplicando o mesmo conceito a vida dos povos, Ihering busca o exemplo da lãgua quadrada de terreno⁴ para demonstrar a impossibilidade de que uma doutrina - a que pretende medir a resistência contra a injustiça pelo valor material do objeto em litígio - seja reconhecida como exata. Segundo ele, trata-se de *“um sentimento jurídico mórbido e impotente; não é afinal outra coisa mais do que o puro e grosseiro materialismo no domínio do direito”.*(p. 51)

Há uma conexão entre o direito e a pessoa que confere a todos os direitos, independente da sua natureza, um valor designado de *“valor ideal”*, chamando assim com

a finalidade de distinguir do valor que seja puramente substancial, que os direitos tem sob o ponto de vista do interesse, sendo que e esta íntima afinidade que produz a energia na defesa do direito. Trata-se, na opinião do autor, de uma concepção que perpassa todas as camadas da população - da mais rica a mais pobre - reforçando o *“quanto este idealismo e fundado sobre a mais íntima essência do direito”.* (p. 52)

“A luta pelo direito e a poesia do trabalho” (p. 53). Prosa nas questões materiais, poesia na esfera pessoal, na luta para defender a personalidade.

“Não é a experiência, nem a educação, mas o simples sentimento da dor (..). A dor que o homem experimenta, quando é lesado no seu direito, contém o reconhecimento espontâneo, instintivo e violentamente arrancado, do que e o sei direito, primeiro para ele, indivíduo, em seguida para a sociedade humana. A verdadeira natureza e a essência pura do direito revelam-se mais completamente nesse só momento, do que durante longos anos de pacífica fruição. Aquele que por si só ou por outrem nunca experimentou essa dor, não sabe o que é o direito.” (p .53)

Segundo Ihering, dois dos critérios do sentimento jurídico e a excitabilidade - faculdade de sentir a dor causada pela violação do direito - e a energia, isto é, a coragem. A excitabilidade não é idêntica todo indivíduo, classe ou povo, variando de acordo com a consideração que cada um da ao direito ou a uma instituição de direito como condição moral de sua existência. Quanto a energia, ela é puramente uma questão de caráter.

“Consciência do direito, convicção jurídica, são abstração da ciência que o povo não compreende; a força do direito reside no sentimento, exatamente como a do amor; a razão e a inteligência não podem substituir o sentimento quando este falta” (p . 53)

A DEFESA DO DIREITO É UM DEVER PARA COM A SOCIEDADE

A luta pelo Direito e vista sob o ponto de vista ético, isto é, é válido pugnar quando seu direito é violado, pois quando o seu direito individual (subjetivo) é violado todo o Direito objetivo também o é, pois são os dois uma única e mesma coisa. Negar o direito subjetivo é negar o direito como um todo. A legitimidade da luta pelo Direito consiste justamente em, ao defender o direito individual,

⁽³⁾ Para Ihering a luta do direito privado fica, aparentemente, nas *“regiões do frio calculo e da vida positiva.” (p. 31)*

⁽⁴⁾ Ver página 33.

estar protegendo o Direito de toda a coletividade (p. 63). O indivíduo tem o dever ético, para consigo mesmo e para com a sociedade, de lutar por seus direitos. Para Ihering “*cada qual é um lutador nato, pelo direito, no interesse da sociedade*” (p. 63) E essa luta deve ser contra o arbítrio.

Para Ihering, Direito e Idealismo - enquanto caráter - são sinônimos e, nesse sentido, o idealismo do sentimento jurídico, define a visão que, internacionalmente, terão do Estado. Resguardar e cultivar, na nação, o sentimento do direito e um dever da política. Leis injustas e más instituições jurídicas são como veneno atuando na raiz (o sentimento jurídico) e, se a raiz nada vale, tudo o mais não passa de uma miragem. (p. 77). O despotismo sabe onde agir, começa por ataques ao direito privado, por violências contra o indivíduo. Para matar a força moral de um povo, nada melhor do destruir seu sentimento de liberdade pessoal e a imposição arbitrária de impostos. “*A força de um povo corresponde à força do seu sentimento jurídico*” (p. 78), cultivá-lo e dar vigor e força ao Estado.

O autor, assim, contrapõe novamente o interesse particular e o interesse geral, afirmando que quem defende seu direito, defende também na esfera estrita desse direito, todo o Direito, por que o interesse e as consequências se seus atos - como já mencionado no capítulo anterior - dilatam-se para muito além de sua própria pessoa. O

interesse geral a que então se liga não seria somente o interesse ideal de defender a autoridade e a majestade da lei, mas o interesse muito real, muito prático, que em todos, -se manifesta e todos também compreendem, mesmo aqueles que daquele primeiro) interesse não tem o menor conhecimento, de que a ordem estabelecida na sociedade, na qual cada um pela sua parte e interessado, seja assegurada e mantida. Cada qual e, portanto, um lutador nato pelo Direito, no interesse da sociedade.

Para concluir, Ihering nos deixa a seguinte lição: “*a essência do direito, consiste na ação; a ação livre e para o sentimento jurídico o que o ar livre e para a chama: diminuí-la ou perturbá-la e abafá-lo inexoravelmente*” (p.80). E com isso, desde o momento em que o direito renuncie a apoiar-se na luta, abandona-se a si próprio devendo-se aplicar as palavras do poeta Fausto (p.97), por que só na luta encontraremos o direito, que diz:

“*Tal é a conclusão aceite atualmente:*

Só deve merecer a liberdade e a vida

Quem para as conservar luta constantemente.”

Ana Carolina Maluf

*Estudante de Direito
da PUC-Campinas*