

REVISTA Nº 26**Ano 14 - julho de 1993 - p. 33-38**

Ética, democracia e cidadania. Cem anos depois de Rudolf Von Ihering

Aurélio Wander Bastos

Este ensaio sobre o livro de Rudolf Von Ihering (1818/1892), *A Luta pelo Direito* (1), editado em 1872 como resultado de palestra proferida na Sociedade Jurídica de Viena, é um estudo compreensivo de sua teoria política do Direito, onde a finalidade do Direito é a paz (objetiva, constituída em normas) e o meio de atingi-lo é a luta expressiva da inquietação (subjativa) do homem para alcançar a (sua) paz. Nitidamente é um livro de política e Direito, e não de filosofia do Direito, onde o homem, não apenas é o agente articulador da vida social, mas também é o agente que desagrega a opressão, a humilhação e a indignidade. Modernamente os estudos superiores estão povoados por figuras explicitativas do papel do homem na transformação da natureza e na criação e desenvolvimento cultural, mas coube a Von Ihering, senão identificar o "homem jurídico", pelo menos permitiu àqueles que viessem a analisar *A Luta pelo Direito* identificar o ambiente de compromisso e solidariedade imanente que ensejou o seu aparecimento social e desenvolvimento histórico. Nestes estudo identificamos: por exemplo, o "homo faber", para quem o trabalho, não é apenas uma atividade que o distingue das demais espécies, mas também instrumento de acumulação de riquezas; o "homo economicus", especialíssima figura que nos permite reconhecer na luta contra a escassez uma luta socialmente desenvolvida e, o "homo sapiens", figuração essencial do homem que pensa, e que permitiu a articulação dinâmica entre o trabalho, a sobrevivência (o existir), e o conhecimento consciente. É neste quadro de interrelações em que o trabalho modifica a natureza, adaptando-a as expectativas (de valor) do homem que pensa, que se desenvolve a cultura, não apenas como efeito do trabalho construtivo, mas também como expressão significativa dos valores conscientes do homem. O homem que trabalha, pensa; o homem que pensa, avalia (valora) o objeto resultante de seu próprio trabalho, seja ele um objeto físico, uma pedra, seja uma construção rítmica, um objeto imaterial, seja uma forma ou um padrão estético de relacionamento, ou mesmo uma postura educativa ou até a expectativa de que na luta socialmente desenvolvida pela sobrevivência as partes cumpram os seus deveres e que cada um possa exigir do outro o cumprimento do dever. Da mesma forma que o produtor de um objeto material, ou aquele que o detém, pretende a sua requalificação de uso ou melhoria estética, aquele que produz uma pintura, ou desenvolve em um livro idéias ou opiniões de valor, espera que o seu livro possa mudar de padrão de qualidade, ou aquele que o leia também confira aquelas idéias com suas próprias opiniões de valor, o que demonstra que a consciencia valorativa é uma consciência diversificada, em que as idéias constituídas de um não representam necessariamente as idéias ou esperanças do outro. Da mesma forma, as pessoas esperam que o outro cumpra o seu dever, não apenas na dimensão que o outro tem do seu próprio dever, mas também na dimensão valorativa de suas esperanças. Esta diversidade das expectativas bilaterais entre o dever a cumprir e a esperança de seu cumprimento na dimensão de valor daquele que deve cumpri-lo e daquele que espera que o outro cumpra o dever na dimensão de seus próprios valores gera o complexo espaço ambiental da convivência e da sobrevivência do homem jurídico. É exatamente esta a colaboração de Rudolf Von Ihering: detectou o ambiente de deveres em confronto com direitos de interesses estabelecidos como Direito em confronto com interesses derivados do dever estabelecido ou em destempero com interesses submetidos. O mundo dos deveres que devem ser objetivamente cumpridos e o das expectativas subjativas do dever cumprido, tanto daquele que tem a dimensão da obrigação sentida e internalizada, como daquele que espera que o outro cumpra o seu dever, a expectativa subjativa, é o "habitat" (ambiência) do homem jurídico: o homem que está para o dever posto,

assim como para o pressuposto, não apenas por ele próprio, mas também por aquele que espera dele - o titular da exigência ou da esperança que todos cumpram o seu dever - o direito. O direito nasce, por conseguinte, para Von Ihering, da esperança que subjetivamente temos que aqueles que devem cumprir o dever o façam. Ocorre que, muitas vezes, o fazem no seu próprio limite pessoal da obrigação ou, mais comumente, no limite social da obrigação posta, consuetudinariamente, ou em norma escrita, que muitas vezes, corresponde à expectativa do titular da esperança, mas muitas outras vezes a esperança ultrapassa e pretende mais que os limites do dever costumeiro ou do dever prescrito em lei. O homem que cresce, vive e sobrevive neste "habitat" é o homem que Rudolf Von Ihering permitiu a descoberta e identificação: o homem jurídico, não o homem que está engajado na luta socialmente desenvolvida contra a escassez, mas na luta pelas suas esperanças (direito subjetivo)(2), onde Ihering afirma que o direito subjetivo representa a atuação completa da norma abstrata (direito objetivo), de que resultam uma faculdade específica de determinada pessoa. p. 18. Ainda, para Ihering o direito objetivo compreende os princípios jurídicos manipulados pelo Estado, ou seja, o ordenamento legal da vida. de que todos cumpram o seu dever, costumeira ou normativamente prescritos. Esta, na verdade, é a grande contribuição de Von Ihering para os modernos estudos jurídicos - a identificação da esperança como fundamento do direito subjetivo, que todos os homens têm de exigir que os deveres jurídicos prescritos, mesmo que apenas costumeiramente, sejam cumpridos pelo sujeito obrigado a cumpri-lo e pela autoridade. O homem jurídico, o homem consciente de seu direito subjetivo, e conseqüentemente da obrigação do devedor, não esmorece e luta até as últimas circunstâncias para que os seu direito seja resguardado. A luta pelo Direito é a meta do homem como instrumento essencial à sua dignidade, como pressuposto de sua própria convivência comunitária. O homem que abandona a luta pela garantia de seu direito subjetivo abandona ou deixa de cumprir com o seu próprio dever comunitário, permitindo que os valores essenciais de respeito e referência entre os homens sejam aniquilados. Neste sentido, o direito subjetivo pode transmutar-se em dever jurídico se o titular do direito é vilipendiado e afrontado em sua personalidade. O dever de autodefesa representa um dever, não apenas para consigo mesmo, mas também para com a comunidade. Como Von Ihering não explicita a necessidade de apoio legal para este processo transmutativo, entendemos que, sem normas que viabilizem a transformação do direito subjetivo do ofendido em dever jurídico o ato mais seria de ordem moral ou política, e não propriamente ato jurídico, no sentido normativo, mas nem por isto, a se pensar como Von Ihering, menos Direito. O que se conclui, como Von Ihering não levanta esta questão, é que para se autopreservar, diante daquele que renuncia ao seu direito, opta pela paz ao invés da luta, a comunidade tem o direito subjetivo de exigir que o titular do direito violado cumpra seu dever e leve a luta pela preservação de seu direito de autoreferência às últimas conseqüências, senão estaria maculada como sociedade que vive e sobrevive em função de determinados valores referenciais. O homem não pode renunciar à sua esperança, porque ela é sua própria realidade. Se age diversamente, a comunidade pode exigir que comporte-se conforme suas próprias esperanças: não abrindo mão de seu direito subjetivo, fazendo mesmo, dele, o seu dever jurídico, lutando para que prevaleça a esperança como sua própria realidade. O direito de defesa, mesmo na ausência da prescrição objetiva, exsurge com o ato arbitrário que viole o direito(3), onde categoricamente afirma que "o referido direito (não mais) corresponde às reivindicações mais justificadas de um autêntico sentimento de justiça (especialmente) porque é dominado por uma concepção diametralmente oposta (...) àqueles que veem numa lesão ao direito não apenas uma lesão ao objeto, mas também à própria personalidade", Von Ihering mostra à p. 70 (op. cit.) que no antigo Direito Romano, as "acciones populares" tinha importantíssimo papel para resguardar em defesa de outro a violação de direitos privados ou de interesse do povo em geral.. Neste sentido, identificando a esperança (Direito Subjetivo) e a realidade (Direito pòsto) como dimensões do interesse humano, Von Ihering descobre e identifica no homem jurídico, o homem para o século do idealismo positivista, determinado pelo ideal de justiça e pela positivação e, paradoxalmente, imerso no historicismo romântico, determinado pela força impositiva das tradições e pela esperança de mudança. Por estas razões, na verdade, Von Ihering, ao desenvolver suas opiniões sobre o direito subjetivo, na sua opinião, o direito concreto, como sendo a luta pelo direito, desenvolve antinomicamente, sem que, em qualquer momento no seu trabalho expressamente se manifeste, a sua mais importante contribuição à teoria moderna do direito subjetivo, estranhamente desprezada nos compêndios

jurídicos: o Direito de lutar. Para Von Ihering, diferentemente dos pensadores de sua época, o Direito Subjetivo pode se manifestar em duas situações: em primeiro lugar, quando aquele que deve cumprir o dever jurídico, de acordo com a ordem jurídica, deixa de fazê-lo, violando o direito subjetivo que nasce das disposições objetivas da própria ordem, aquele que nasce da norma prescrita como faculdade de fazer. Por exemplo: o direito do proprietário exigir do inquilino mau pagador o pagamento do aluguel prefixado como dever jurídico ou direito objetivo. Em segundo lugar, o direito subjetivo pode emergir de situações concretas e historicamente sedimentadas, quase sempre em luta com a prescrição objetiva, especialmente, quando a ordem jurídica resiste, através das decisões continuadas dos tribunais, à emersão do direito subjetivo, ou seja, quando a jurisprudência dos interesses constituídos ou dos direitos adquiridos impedem a sua precipitação, resguardando a titularidade adquirida e levando o tribunal a denegá-lo: a desconhecer o direito subjetivo expressivo do interesse submetido, tanto dos indivíduos, quanto dos povos, resguardando o interesse constituído. Assim, por exemplo, neste caso, seria direito subjetivo, o direito que despossuídos teriam de lutar para aquisição das terras onde trabalham e de onde retiram a sua sobrevivência, mesmo que esta luta fira o interesse estabelecido ou o direito adquirido dos proprietários(4) afirma: "A culpa não é da riqueza e do lucro, nos quais não vejo menor perigo para o sentimento jurídico do povo, mas da forma moral de aquisição da propriedade. A fonte histórica e a justificação moral da propriedade reside no trabalho.". Esta situação, demonstra, claramente, que, não sendo Von Ihering um positivista, admite que, mesmo na ausência da lei, remanesce o direito, ele pode nascer, sobreviver e impor-se como interesses submetido aos interesses dominantes. Neste sentido, há que se reconhecer que Von Ihering, nitidamente, admite que o direito subjetivo pode ultrapassar os limites da faculdade derivada do dever, para identifica-lo com a esperança de nova ordem: o direito subjetivo alternativo à ordem, porque expressivo de interesses que a própria ordem de interesses constituídos rejeita. Na verdade, quando fala de jurisprudência de interesses, ao contrário do que comumente se admite, o que, aliás, acabou por firmar-se como referência de escola jurídica, Von Ihering não está teorizando sobre o direito subjetivo alternativo, que brota, nasce e se desenvolve, apesar da ordem, mas sobre os interesses dominantes consolidados na jurisprudência e no direito adquirido, mesmo que apenas costumeiro. A grande força de resistência à precipitação e consolidação de novos valores é a jurisprudência dos interesses constituídos, porque, na verdade, o direito subjetivo alternativo, embora, também expressivo de interesses, são esperanças de reconhecimento e não o reconhecido ou a faculdade derivada do dever. Neste sentido, foi grande a contribuição de Von Ihering para identificar o direito de lutar, senão como essência mesmo do Direito, que seria a luta pelo direito, como a vertente significativa da superação da ordem estabelecida pelo direito. De qualquer forma, não há qualquer possibilidade de classificarmos Von Ihering entre os juristas, mesmo como precursor, do moderno pensamento jurídico alternativo. Genericamente, o que se tem denominado em nossos dias de Direito alternativo, não corresponde o que se poderia em Von Ihering denominar Direito subjetivo alternativo. Na verdade aquela corrente tem se desenvolvido por um lado como positivismo residual apoiando-se nas aberturas civis e processuais, daí a impossibilidade de um Direito Penal alternativo, que permitem decisões "praeter legem" (ou até "contra legem") justificáveis pelos princípios gerais do direito, pela equidade, pela isonomia, etc, ou, por outro lado como teoria alternativa da ordem jurídica, neste caso, como jusnaturalismo ou sociologismo. O Direito Subjetivo Alternativo não é nada disso, é apenas uma expectativa (esperança) de (novo) Direito justo que nasce e se desenvolve com o perecimento do direito estabelecido ou com o aviltamento do Sentimento de justiça pelos titulares da ordem estabelecida. "A dor que a ofensa ao direito provoca no homem encerra em seu íntimo a confissão forçada, mas intuitiva do que representa o direito (...). A dor é o grito de angústia e o pedido de socorro do organismo ameaçado. (...) Quem nunca sentiu esta dor, em si mesmo ou em outrem, ainda não compreendeu o que é o direito, mesmo que saiba de cor todo o "corpus juris".(5) Na verdade, Von Ihering, pensando como pensou salvou o direito, como ocorrência da vida social, da sua hecatombe, forçado por um lado pelo positivismo racionalista e, por outro, pelo marxismo revolucionário. Von Ihering, é um historicista cujas circunstâncias de vida não lhe permitiram aderir ao positivismo jurídico europeu em expansão, nem mesmo ao sociologismo jurídico já desenvolvido por Duguit e François Geny, mas, e quem sabe por isto mesmo, cercado pelas contradições de seu tempo pode vizualizar o ambiente natural do homem jurídico: não apenas produto da história

como diziam os marxistas, ou racionalizador da história, como gostariam os positivistas, mas imerso na história de suas esperanças: a luta pelo direito e o direito de lutar. Austriaco, não tinha como fugir da forte influência de Savigny, principal jurista que resistiu e formulou as teorias românticas e nacionalistas que se opuseram ao positivismo expansionista e racionalista. Esta formação historicista, que não lhe tira o mérito, de forte tendência consuetudinária, lhe permitiu, neste sentido, absorver o espírito revoltoso de seu tempo, marcado pela formulação do pensamento marxista, sem que desprezasse o historicismo romântico de Savigny e, mais do que isto, lhe permitiu, a partir do direito consuetudinário, sem que aderisse ao positivismo, pelo contrário, o regeitasse, desenvolver uma teoria jurídica crítica do positivismo, com base historicista, e do historicismo, sem que se apoiasse nos pressupostos teóricos que levaram à formulação da teoria marxista, que desprezou o homem jurídico, como agente de mudanças sociais, em célere processo de ambientação intelectual, na Alemanha da época, para concentrar-se na teoria do homem econômico como a teoria da transformação social. Na verdade, a teoria de Von Ihering sobre o Direito de lutar, como direito subjetivo, sucessivo, alternativo e complementar à luta pelo direito, como essência do direito, é uma teoria contra o direito consolidado na jurisprudência dos interesses constituídos, mas, principalmente, uma teoria do direito à rebelião, elaborada a partir do direito costumeiro de Savigny, contra o direito de resistência, afixado no direito adquirido e na jurisprudência dos interesses. Para Savigny, a formação do direito, segue um processo lento e imperceptível, atravessando uma verdadeira epirogênese de acomodações e sedimentações, e os seus preceitos entram em vigor, exatamente, como uma regra linguística. O Direito se consolida através da gradual conquista das consciências espontaneamente geradas, numa inconsciente e involuntária evolução orgânica que se processa de dentro para fora. Sem aderir às teorias revolucionárias da época, sem buscar ruptura profundas com a teoria jurídica ou com o idealismo hegeliano ou kantiano, onde não estava a sua formação intelectual, sem aderir ao marxismo, ou mesmo buscar qualquer proximidade com pensadores social democratas, Von Ihering desenvolveu a teoria de que o direito, especialmente, o direito subjetivo expressivo das novas esperanças, só se consolida através de incursões e rupturas profundas, inclusive penosas, contra direitos adquiridos e interesses constituídos, onde "a decisão não depende da validade dos motivos que impelem os contendores, mas da relação entre as forças que se contrapõem(5)" (...). "Sempre que o direito existente estiver escudado pelo interesse, o direito novo terá de travar uma luta para impor-se, uma luta que muitas vezes dura séculos, e cuja intensidade se torna maior quando os interesses constituídos se corporificam sob a forma de direitos adquiridos(6)" (...) o direito em busca de conquistas muitas vezes está assinalado por torrentes de sangue, sempre (derramado) pelos direitos subjetivos pisoteados(7) É este ponto, que identifica a mais radical contribuição de Savigny à teoria do direito subjetivo, permitindo-nos, concluir, que o admite não apenas como uma continuação na luta pelo direito, mas num verdadeiro direito (subjetivo de cada um e dos povos) de lutar, "especialmente naqueles casos em que a agressão ao Direito representa um desrespeito à pessoa humana(8)". Na verdade, não há como desconhecer que Von Ihering aproxima a manifestação e a subsequente consolidação do novo direito, como um fenômeno político, e neste sentido, o direito subjetivo alternativo seria já a manifestação política desesperada do homem jurídico. Neste sentido, fica evidente que as concepções puramente científicas do Direito, como a proposta kelseniana(9), que o conhecem apenas no seu aspecto lógico, como sistema de normas abstratas, estão em confronto com as concepções que reconhecem o fenômeno jurídico na sua realidade política, semelhantemente a Von Ihering que, embora deixando Savigny, não se identifica com os sociologistas e nem muito menos reconhece no racionalismo positivista a nova força construtiva das novas instituições: por isto, Von Ihering, sobrevive historicista; embora crítico do historicismo consegue admitir que os direitos se sedimentam lentamente, mas a sua sobreposição sobre o que "ha de perecer", na frase poética de Goethe, é um ato de força (ção), e, como efeito conclusivo, um ato racional: por isto, um ato político. O Direito é filho do poder, concluiria imodestamente: "Os atos jurídicos e da ciência podem regular e promover o movimento que se desenvolve pelas trilhas (de expansão do direito), mas não são capazes de derrubar os digues que impedem a torrente do direito de abrir novos caminhos. Este disiderato (objetivo a alcançar) só pode ser cumprido por um (...) ato de poder estatal, conscientemente dirigido para alcançar aquele objetivo(10)". Mas, para que ocorra este "ato de poder estatal" que sobreponha o direito esperado ao direito pôsto, seria imprescindível a ocupação do Estado. Ihering, todavia,

não desenvolve esta tese, admitindo, apenas, que, muitas vezes, as rupturas são necessárias e essenciais para redefinir a nova ordem. Finalmente, as contribuições de Ihering, para as modernas teorias democráticas de que se pode alcançar mudanças da ordem através da ordem são frágeis, mas, da sua teoria política do direito se depreende que o homem jurídico deve lutar para construir o seu mundo de paz.

NOTAS:

(1)Ver. A Luta pelo Direito, Coleção Estudos Políticos Constitucionais, RJ, Liber Juris, 1987.

(2)Ver especialmente p. 18.

(3)Embora assumo com firmeza críticas ao Direito Romano como o faz à p. 95, de A Luta pelo Direito (op. cit.).

(4)A p. 52 (op. cit.) .

(5)Op. cit. p. 58.

(5)Op. cit. p. 21.

(6)Idem, p. 22.

(7)Idem."

(8)Idem, p. 4.

(9)Ver de nossa autoria, Introdução à Teoria do Direito, R.J>, Liber Juris, 1992.

(10)Rudolf Von Ihering, op. cit., p. 19.