

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Henrique Garbellini Carnio

**Kelsen e Nietzsche: aproximações do pensamento sobre a gênese do
processo de formação do direito**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Henrique Garbellini Carnio

**Kelsen e Nietzsche: aproximações do pensamento sobre a gênese do
processo de formação do direito**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Junior

SÃO PAULO
2008

Banca Examinadora

Aos meus pais, Esther e Antonio, por demonstrarem em mim enquanto filho o fato inalterável de seu amor e pelo cumprimento de meu desprendimento para vida.

AGRADECIMENTOS

Com apreço, agradeço ao Prof. Tércio Sampaio Ferraz Junior pela orientação e pelo estímulo. Sua postura representa para mim um verdadeiro exemplo de polidez e inteligência.

Ao Mestre Willis Santiago Guerra Filho, quem realmente me iniciou nos estudos de filosofia e teoria do direito. A influência de seu pensamento foi determinante para a consecução deste trabalho. Penhoro-me à sua confiança e reconhecimento.

Ao Prof. Oswaldo Giacóia Junior pela atenção e dedicação. O grande responsável pelo “estalo intelectual” do tema proposto, maior motivação de minha dedicação ao pensamento nietzscheano.

Aos professores Márcio Pugliesi, Vladimir Oliveira da Silveira e Álvaro Luiz Travassos de Azevedo Gonzaga pelo apoio e pelos apontamentos formais e estruturais.

Agradeço também ao amigo de longa data Georges Abboud, companheiro maior no período do mestrado, e a Antonio Papa pela cuidadosa leitura e revisão gramatical.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES pela concessão da bolsa de estudos.

Kelsen e Nietzsche: aproximações do pensamento sobre a gênese do processo de formação do direito

Henrique Garbellini Carnio

RESUMO

O trabalho tem por escopo investigar a gênese do processo de formação do direito. Reconhecendo o direito enquanto uma criação humana, um produto da linguagem, a proposta visa a um estudo histórico-genealógico do direito que retorne às origens dos seus obscuros sentidos. Esse regresso se pauta pelo exame das relações nas primitivas comunidades que indicam a verdadeira polêmica sobre o processo de formação do direito. Seu estudo possibilita um resgate das formas jurídicas e da conceituação do próprio direito, fomentando possibilidades de sua melhor compreensão, crítica e aplicabilidade. Para tal empresa a proposta pretende uma junção radical entre dois pensadores que aparentemente se distanciam filosoficamente, mas que, na realidade, mostram-se ao menos nessa seara, semelhantes e complementares. Kelsen na obra *Vergeltung und Kausalität* expõe seu estudo etnológico sobre o princípio da retribuição e da causalidade a partir das comunidades primitivas, e Nietzsche na Segunda Dissertação de *Para a genealogia da moral* apresentando sua tese sobre a (pré)história da humanidade, que se inicia com a criação da memória e ocorre num contexto completamente determinado por conceitos e categorias jurídicas.

Palavras-chaves: Comunidades primitivas, genealogia, retribuição, causalidade, Kelsen, Nietzsche.

Kelsen and Nietzsche: approximations of the thought about the genesis of the process of formation of the law

Henrique Garbellini Carnio

ABSTRACT

The work has the purpose to investigate the genesis of the process of formation of the law. Recognizing the right while a human creation, a product of the language, the proposal aims for a genealogical study of the law that returns to the origins of its obscure senses. This return is ruled from the examination of the relations in the primitive communities that indicates the true polemics on the process of formation of the law. This study makes possible a rescue on the legal forms and in the conceptions of law itself, promoting means for his best understanding, critics and applicability. For this, the proposal claims a radical joining between two thinkers who apparently are distanced philosophically, but, however, are shown at least in this field, similar and complementary. Kelsen in the work *Vergeltung und Kausalität* presenting his ethnological study on the principle of retribution and of the causality, from the primitive communities and Nietzsche in the Second Dissertation of *Genealogy of moral* presenting his theory on the (pre)history of the humanity, that initiates with the creation of the memory and occurs in a context completely determined by concepts and legal categories.

Key-words: Primitives communities, genealogy, retribution, causality, Kelsen, Nietzsche.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
------------------	----

CAPÍTULO 1. RETRIBUIÇÃO, CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO A PARTIR DA INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICA DE HANS KELSEN: UM RESGATE ORIGINÁRIO SOBRE O SENTIDO DO DIREITO

1 O pensamento primitivo: a interpretação primitiva da natureza intrínseca a sociedade	19
1.1 Entre retribuição e causalidade	19
1.2 A psiquê primitiva	21
2 Magia, diferenciação do pensamento causal e retribuição.....	29
2.1 A falta de consciência do “eu” e a magia primitiva	29
2.2 O princípio da retribuição como um condutor das relações sociais primitivas.....	35
2.3 Os gregos e o princípio da retribuição.....	49
2.3.1 A passagem do princípio da retribuição para o princípio da causalidade...	70
3 A lei da causalidade e a ciência moderna	77
4 O princípio da imputação: entre causalidade e imputação.....	86
4.1 Entre a necessidade da natureza e a liberdade da sociedade	93

CAPÍTULO 2. NIETZSCHE E A RECONSTITUIÇÃO DA (PRÉ)HISTÓRIA DA HUMANIDADE: A DETERMINAÇÃO DO PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO POR CONCEITOS E CATEGORIA JURÍDICAS

1. A <i>Weltanschauung</i> nietzscheana e sua reflexão sobre a (pré)história da humanidade.....	101
-------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

2 Promessa e causalidade	107
2.1 O sentido originário da obrigação pessoal e de culpa: a relação contratual de credor e devedor	113
3 A base etnológica e o primitivo sujeito de direito.....	123
4 A teoria psicológica da vingança e do ressentimento de Nietzsche	139

CAPÍTULO 3. O DIREITO ENTRE KELSEN E NIETZSCHE: IMPRESSÕES SOBRE AS APROXIMAÇÕES COMO DETERMINANTES DE UMA POSSÍVEL COMPLEMENTAÇÃO

1 Considerações estruturais sobre a confrontação do pensamento de Kelsen e Nietzsche	155
2 Aproximações e complementações entre Kelsen e Nietzsche	158
2.1 A superação do dualismo sociedade-natureza e o entrecruzamento dos pensamentos sobre a gênese do direito	158
2.2 Justiça e poder: o desfecho da interpretação do princípio da retribuição e o desenvolvimento do dualismo metafísico na interpretação da justiça.....	168
2.3 Da antropomorfização primitiva da natureza à religião, genealogia do direito e crítica da causalidade.....	175
3 A matriz kantiana de Kelsen na conceituação normativa do direito e a impossibilidade de um direito <i>em si</i> no pensamento de Nietzsche	184

CONSIDERAÇÕES FINAIS	195
----------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	206
----------------------------------	-----

“Qual a regra de direito e interesse que torna obrigatório, em sociedades de tipo retardado ou arcaico, que um presente deve ser pago?”, a resposta é esta: a idéia de retribuição, que domina a consciência primitiva.

Hans Kelsen, *Sociedad y naturaleza*.

Mas a “finalidade no direito” é a última coisa a se empregar na história da gênese do direito: pois não há princípio mais importante para toda ciência histórica do que este, que com tanto esforço se conquistou, mas que também *deveria* estar realmente conquistado – o de que a causa da gênese de uma coisa e a sua utilidade final, a sua efetiva utilização, diferem *toto coelo*...

Friedrich W. Nietzsche, *Para genealogia da moral*.

INTRODUÇÃO

A investigação filosófica sobre o direito mostra-se numa indeterminada sorte de possibilidades, no entanto a perquirição sobre a gênese de seu processo de formação se apresenta ainda hodiernamente como um dos temas mais instigantes e importantes a espera de novas conjecturas.

Com o escopo de atingir essa finalidade, inicialmente é necessário delimitar o sentido dessa investigação que encontra no direito um fruto da criação humana, um produto da linguagem que necessita imprescindivelmente de uma reflexão genealógica, que volte às origens dos seus obscuros sentidos. Esse regresso possibilita um resgate sobre o sentido e a conceituação do próprio direito, fomentando possibilidades de sua melhor compreensão, crítica e aplicabilidade.

A importância dessa investigação deve ser revelada numa proposta diferenciada, radical, além de mera ou profunda análise histórica ou de qualquer base tradicional sobre a conceituação originária do direito e da justiça nas quais se baseiam a maioria dos historiadores do direito. Se algo vem do sentido tradicional, inclusive porque o homem a ele pertence, não é no sentido usual, costumeiro, mas no sentido de que mesmo no retorno às bases tradicionais a investigação seja suficiente para transpô-las e abrir as possibilidades que daí se originam.

O regresso a partir do exame das primitivas comunidades indica a verdadeira polêmica sobre o sentido originário do direito. Nelas ocorria o conhecido fenômeno do “sincretismo normativo”; as normas que regulavam a vida social eram agregadas num conjunto indiviso, de maneira que não era possível discriminar quais teriam natureza moral, jurídica, religiosa ou social. Este sincretismo também era

acompanhado do fenômeno do “animismo”; a interpretação primitiva considerava a natureza habitada por espíritos e sua falta de consciência do “eu” tomava os animais, plantas e objetos inanimados por essencialmente similares aos homens. Não havia, portanto, uma diferença essencial entre o homem, animal, plantas e demais objetos inanimados da natureza.

As primeiras manifestações jurídicas surgem nas comunidades primitivas e ordinariamente costuma-se considerá-las como revestidas de caráter religioso, levando em conta principalmente que as instituições religiosas eram as dotadas de maior autoridade nos grupos sociais nos quais as funções de trabalho individuais e o sentido de vida coletivo ainda não haviam ensejado algo como o Estado. A constatação dessa ocorrência se nota em obras clássicas como em *A cidade antiga* de Fustel de Coulanges. Nela há a descrição de como entre os gregos, os romanos e até mesmo entre os hindus a lei surgiu a princípio como uma parte da religião; e de como os códigos eram um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, orações, ao mesmo tempo em que eram disposições legislativas. Isso antevia a explicação de que os mesmos homens que eram pontífices eram jurisconsultos, o que resultava na confusão de direito e religião como um todo¹.

De qualquer maneira, objetivamente a pretensão do regresso que se propõe é recuar no estudo da conexão entre os fenômenos jurídicos e religiosos a um momento anterior ao da formação da civilização moderna, a um momento em que se projeta o início do processo civilizatório, no qual inclusive os indivíduos prescindiam da crença abstrata de um ente superior, transcendente, mas nutriam um sentimento do divino e sobrenatural diferente, reconhecidamente um sentimento mágico e não

¹ COULANGES, Fustel. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999. p. 154-165.

autenticamente religioso.

A apuração desse estudo proporciona ao direito uma compreensão distinta que possibilita hipóteses hermenêuticas que se lançam além de um pensamento metafísico e que reconhecem sua fundação e sua corporificação no decorrer histórico.

Para tal empresa a proposta visa a uma junção radical entre dois pensadores que aparentemente se distanciam filosoficamente, mas que, no entanto, mostram-se ao menos nessa seara semelhantes e complementares.

Hans Kelsen na sua conhecida obra *Vergeltung und Kausalität*, sustenta a idéia de que a crença na causalidade surgiu na evolução do pensamento humano. Tal crença era inteiramente estranha ao pensamento dos povos primitivos que interpretavam a natureza antes por categorias sociais do que pela lei da causalidade. O homem primitivo, o chamado homem natural, que na verdade é um homem social sob todos os pontos de vista, acreditava que a ordem jurídica de sua comunidade também governava a natureza. Nesse sentido Kelsen considera que a regra fundamental da ordem social primitiva é o princípio da retribuição, que domina por completo a consciência inteiramente social do homem primitivo.

A suposição kelseniana é de que a partir da origem jurídica dos povos primitivos pode-se supor que o pensamento científico, especialmente o pensamento causal, que estaria na própria base de nossa concepção científica, é na verdade de cunho religioso, assentando-se na norma de retribuição (*Vergeltung*), do castigo e da recompensa merecidos, que eram emanados de uma vontade transcendental sobre-humana. Assim, originariamente na concepção anímica dos primitivos a natureza é explicada de forma antropomórfica, pelo princípio jurídico basilar da

imputação (*Zurechnung*) e não segundo o princípio da causalidade.

Para sustentar sua investigação, Kelsen empreende uma impressionante pesquisa de material etnológico que lhe proporciona um afastamento do pensamento kantiano e o desenvolvimento de uma concepção sobre a gênese do direito completamente original baseada na idéia de que o estabelecimento organizacional das sociedades primitivas se dava pelas trocas entre os homens e as autoridades sobre-humanas, que, por assim ser, eram representadas na forma de um fenômeno jurídico que identificava um vínculo jurídico originário expresso na mesma noção de *obligatio* de direito privado.

De encontro exato com esse estudo está a proposta de Friedrich W. Nietzsche apresentada enfaticamente na Segunda Dissertação de *Para a genealogia da moral* sobre a (pré)história da humanidade, que tem início com a criação da memória e ocorre num contexto completamente determinado por conceitos e categorias jurídicas.

Para Nietzsche, nesse processo de humanização havia a predominância da ancestral de direito pessoal *obligatio* que vigia nos atos de troca, de escambo, de débito e de crédito, atos que eram por ele considerados como determinantes do patamar mais antigo da civilização até então conhecido, o que efetivamente ressalta a potência de seu pensamento sobre a gênese do processo de formação do direito.

Empreendendo seu método genealógico, caracterizado como um método histórico-crítico de investigação de instituições, saberes e práticas sociais, históricas e culturais que busca revelar as valorações que lhes servem de fundamento², Nietzsche promove uma reviravolta no solo antropológico e psicológico que fomenta

² GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006. p. 89.

a criação e construção do direito.

A junção dos autores, portanto, é radical e além de possuir a intenção de demonstrar o quão complementares são seus posicionamentos em vários pontos e inclusive como se identificam em vários outros, mesmo havendo propostas filosóficas divergentes entre ambos, pretende inserir Nietzsche como um importante filósofo que se aproxima consideravelmente de algumas teorias jus-filosóficas contemporâneas, permanecendo como um interlocutor necessário sobre as teorias da justiça e inegavelmente como uma referência indispensável para qualquer reflexão sobre o estudo da gênese do direito. Ao mesmo tempo o trabalho pretende também desvelar e afastar o estigma positivista criado sobre o pensamento de Kelsen, demonstrando a sua genialidade e o quão impropriamente são emprestados alguns de seus conceitos de maneira desentendida e equivocada.

Ao se tratar de um resgate sobre a gênese do direito, a proposta metodológica do trabalho se assenta na perspectiva genealógica empregada por Nietzsche confluindo-se com o contributo das importantes revelações encontradas na obra de Kelsen.

A interpretação genealógica empregada, portanto, não segue os parâmetros tradicionais da genealogia. Pelo contrário, procura-se pelo seu rechaço com o aprofundamento da questão notando os importantes termos e sentidos que remetem a essa investigação, como procedência (*Herkunft*), emergência (*Entsthung*) e origem (*Ursprung*), buscando justamente o oposto do que um mero retorno às origens, que vai deslocar o fim para o começo, reduzindo a história a uma escatologia desprovida de conteúdo.

Nesse sentido em que se propõe a abordagem não pretende a identificação

de um gênese primordial, divina, donde tudo emana, mas a abertura para as várias gêneses que se alternam pela história e que vêm carregadas de tradição. É um retorno à origem para um resgate do que se perdeu no próprio tempo historicamente, um resgate de sentidos que se esvaíram ou se falsearam com o tempo e que muito podem contribuir atualmente.

Inquirir sobre a aproximação entre os pensamentos de Kelsen e Nietzsche pode suscitar várias divergências. Cuidadosamente, porém, o caminho que se percorre busca lidar com as aparentes e obscuras semelhanças e a partir delas demonstrar que há uma complementação entre o pensamento de ambos que, inclusive, guarda devidas restrições.

O deslinde dessa aproximação procura confrontar o pensamento de cada autor para aproveitar, denunciar e construir algo, com e sobre ele, algo instintivamente próximo ao que Heidegger se propõe em suas preleções sobre Nietzsche. Suas frases iniciais são: “‘Nietzsche’ – o nome do pensador encontra-se como o título para a coisa de seu pensamento. A coisa, o caso litigioso, é em si mesma confrontação (*Auseinandersetzung*). Deixar o nosso pensamento se inserir na coisa mesma, prepará-lo para ela”³.

O confronto que se forja não quer descobrir uma descrição analítica de cada autor para, depois, dar-se o confronto, ou melhor, a comparação das impressões da cada um. A intenção é deixar o pensamento se inserir na proposta dos autores para então propor as conjecturas do tema objeto do trabalho.

O impulso que acompanha esse modo típico que estrutura o trabalho se

³ HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 3. Sobre a palavra *Auseinandersetzung* seguimos a orientação de Marco Antônio Casanova tendo em vista sua cuidadosa tradução, de que a idéia exposta pelo termo é a de um encontro entre dois indivíduos que, em meio ao encontro mesmo e ao interesse comum pelo que está aí em jogo, descubrem as suas determinações próprias.

apresenta também numa motivação existencial sob a perspectiva da circunstância histórica atual do direito e de seus sujeitos. O que sugere esse retorno investigativo ao direito é a convicção da necessidade de renovação das formas jurídicas que possibilitem ao homem ingressar em outro estágio de organização social menos predatório do que o atual.

Essa polêmica instaurada sobre o pensamento do direito vem determinada pela experiência da necessidade de um resgate sobre o próprio sentido da (con)vivência humana.

Ela se afigura como uma das questões mais importantes, mais suscitantes para os homens e todas as suas criações, em especial o direito, e pode ser ilustrada por uma frase enigmática do contemporâneo filósofo italiano Giorgio Agamben, “qualquer improfanável baseia-se no aprisionamento e na distração de uma intenção autenticamente profanatória. Por isso é importante toda vez arrancar dos dispositivos – de todo dispositivo – a possibilidade de uso que os mesmos capturaram. A profanação do improfanável é a tarefa política da geração que vem”⁴.

A sua necessidade está inserida numa perspectiva que fornece uma percepção avassaladora, o ser humano criador de mundo, nele lançado, que o projeta se projetando, faz do seu projetar destruição, o aniquilamento do próprio mundo⁵.

Esta dualidade criação-destruição é distinta da formação do conhecimento, do próprio sentido de constância, de permanência da criação que necessita da

⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 79.

⁵ A reflexão ambientada no pensamento nietzscheano sobre a situação humana e sua atual conjuntura que também influencia essa proposta introdutória é bem exposta no ensaio *A última aventura humana sobre a terra* de Willis Santiago Guerra Filho. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A última aventura humana sobre a terra. Assim falou Nietzsche IV*. Charles Feitosa (org.). Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 155-161.

destruição, uma destruição física do próprio mundo, no qual, anteriormente, já se convalesceu para a maioria dos homens a não reflexão da complexa ambivalência vivencial (experencial/existencial) na qual estão inseridos⁶.

Nesse sentido a reflexão sobre a organização social dos povos primitivos projeta a indagação do porque e como ocorreu a passagem das sociedades primitivas para a atual e o quanto ela está colocando em risco o próprio homem, um risco além da alienação, o risco da extinção⁷.

Enfim, a atenção a esses elementos característicos avanta a hipótese hermenêutica propelida que tem por escopo resgatar o direito de um antigo manejo e reflexão metafísica, descerrando alguns obstáculos que turvam seu sentido e (re)inseri-lo na discussão sobre as próprias condições que possui de potencialmente efetivar o exercício da função social.

⁶ A influência dessa necessária reflexão filosófica é bem apresentada por Giorgio Agamben em obra exigente e de delicada complexidade. Nela o autor se refere sobre a experiência da relação essencial entre morte e linguagem e o surgimento do pensamento filosófico a partir do reconhecimento da morte. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *A linguagem e a morte: um seminário sobre o lugar da negatividade*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 13-18.

⁷ De maneira complementar, com uma tratativa mais sociológica na esteira e sob a influência de Walter Benjamin, está nossa reflexão sobre a atual sociedade que se apresenta num modo de (re)produção capitalista de maneira religiosamente exercida. Cf. CARNIO, Henrique Garbellini. Para um (re)torno genealógico ao direito: sobre a passagem das sociedades arcaicas para uma sociedade religiosamente capitalista. *Revista da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, vol. 1, ano 1, 2008. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/27/9>.

CAPÍTULO 1. RETRIBUIÇÃO, CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO A PARTIR DA INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICA DE HANS KELSEN: UM RESGATE ORIGINÁRIO SOBRE O SENTIDO DO DIREITO

1 O PENSAMENTO PRIMITIVO: A INTERPRETAÇÃO PRIMITIVA DA NATUREZA INTRÍNSECA A SOCIEDADE

1.1 Entre retribuição e causalidade

Na tentativa de uma investigação sociológica e sistemática sobre a idéia da justiça, não com o fim de contestar a pergunta sobre se a justiça se realiza no direito positivo e como; mas, sim, com o fim de demonstrar como ela se apresenta na religião, na poesia e na filosofia, e por que se manteve em todos os tempos com a mesma e mais sobressalente impressão, Hans Kelsen apresenta uma das teses mais profícuas sobre o sentido originário do direito.

Na obra, originalmente publicada em alemão, com o título *Vergeltung und Kausalität* (Retribuição e Causalidade)⁸, primeiramente editada em 1939, Kelsen a partir da advertência sobre a especificidade desta obra para com as demais produzidas no que concerne à temática da pureza metodológica⁹ sobre a qual ele se

⁸ A tradução literal do título da obra para o português é Retribuição e Causalidade, entretanto, nas duas traduções existentes, a americana e a argentina - feita com base na americana -, o título recebe uma modificação. Respectivamente ele é traduzido para *Society and Nature: a sociological inquiry* e *Sociedad y Naturaleza: una investigación sociológica*, levando em consideração o dualismo Sociedade e Natureza que se reporta Kelsen como a temática principal que enseja sua reflexão sobre o princípio da retribuição e sobre o princípio da causalidade.

⁹ O próprio autor adverte no prefácio a possibilidade de que a obra cause estranhamento a quem conhece sua produção anterior e assinala porque a partir da seguinte passagem: "Pudiera parecer que el objeto de esta investigación está lejos, demasiado lejos, de aquello a que he consagrado la

debruçou durante toda a vida, apresenta um enfoque crítico-ideológico¹⁰ sobre o problema da justiça.

Entre os vários significados que a justiça, como um princípio fundamental da vida social, foi concebida em distintas épocas e entre distintos povos, aquele segundo o qual a sua essência é a retribuição foi o mais predominante e aceito.

O objetivo dessa análise, portanto, é acompanhar a proposta kelseniana na tarefa investigativa, baseada em material etnológico¹¹, de como o homem primitivo interpreta a natureza que o rodeia e como, a partir dos fundamentos dessa interpretação, especialmente do princípio da retribuição, desenvolveu-se a idéia de causalidade - e com ela o conceito moderno de natureza - desenvolvimento esse que significa a separação pela mente humana da natureza e da sociedade.

Se a concepção de Kelsen sobre o princípio da causalidade estiver apontada de maneira correta, o que era o objetivo de sua obra, a chamada “crise da

obra de tantos años de mi vida: el análisis de la estructura formal del derecho positivo en cuanto sistema de normas. Obediente ao princípio austero de la pureza del método, me vi obligado a separar en esa obra el derecho de la justicia en cuanto un sistema de normas diferentes, a saber, morales, y el análisis estructural del derecho de una investigación sociológica de las ideas que determinan efectivamente o, desde un punto de vista moral, debieran determinar, la formación de las normas que llamamos derecho.” KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociologica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. VIII.

¹⁰ A abordagem crítico-ideológica proposta por Kelsen apresenta um estudo sociológico em apartado sobre o tema da justiça que mesmo na época já legitimava o seu superado argumento da pureza metodológica. Tanto por ele mesmo, como se observa nas obras *Die Grundlagen der Naturrechtslehre* e *Teoria Geral das Normas*, como pelos seus críticos, como a crítica pós-positivista ou neo-institucionalista, por exemplo, de Ota Weinberger. Essa postura crítico-ideológica de Kelsen, retomada em algumas obras, se apresenta anunciando a origem de uma futura ruptura formalista do direito no período do pós-guerra. Tal paradoxo do período projeta um estudo filosófico sobre o direito tematizado e profundamente além da realidade da época, antecipando os atuais estudos considerados pós-modernos e até mesmo pós-positivistas e pós-filosóficos sobre o direito. Cf.: NEVES, Antonio Castanheira. *A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia* (tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação). Coimbra: Almedina, 2003. p. 23-26. KELSEN, Hans. *Aufsätze zur Ideologiekritik: mit einer Einleitung herausgegeben von Ernst Topitsch*. Neuwird am Rhein: Luchterhand, 1964. p. 56-73. KELSEN, Hans. *Die Grundlagen der Naturrechtslehre*. Viena: Österreichische Zeit-Schrift für öffentliches Recht, 1963. p. 119 e ss. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 29-33. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 91-112.

¹¹ Para uma verificação mais precisa do termo e o seu modo de operar, muito importante são os apontamentos de Georges Gurvitch. Cf. GURVITCH, Georges. *Tratado de sociologia* (tomo primeiro). Tradução de María C. Eguibar e Alicia M. Vacca. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1962. p. 111-127.

causalidade”, cuja identificação demonstra uma inversão da interpretação do princípio da causalidade a partir do estudo de sua origem, pode ser entendida como último passo de um processo intelectual cujo sentido é a emancipação gradual que parte do princípio de retribuição como possibilitador e projetor da lei de causalidade e alcança a emancipação de uma interpretação social da natureza¹². É dizer: compreender o desenvolvimento do princípio da causalidade partindo do princípio da retribuição possibilita a emancipação de uma interpretação social da natureza e identifica, já, um vínculo jurídico na gênese da formação social, caracterizado por um sentido normativo de organização social estabelecido pelo princípio da retribuição.

1.2 A psiquê primitiva

Para Kelsen, o pensamento primitivo era dominado por uma tendência emocional normativa, a sua psiquê se caracterizava pela predominância do componente emocional sobre o racional, e essa sensibilidade emocional nascia do sentimento e da volição dos homens primitivos.

As suas reações em relação à natureza expressavam valorações que estabeleciam uma ordem normativa da conduta humana. A atitude emocional era a estrutura que dirigia a sociedade, que era regida por normas que surgiam a partir dessa experiência.

Nos primeiros períodos da psiquê primitiva as coisas existiam para o “eu”

¹² Kelsen nesse sentido se afasta do pensamento kantiano afirmando que a causalidade não é como Kant a chamava de um “conceito inato”. Ela não é uma forma de pensamento do qual a psiquê humana é dotada por necessidade natural. KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução Jaime Perriau, Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 1-3.

quando se tornavam efetivas emotivamente, ou seja, quando se tornavam emoções de esperança ou temor, desejo ou terror. A mentalidade primitiva, assim, caracterizava-se por sua falta de curiosidade¹³.

Na verdade o homem primitivo não tinha, obviamente, o fim de entender e explicar os fenômenos naturais, ele reagia a eles como resposta do que sentia.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o componente emocional mais antigo, ou ao menos o mais vigoroso, era o desejo. A conduta humana era determinada pelo desejo e é a partir desse elemento característico que se pode entender e aprofundar o papel relevante que ocupava a magia na vida do homem primitivo, pois quanto menos domínio técnico o homem tinha sobre a natureza, tanto mais se dirigia com seus desejos expressos em linguagem de signos e na crença em seres sobre-humanos.

Isso demonstra que nesse período ainda não se pensava causalmente como consideram alguns historiadores. Na verdade pode se falar em pensamento causal somente se a regularidade percebida em alguma sucessão de fatos é considerada como necessária, algo que estava extremamente distante do pensamento do homem primitivo.

O pensamento causal, apresentado normalmente sob a forma do conhecido princípio da causalidade, base fundamental do pensamento científico, desenvolve-se de maneira lenta e complexa na mente humana e se diferencia do mero pensamento causal observativo.

Uma idéia de causalidade, uma necessidade de explicação causal, só surgia na mente do homem primitivo se acontecessem coisas extraordinárias pelas quais

¹³ Ibidem. p. 9.

as sucessões das coisas eram interrompidas e, sobretudo, se elas despertavam fortes emoções.

No fundo, o que predominava na mentalidade primitiva era outro princípio, um princípio originário: o princípio da retribuição. Para o homem primitivo a morte era um castigo sobre-humano ou um delito cometido por meio de magia que motivava como consequência um ato de vingança e não algo como um possível acontecimento natural. O que interessava, com efeito, era apenas considerar alguém responsável¹⁴ pela morte e não investigar a sua causa.

Essa explicação contrária a lei de causalidade parte de uma explicação no sentido de uma justificação normativa que legitima uma conduta pessoal.

Juntamente com o predomínio da tendência emotiva sobre a racional aparece na psiquê do homem primitivo uma falta notável de consciência do “eu”, de sua individualidade. Ele não conseguia distinguir o seu “eu” do “tu” e do “ele” e, porque não se sentia como um sujeito em relação a algum outro objeto, não se sentia em relação suficiente com as coisas para discernir sobre si próprio. Seu mundo era rodeado de espíritos e medo, temor dos mortos, da vingança e da crença na função retributiva das almas dos mortos. Esse fenômeno é conhecido como “animismo”, pela crença na natureza como habitada por espíritos e se expressava na projeção dos fenômenos da vida psíquica sobre o mundo exterior.

¹⁴ Kelsen leva a compreensão da falta de pensamento causal nos homens primitivos ao ponto máximo de clareza quando apresenta a opinião contrária que considera certo pensamento causal na mentalidade primitiva: “SCHULTZE, que concede el pensamiento primitivo causal a los selvajes, presenta el ejemplo siguiente como prueba de su hipótesis: “Un cafre que arrancó un trozo del ancla de un barco encallado murió poco después. Desde entonces los cafres han adscrito carácter divino al ancla y, al ella, la honran con saludos a fin de evitar su ira”. Cree SCHULTZE que “se pone subjetivamente en conexión causal a dos hechos que no poseen, objetivamente, tal conexión, a saber el sacar un trozo del ancla y la muerte del negro”. Pero no hay conexión causal en este caso, por la sencilla razón de que la conexión supuesta en la interpretación de SCHULTZE se limita a dos hechos perfectamente concretos. Los cafres, al interpretar el incidente, no suponen que el daño a um ancla cause em general la muerte de quien lo realiza. Si ven en esse acontecimiento aplicación alguna de uma ley general, ella es de la retribución y no de la causalidade”. Ibidem. p. 13.

De se notar, portanto, a evidência de que toda a estrutura social era baseada no misticismo envolvendo o respeito, a crença e o medo, na idéia mágica que permeia o princípio da retribuição. Nesse sentido é válida a seguinte abordagem de Lévy-Bruhl¹⁵:

De l'analyse des faits qui precede, et qui pourrait facilement être confirmée par beaucoup d'autres, Il ressort, une fois de plus, que la mentalité primitive est essentiellement mystique: Ce caractère fondamental impregne toute se façon de penser, de sentir et d'agir. De là naît une extrême difficulté de la comprendre et de la suivre dans ses démarches. A partir des impressions sensibles, qui sont semblables pour les primitifs et pour nous, elle fait un coude brusque, et elle s'engage dans des chemins que nous ne prenons pas. Nous sommes vite déroutés. Si nous cherchons à deviner pourquoi des primitifs font ou ne font pas telle chose, à quelles préoccupations ils obéissent en un cas donné, les raisons qui les astreignent au respect d'une coutume, nous avons les plus grandes chances de nous tromper. Nous trouverons une "explication" qui sera plus ou moins vraisemblable, mais fautive neuf fois sur dix¹⁶.

O homem primitivo fazia todos os esforços para assegurar-se dessas forças invisíveis e o meio mais direito para isso era a própria identificação com esses poderes.

Kelsen, nesse ponto, refere-se à diferenciação entre personificação e personalização sobre a interpretação primitiva da natureza. Não seria inteiramente correto falar de personificação porque a própria personificação pressupõe que o objeto seja primeiro percebido como tal, como uma coisa e não como uma pessoa, para só depois ser personificada.

¹⁵ Kelsen também faz referência a Lévy-Bruhl, entretanto, com abordagem diferente que reforça a passagem citada: "El primitivo que realiza una cacería afortunada, o cosecha abundantemente, o triunfa en la guerra sobre su enemigo, no imputa esse resultado favorable (como lo haría el europeo en un caso similar) a la excelência de sus utensílios o armas, o a su ingenio y esfuerzos, sino a la dispensable asistencia de poderes invisibles". Ibidem. p. 21.

¹⁶ LÉVY-BRUHL, Lucien. *La mentalité primitive*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1933. p. 503.

O homem primitivo apreende a realidade abaixo da categoria pessoal¹⁷. Assim, o correto seria falar sobre um pensamento personalista e não de personificação, pois a idéia de personificação lança uma proposta antropomórfica e conscientizada do “eu” muito longe da realidade do pouco desenvolvimento da mentalidade primitiva.

Essa advertência explica a razão pela qual se considerava todas as coisas que despertassem atenção como homogêneas, de modo diverso do homem civilizado, que as distingue segundo pontos de vista variados. Isso quer dizer que o homem primitivo considera os animais, plantas e objetos inanimados enquanto são importantes de alguma forma para ele, como essencialmente similares aos homens com quem convive. Não havia, por conseguinte, uma diferença essencial entre o homem, animal, plantas e demais objetos inanimados da natureza.

Ao considerar os animais, plantas e objetos inanimados como homogêneos com os membros da tribo, do grupo, acabava-se comportando perante eles da mesma maneira que o fazia com seus pares, em alguns casos até mesmo colocando-se inferior a eles. Essa situação era mantida pelo tratamento a todos e tudo que lhe chamava atenção sempre com respeito e medo, conforme a prescrição das regras que conduziam sua conduta social.

O homem primitivo assumia de tal maneira sua atitude de submissão aos animais, vegetais e até aos utensílios que havia produzido com grande destreza e cuidado que chegava a oferecer-lhes rezas e oferendas.

Além do fato de a falta de consciência do “eu” ser a base para uma interpretação animista, homogênea e mágica, ela também explica a razão da

¹⁷ KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução Jaime Perriau, Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 41.

maneira em que se dava a comunicação¹⁸ nas sociedades primitivas, algo que é muito próximo ao que acontece com as crianças de tenra idade que ao falar de si mesmas não usam a primeira pessoa. A linguagem primitiva era caracterizada por essa carência de desenvolvimento, o que promovia uma identificação completa do indivíduo com o grupo.

O homem primitivo não é movido por uma atitude coletivista somente por ausência de consciência do “eu”, mas também por uma peculiaridade que Kelsen denomina como “tendência substancializadora”¹⁹. Ele acreditava que as qualidades corporais, mentais e especialmente as morais e ainda atos moralmente qualificados eram substâncias.

A interpretação da sociedade como substância de valores resultantes da ordem social originou a falsa idéia de que o povo primitivo fosse moralmente indiferente. Para Kelsen tal interpretação é errônea²⁰ porque contradiz o fato individual de que o homem primitivo, muito mais que o civilizado, estava socialmente obrigado e de que suas obrigações sociais são muito mais eficientes que as do homem moderno. A moral dos primitivos se distingue da moral moderna em sentido quantitativo e não em sentido qualitativo. Um dos exemplos que comprova essa afirmação é a confissão dos pecados, que estava presente nas sociedades primitivas e permanece presente atualmente.

O homem primitivo não distinguia entre o corpo e suas condições, suas qualidades, as forças que o moviam, etc., pois ele imaginava todas essas coisas como substâncias e isso explicava o fato da crença de que algumas qualidades

¹⁸ Nesse sentido é relevante o estudo de Wundt sobre o dualismo originário da linguagem e seu desenvolvimento. Cf. WUNDT, Wilhelm. *The language of gestures*. The Hague: Mouton, 1973. p. 56-57.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perrioux. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 25.

²⁰ *Ibidem*. p. 28.

corporais eram transmitidas mediante o toque e de que a enfermidade, por exemplo, era considerada como um mau coletivo. Não só o indivíduo enfermo, contagiado, estava doente, mas também todos aqueles que conviviam com ele, de modo que todos deviam ser medicados mesmo não se apresentando doentes.

A idéia de que as qualidades morais e jurídicas são substâncias levava a crença de que o mal, como a doença, eram contagiosos. Este é o ponto fundamental para se compreender o pensamento coletivista do homem primitivo. Assim, a ofensa cometida por um indivíduo tem caráter coletivo, pois se estende aos demais que dele estejam perto e com ele se relacionem, sendo essa a grande razão da responsabilidade coletiva ser tão significativa na ordem jurídica primitiva.

Nesse sentido, por estar a base de sua interpretação homogênea fundada no princípio de retribuição, era evidente que a retribuição se exercia não apenas individualmente, mas sobre todo o grupo, pois o próprio grupo se tornava substância²¹.

Essa constatação de Kelsen permite que conclusivamente se entenda que na consciência primitiva não há nenhuma possibilidade de distinção entre indivíduo e comunidade, e assim a idéia de um indivíduo sem comunidade não poderia existir.

Para Durkheim²², primitivamente a divisão do trabalho não diferenciava os indivíduos segundo sua função social; não havia uma idéia de personalidade individual. O fato de que o homem não se considerava um indivíduo separado, e,

²¹ Nessa passagem Kelsen demonstra o quanto as idéias modernas de comunidade de sangue, irmandade de sangue e o mito todo que envolve essas comunidades se baseiam nessa “tendência substancializadora” que não foi inteiramente superada no pensamento científico do homem civilizado e que desempenha uma papel funesto na teoria social atual, principalmente na teoria do Estado. *Ibidem.* p. 25-29.

²² DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 14-37. Vale lembrar que para Durkheim a sociedade e as suas relações formam a personalidade e a forma de agir dos indivíduos, ou seja, o indivíduo é formado de uma forma externa, diferentemente de Marx, para quem a consciência individual é formada dialeticamente.

sim, apenas um membro de um grupo, demonstra o caráter autocrático dos povos primitivos pela figura do chefe. O chefe representava todo o grupo e a solidariedade deste se comprovava pela incondicional submissão do indivíduo ao chefe. A tribo chega desse modo a ter consciência de si mesma na pessoa do chefe.

Essa completa submissão do indivíduo ao grupo demonstra um tradicionalismo particular da mentalidade primitiva no caráter consuetudinário da formação do direito. Isso devido à observação exagerada dos usos e costumes herdados dos antepassados e ao fato de que as violações da ordem social são menos freqüentes do que na sociedade civilizada.

Isso pode se explicar, surpreendentemente, pela ausência de qualquer sanção organizada contra certos delitos, como por exemplo, o homicídio. Se este era cometido por pessoa de outro grupo, aplicava-se a retribuição; já, se dentro do mesmo grupo, a sanção era transcendental e infligida por autoridades sobre-humanas, pelas almas dos antepassados e o temor desta sanção era tão grande que poderia chegar a causar morte da pessoa que se sentisse culpada²³.

Essa atitude coletivista se manifestava num rígido esquema de conservacionismo. Os vivos eram governados pelo passado e pelos mortos. Estes eram considerados sagrados, e essa crença era tão forte que criou também sob a base do princípio da retribuição a tradição de que somente deveria ser feito aquilo que os antepassados faziam.

Isso denota o sentido de justiça originário, altamente desenvolvido nas sociedades primitivas que não era outra coisa senão o fato de que a ordem que governava a comunidade era muita mais arraigada nela do que o direito e a moral no

²³ KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução Jaime Perriau, Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 36.

homem civilizado, que considera a si mesmo como um indivíduo mais ou menos independente do grupo dependendo das circunstâncias.

O tradicionalismo que nasce desse sentido coletivo do homem primitivo conduz a um conceito de verdade totalmente alheio ao pensamento moderno. Ele não pensava, nem de maneira remota, a relação de conexão necessária entre a violação da norma e a desgraça como algo verdadeiro, real, pois considerava a norma obrigatória embasada na concepção sobre a autoridade de seus antepassados e não sobre sua razão.

No pensamento primitivo, completamente governado por emoções, os valores lógicos e os valores de moral social, a razão da cognição verdadeira e a razão da violação da justiça coincidiam. Nele a verdade e a força obrigatória de sua ordem social eram a mesma²⁴, identificavam-se.

2 MAGIA, DIFERENCIAÇÃO DO PENSAMENTO CAUSAL E RETRIBUIÇÃO

2.1 A falta de consciência do “eu” e a magia primitiva

Anteriormente, de maneira enfática, evidenciou-se que a falta de consciência do “eu” originou dentre outros elementos a interpretação mágica primitiva da natureza.

O termo magia possui certa vastidão semântica e, para restar clara a conceituação e a importância dela nas sociedades primitivas e como ela influenciou

²⁴ Ibidem. p. 40.

de maneira direta e indireta todo o seu desenvolvimento, principalmente no seu exercício pelo princípio da retribuição, sua tratativa será evidenciada e seu sentido primitivo resgatado.

Frazer estabelece que a magia é um sistema espúrio de lei natural, um guia enganoso do comportamento, sendo tanto uma falsa ciência como uma arte abortiva.

Considerando-a como um sistema de regras que determina a seqüência dos acontecimentos em todo o mundo pode ser chamada de magia teórica, já considerada como uma coleção de preceitos observados por seres humanos com o fim de conseguir seus objetivos pode ser chamada da magia prática²⁵.

O mago primitivo, aquele encarado como uma autoridade pela crença mágica primitiva, exerce tão somente a magia prática porque ele nunca analisa os processos mentais em que sua prática se baseia, nunca reflete sobre os princípios abstratos que cercam seus atos, “ele pensa exatamente do mesmo modo que digere seu alimento, na total ignorância dos processos intelectuais e fisiológicos essenciais a uma e a outra operação. Em suma, para ele a magia é sempre uma arte, jamais uma ciência; a simples idéia de ciência está ausente de sua mente primitiva”²⁶. Esta magia prática pode ainda ser uma magia positiva, a feitiçaria ou uma magia negativa, o tabu.

A idéia de uma magia simpática se baseia em dois princípios lógicos. O primeiro, de que o semelhante produz o semelhante, ou que o efeito se assemelha a sua causa. Este primeiro princípio numa análise extensiva parece ser baseado no

²⁵ FRAZER, James George. *O ramo de ouro*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1982. p. 34.

²⁶ *Ibidem*. p. 34.

sentido muito forte nas sociedades primitivas do princípio da retribuição. E o segundo, de que as coisas que estiverem em contato continuam a agir umas sobre as outras, mesmo à distância, mesmo depois de rompido o contato físico²⁷, idéia esta que também se relaciona com o princípio da retribuição²⁸.

Ao primeiro princípio, Frazer atribui a lei da similaridade, ou seja, o mago deduz a possibilidade de produzir qualquer efeito desejado simplesmente imitando-o; ao segundo, a lei do contato ou contágio, ou seja, todos os atos praticados sobre um objeto material afetarão igualmente a pessoa com a qual o objeto estava em contato, quer ele faça parte de seu corpo ou não. Considera, assim, conseqüentemente que os sortilégios baseados na lei de similaridade podem ser chamados de magia homeopática ou imitativa, e os que tem base na lei do contágio podem ser chamados magia do contágio.

Além desses tipos mágicos existe ainda um último extremamente relevante: a magia pública, ou seja, a feitiçaria praticada em favor de toda comunidade.

Mas, na sociedade selvagem, encontra-se habitualmente, além disso, o que poderíamos chamar de magia pública, ou seja, a feitiçaria praticada em favor de toda comunidade. Sempre que se realizam cerimônias desse tipo em prol do bem comum, é evidente que o mago deixa de ser apenas um praticante privado, tornando-se em certa medida um funcionário público. O desenvolvimento dessa classe de funcionários é de grande importância para a evolução, tanto política quanto religiosa, da sociedade. Quando se passa a achar que o bem-estar da tribo depende da realização desses ritos mágicos, o mago se eleva a uma posição muito influente e de grande reputação, podendo alcançar a dignidade e a autoridade de chefe ou rei. Assim, na medida em que foi afetando a constituição da sociedade selvagem, a profissão pública da magia tendeu a colocar o controle da situação nas mãos do homem mais capaz²⁹.

²⁷ Ibidem. p. 34.

²⁸ Ibidem. p. 34.

²⁹ Ibidem. p. 34.

A análise de Frazer, aparentemente, vai ao encontro com os elementos que Kelsen identifica na interpretação primitiva da natureza. As características do animismo, do coletivismo e da homogeneização são evidentes ao se considerar o mago como uma autoridade que mantém o bem estar de toda a tribo. Para estruturar corretamente a idéia, porém, é preciso aprofundar a análise.

Fundamentalmente cabe, então, dar atenção ao pensamento de Marcel Mauss³⁰, que no ensaio *Esboço de uma teoria geral da magia* propõe, a partir dos estudos até então existentes sobre a magia, uma noção mais clara e completa sobre o assunto, tendo em vista sua crítica de que as propostas anteriores se baseavam em pontos específicos e em alguns casos apresentavam equívocos.

A proposta de Mauss é relevante, pois para ele a magia é um fenômeno social e na sua origem pode se encontrar a forma primeira de representações coletivas que se tornaram depois os fundamentos dos entendimentos individuais.

Essa constatação, ao passo que valoriza a pesquisa de Frazer, torna insuficiente seu critério de que o rito mágico é simpático. E isso tanto porque há ritos mágicos que não são simpáticos, quanto porque há simpatias que não são mágicas.

³⁰ Considerar esses princípios lógicos da magia como relacionados ao princípio da retribuição encontra uma ressalva e uma complementação na análise de Marcel Mauss em seu ensaio intitulado *Esboço de uma teoria geral da magia*. Para Mauss, Frazer acaba aplicando o princípio da causalidade ao considerar que o homem primitivo, que anteriormente se acreditava como senhor das forças naturais ao sentir sobre si a resistência da natureza, acaba dotando-o de forças misteriosas. Assim, depois de ter sido Deus pover o mundo dos deuses e devota-se em adoração a eles, pelo sacrifício e pela prece, isto, para Mauss, trata-se de uma causalidade experimental e não uma causalidade mágica porque “a percepção da resistência do mundo em aceitar seu domínio mágico, pela conseqüente falibilidade de seus rituais, atestada pelo malogro de experiências sucessivas, termina por acarretar a submissão às forças misteriosas e sobrenaturais que não consegue controlar – “après avoir été dieu, il a peuplé le monde de dieux”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: uma introdução política ao direito*. Brasília: Brasília jurídica, 2000. p. 31. Nesse sentido, uma abordagem sobre o princípio da retribuição surge a tona nessa crítica de Mauss a Frazer, apesarele não a sugerir. Outro ponto é importante sobre estes dois autores se refere à relação entre magia e religião. Frazer sugere a hipótese de que haveria uma linha evolutiva partindo da magia passando pela religião, para chegar à ciência. Já, para Mauss, a questão apresenta uma diferença, não havendo uma evolução de uma para outra, mas uma relação, elas se imbrincam. Cf. MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Nayf, 2003. p. 51.

Para Mauss, a magia³¹ é por definição objeto de crença, e as manifestações mágicas podem assim ser consideradas se forem realmente enquanto tais para toda a sociedade e não apenas para parte dela.

A magia compreende agentes, atos e representações. Os ritos mágicos e as magias como um todo são sempre fatos de tradição. Atos que não se repetem não são mágicos. Atos nos quais um grupo não crê não são mágicos. A forma dos ritos, por isso, é eminentemente transmissível e sancionada pela opinião³².

As práticas tradicionais com as quais os atos mágicos podem ser confundidos são: os atos jurídicos, as técnicas, os ritos religiosos. O sistema da obrigação jurídica foi associado à magia em razão de que, de parte a parte, há palavras e gestos que obrigam e vinculam, há formas solenes. Mas, se com freqüência os atos jurídicos têm um caráter ritual, se o contrato, os juramentos, o ordálio são alguns aspectos sacramentais, é que eles se misturam a ritos, sem que sejam ritos por si mesmos. Na medida em que têm uma eficácia particular, em que fazem mais do que estabelecer relações contratuais entre indivíduos, eles não são jurídicos, mas mágicos ou religiosos³³.

O exercício da magia, a partir da proposta de Mauss, pode ser encarado também sob um ponto de vista político. Willis Santiago Guerra Filho demonstra que a submissão do homem primitivo a entes superiores sugere o resultado também da submissão àqueles que se diziam capazes de entender e tratar com eles, a saber, as castas sacerdotais que forneciam o sustentáculo ideológico para a concentração de poder inicialmente distribuído entre os membros do grupo social.

Nesse sentido surge um aspecto relacional entre a religião e a magia, pois enquanto a magia envolve operações que se revestem de um caráter coercitivo para

³¹ Relevante nesse sentido a abordagem de Durkheim sobre os processos rituais mágicos e suas manifestações nas sociedades primitivas. DURKHEIM, Émile. *The elementary forms of religious life*. Tradução de Carol Cosman. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 262-287.

³² MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003. p. 55-56.

³³ *Ibidem*. p. 56.

com os espíritos, que agem de acordo com o indicado pelo praticante dos atos mágicos, na religião é estabelecida uma espécie de aliança para impedir a arbitrariedade na ação divina. Surge disso um relacionamento entre homens e divindades revestido de um vínculo por assim dizer jurídico³⁴.

Toda essa manifestação sobre a magia na sociedade primitiva, centro da questão da falta consciência do “eu” do homem primitivo, faz retomar considerações importantes justamente sobre essa compreensão, agora em relação mais próxima à questão entre retribuição e causalidade.

O fato de se reconhecer a falta de reconhecimento do “eu” no homem primitivo não quer dizer que também não se reconheça nenhuma categoria de personalidade no seu pensamento. Ele desconhece as forças impessoais reconhecidas no pensamento do homem civilizado porque tal reconhecimento se dá a partir do pensamento causal desenvolvido.

O homem civilizado interpreta a natureza segundo a lei da causalidade como um mecanismo de forças objetivas, impessoais enquanto que o homem primitivo a interpreta segundo categorias sociais como uma manifestação de poderes subjetivos, pessoais.

Esse tipo de pensamento personalista do homem primitivo na verdade exclui o pensamento causal. Pensamento personalista e pensamento causal se excluem mutuamente. O homem primitivo se refere aos fatos que quer compreender sempre identificando categorias diferentes das que provocaram seu acontecimento. Ele não se refere a um objeto, mas a um sujeito; não a uma coisa, mas a uma pessoa. Ele não questiona o “como” nem o “quem” dos fatos, apenas supõe que a causa deve

³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: uma introdução política ao direito*. Brasília: Brasília jurídica, 2000. p. 31.

ser uma pessoa, ou seja, uma pessoa é culpável, responsável pelo acontecido. Essa atribuição dos fenômenos a pessoas fictícias ou não põe um ponto final a toda busca das causas³⁵.

Ao atribuir a culpa, responsabilidade a uma pessoa real ou imaginária, o homem primitivo imputa a esses seres todos os fatos positivos e negativos da natureza.

Essa conduta se baseia sob um ponto de vista normativo. As sanções são instituídas pelas autoridades sobre-humanas e garantem a ordem social, estabelecendo os deveres sociais dos indivíduos, isto é, os seres pessoais imaginados nos fatos da natureza é que representam a autoridade social.

Para Kelsen a habitual interpretação de que o homem primitivo é um homem no estado de natureza é totalmente desprovida de sentido e incoerente. O homem primitivo não é um homem natural; é um homem social. O dualismo de um reino natural e outro social é um dualismo moderno.

2.2 O princípio da retribuição como um condutor das relações sociais primitivas

Sob a regência da conduta do homem primitivo frente à natureza e frente aos membros do seu grupo e dos demais, o princípio da retribuição apresenta-se fundamentalmente como social, razão pela qual se pode entendê-lo como o princípio social da retribuição.

Sobre essa afirmação há uma tendência a se identificar o princípio da

³⁵ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 70.

retribuição como uma conseqüência emocional primária do homem e, então, relacioná-la com a vingança³⁶, tal qual se observa entre as crianças e alguns animais. A exposição desse pensamento parece omitir um ponto fundamental para sua compreensão: o de que vingança no sentido que se propõe só pode ser tratada de maneira correta quando a reação em tela é produzida com a intenção não só de desviar ou amenizar o mal como também de infligi-lo, seja ao autor do primeiro ato ou a alguém relacionado com ele, a quem se considera responsável coletivamente.

A vingança nesse sentido se estabelece como uma forma de justiça, segundo a qual o ofensor deve sofrer o mesmo mal que causou ao ofendido. Tal é o sentido explícito da Lei de Talião, que demonstra, mesmo nas sociedades primitivas, certa moralidade que estrutura e rege as relações entre os membros dos grupos e os que com ele de alguma forma se relacionam.

Kelsen inicia sua análise a partir da observação de Steinmetz³⁷ sobre a origem da pena na qual se distingue entre atos de vingança dirigidos e não dirigidos. Num sentido psicológico não importa a direção da vingança, mas, sim, que a sensação desagradável recebida seja neutralizada pela sensação de causar o mesmo para outrem.

O sentimento de satisfação é fundamental para o conceito de vingança. A vingança contra o autor de um dano é mais que uma defesa instintiva, possui também um efeito preventivo, único na relação entre indivíduos que convivem socialmente. A sua reação se dirige contra um elo da cadeia causal, contra um elo específico que atacado pela reação se torna uma causa menos provável de

³⁶ Nesse sentido, bastante clara é a abordagem de Harold Berman ao se referir ao direito nas tribos como abalizado por uma relação polar entre vingança e pacificação. BERMAN, Harold J. *Law and revolution: the formation of the western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 57.

³⁷ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 80.

repetição de ocorrência do dano.

Assim, a experiência da vingança só pode ser experimentada por um ser que vive em sociedade. Desse modo a vingança, isto é, a retribuição só é possível na sociedade e não na natureza.

Na verdade, não é possível estabelecer uma clara distinção entre a reação denominada vingança e a reação retribuição. O dano sofrido é considerado como uma violação de normas sociais, e por isso deve ser neutralizado. A conduta da vingança é socialmente determinada e expõe com clareza a projeção da justiça sob a forma do princípio da retribuição nas sociedades primitivas.

A significação da idéia de retribuição na vida primitiva aparece de várias formas. Há para o homem primitivo uma grande importância de socialização que tem, dentre várias funções, uma das mais importantes: a proteção da vida do grupo como um todo.

Kelsen, citando Marret, apresenta três condições normativas básicas das relações primitivas: a proibição do incesto, a proibição de derramamento de sangue entre membros da tribo e a vingança de sangue em relação com outros membros de fora da tribo. A vingança de sangue é uma das mais antigas normas sociais que estabelece que quem mata deve morrer e foi forjada sob exercício do princípio da retribuição³⁸.

Nesse deslinde, o escopo fundamental dessa investigação do princípio da retribuição revela seu sentido perceptível da análise proferida. A idéia nuclear é demonstrar que a conduta recíproca dos membros da sociedade, enquanto é regulada pelo sistema social, desde seu despertar apresenta uma característica

³⁸ Ibidem. p. 87.

determinante, um vínculo jurídico.

Esse vínculo jurídico realizado nas sociedades primitivas significa, ainda, que existia necessariamente uma coincidência entre direito e moral, obviamente que não no sentido de uma moral individualizada, que está muito além do desenvolvimento mental das sociedades primitivas, mas, sim, uma moral retributiva, pois o exercício da vingança social representa uma função social e deve ser entendido como uma reação moral e jurídica.

Essa é a coincidência que se reporta entre direito e moral no limite da possibilidade de uma interpretação moral permitida pelo estado de desenvolvimento mental dos homens primitivos.

A presença do princípio da retribuição aparece de maneira inicial sobre a forma, como Kelsen a denomina na raiz latina de *talio*³⁹, ou seja, a celebrada idéia da Lei de Talião correspondente ao olho por olho e dente por dente, que era o princípio de justiça das sociedades primitivas.

O sentido que se atribuía a esse ideal de justiça, de certa maneira considerado até hoje em dia pelo homem civilizado, era o de equivalência entre o mal sofrido e o que se infligia conforme a ocorrência do mal. Esta era a característica exercida pelo princípio da retribuição num primeiro plano, mas que também se estendeu de maneira complementar para um outro sentido.

Portanto, pode-se afirmar que a idéia de retribuição possui um caráter duplo, pois significa não só que uma desvantagem sofrida por outro deve ser retornada com a mesma desvantagem - primeiro plano da consciência primitiva exercida como reação a uma ofensa - mas também que uma vantagem recebida também deve ser

³⁹ Ibidem. p. 93.

retornada com a mesma vantagem. A retribuição, com efeito, não significa apenas castigo, mas também recompensa, isso inclusive a torna coerente diante da interpretação social da natureza pelo homem primitivo.

Dentre as duas funções do princípio da retribuição - castigo e recompensa - a segunda se tornou mais importante com seu desenvolvimento de maneira construtiva e gradual.

A raiz desse princípio marca a vida social e particularmente o caráter do direito penal. Ainda mais importante: originariamente esse desenvolvimento gradual do princípio da retribuição como recompensa expressa um primeiro vínculo jurídico nas sociedades primitivas ocasionado pelas relações de trocas que influenciavam, inclusive, toda sua estrutura econômica.

A verificação dessa ocorrência vai de acordo com a constatação de Malinovski ao se referir ao caráter de reciprocidade existente como cooperação nas sociedades primitivas⁴⁰.

Nesse sentido se lança a profunda investigação de Marcel Mauss, demonstrando como a idéia de retribuição dominava a consciência primitiva.

No célebre *Ensaio sobre o dom (Essai sur le don)* de 1924, Marcel Mauss concebeu a idéia de que a organização das sociedades arcaicas, primitivas, eram regidas por sistemas sociais-totais estruturados sobre uma regra social primordial, desenvolvida a partir da mentalidade primitiva do princípio da retribuição: a sua

⁴⁰ Kelsen expõe o entendimento de Malinovski apresentado na obra *Crime and custom in savage society* de 1932 sobre o caráter de reciprocidade entre as sociedades primitivas: “se refieri a la “naturaleza reciproca de toda la cooperación social”, y ve acertadamente en ella una de las garantías más eficaces para la observância de los deberes sociales. Consiste en el hecho de que el hombre primitivo considera a todo hecho esperado de otro individuo como dependiente de un contrahecho de él mismo; imagina, sobre todo, que toda omisión de un hecho impuesto a él por la sociedad está conexas com una desventaja social para él. En esse sentido general, el sistema social entero posee un carácter retributivo”. Ibidem. p. 97-98.

famosa tríplice obrigação de dar, receber e retribuir.

Dar, receber e retribuir eram a base organizacional das sociedades arcaicas. Era preciso pôr em circulação os presentes e os benefícios ou, até mesmo, os malefícios. O estabelecimento dessa tríplice obrigação era regido pelo caráter da troca, uma relação contratual na qual se misturavam as almas nas coisas, o que Mauss identifica precisamente para manter o termo utilizado pelas sociedades arcaicas como *potlatch*⁴¹.

O *potlatch* é bem mais que um fenômeno jurídico, ele é o sistema da dádiva das trocas que possui originariamente o sentido jurídico contratual da relação que ali se formava a partir de uma regra de direito, advinda do princípio da retribuição.

A tríplice obrigação era, de fato, algo definitivamente obrigacional. A essência dessa obrigação era seu início, dar, ao passo em que se dava e ao mesmo tempo na coisa se misturava o espírito da pessoa era preciso recebê-la, não se podendo recusá-la e então retribuir. O retribuir era a essência do *potlatch*.

Nota-se, assim, certa complexidade nessa relação, que passa a propiciar a (sobre)vivência dessas sociedades. O mais interessante é que a relação social nelas não fluía segundo os parâmetros do mercado ou do contrato. Na verdade o mais importante nessa produção de vida não era simplesmente a satisfação utilitária e efetiva dos membros da sociedade; o que importava em primeiro lugar era constituir o laço social. Essa era a afirmação do dom.

A sociedade se estruturava pelo vínculo obrigacional da dádiva. A partir de uma análise acurada do Ensaio de Mauss, Alain Caillé, observa a maneira ritual pela

⁴¹ MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac e Naify, 2003. p. 235. Aprofundando a extensão do *potlatch* e as noções de dom, troca e contrato, Cf. MAUSS, Marcel. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Luiz João Gaio. São Paulo: Perspectiva, 1999. p. 351-372.

qual se formava a obrigação numa mistura inextrincável de interesse e desinteresse.

É que a pessoa que dá não é capaz de satisfazer seu interesse próprio a não ser pelo rodeio da satisfação do interesse do outro – de seguir o seu desejo próprio a não ser se submetendo à lei do desejo do outro – e, de modo mais geral, a não ser observando a regra do dom que postula, de maneira lógica, que a relação deve ser construída pelos indivíduos que nela entram antes que estes possam tirar proveito dela⁴².

A análise de Caillé se aprofunda no reconhecimento de que a tríplice obrigação de dar, receber e retribuir constitui “o universal sócio-antropológico sobre o qual foram construídas as sociedades antigas e tradicionais”⁴³. Ela foi o alicerce do que se pode designar de sociedade primeira, podendo se reconhecer que Mauss esboçou com seu estudo, um reconhecimento originário “precisamente uma genealogia empírica da moral, da justiça e do político.”⁴⁴.

A reflexão sobre o dom⁴⁵, nessa extensão do reconhecimento da retribuição, retoma uma reflexão sobre a sociedade atual sob dois aspectos.

Primeiro a compreensão de que na circulação de bens e serviços nos

⁴² CAILLÉ. Alain. *Antropologia do dom: o terceiro paradigma*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. p. 8.

⁴³ Ibidem. p. 9.

⁴⁴ Ibidem. p. 9.

⁴⁵ Sobre os propósitos de Alain Caillé na obra referida é importante ressaltar que ele reconhece no dom um terceiro paradigma. Sua proposta se inicia explicando a idéia de paradigma pela abordagem, bastante conhecida, de Thomas Kuhn a partir da qual passa a identificar três paradigmas. O terceiro seria justamente o paradigma do dom, mais acertado que os outros dois primeiros (o primeiro individualista, o segundo holista). Em suas palavras “o paradigma do dom não pretende exatamente analisar como se gera o vínculo social nem a partir da base – a partir dos indivíduos sempre separados – nem a partir do alto – a partir de uma totalidade social através e sempre já presente aí – mas de algum modo a partir do seu meio, horizontalmente, em função do conjunto das inter-relações que ligam os indivíduos e os transformam em atores propriamente sociais [...] em muitas sociedades arcaicas, talvez em toda parte, é rivalizando em dons que os seres humanos se ligam e constituem sociedade, trocando bens que não possuem um valor utilitário mas simbólico, é também porque, desde há muito, ele tinha ao mesmo tempo generalizado e radicalizado a idéia durkheimiana segundo a qual ‘a vida social não é possível a não ser por um vasto simbolismo’, e os símbolos, segundo as palavras de Claude Lévi-Strauss, são ‘mais reais que aquilo que simbolizam’”. Ibidem. p. 19-20. Na verdade, Mauss vai além dessa questão do simbolismo tratada por seu tio Durkheim e por Lévi-Strauss. Ele reconhece a instância do simbolismo, mas aprofunda seus estudos no sentido vivencial destas sociedades, o que permite a ele identificar o verdadeiro sentido originário das sociedades, que não é meramente simbólico.

mercados e na circulação garantida pelo Estado sob a forma de redistribuição há um grande número de relações que se dão pelos mecanismos do dom e do contrato. Desse modo, pode-se afirmar que a sociedade moderna ainda se encontra com a sociedade primitiva, ao passo que até mesmo possibilita novas formas de dom, que vêm compensar, sem muita ênfase, a frieza da lógica mercadológica⁴⁶. Essa análise se encontra na perspectiva traçada por Jacques T. Godbout e Alain Caillé, na obra *O espírito da dádiva*⁴⁷.

O segundo aspecto - o mais importante para o objetivo do trabalho e que justifica inclusive essa abordagem mais extensiva sobre o desenvolvimento do princípio da retribuição - é compreender o sentido originário das sociedades primitivas, estabelecido a partir de um sentido originário do direito, do vínculo jurídico.

Acompanhando essa análise de Mauss, nota-se que o princípio da retribuição manifesta-se não somente na regra de que todo presente deve ser correspondido, mas também na idéia que toda violação dessa regra trás dificuldades. Esta é a sustentação do *potlatch* a partir das idéias animistas: o castigo por falta de correspondência de um fato com um contra-fato pode surgir do objeto mesmo do fato não compensado, isto é, do espírito que vive no objeto.

Efetivamente, a importância que exerce o princípio da retribuição nas sociedades primitivas é fundante. Nelas havia o sentimento de vingança e não havia o sentimento de gratidão, apesar de terem se formado de maneira similar - como se observará no capítulo seguinte - o sentimento de gratidão foi criado depois por

⁴⁶ Nesse sentido muito importante também é análise de Adolfo Yáñez Casal, principalmente na segunda parte da obra. Cf. CASAL, Adolfo Yáñez, *Entre a dádiva e a mercadoria*: ensaio de antropologia econômica. Lisboa: edição do autor, 2005. p. 107-130.

⁴⁷ CAILLÉ, Alain e GODBOUT, Jaques T. *O espírito da dádiva*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

influência do cristianismo.

Conclusivamente pode-se afirmar que toda a estrutura do princípio de retribuição e o seu domínio sobre a consciência do homem primitivo está baseada diretamente no caráter social de sua psiquê. O homem primitivo, pelo seu posicionamento acrítico originado pelo seu nível de desenvolvimento mental, não tem dúvida da inviolabilidade do princípio básico de organização de sua vida pessoal. Esse princípio básico da retribuição é, inclusive, legitimador da vingança, ou seja, toda relação do homem primitivo, indiferente de ela ser com outro homem, animal, planta, objeto inanimado e até com as divindades segue essa característica homogênea.

Mesmo com as divindades, apesar de todo o temor criado por ele mesmo, o homem primitivo se pauta pelo princípio do *do ut des*⁴⁸. Tanto é assim que quando os sacrifícios⁴⁹ não se sucedem os homens primitivos se revoltam contra as autoridades sobre-humanas, supremas administradoras e guardiãs do princípio⁵⁰.

Sendo assim, é preciso, para continuar a descrição sobre o alcance e efetividade do princípio da retribuição, analisar a sua idéia com a magia. O princípio da retribuição desempenha um importante papel na magia e na religião, isso enquanto é possível separá-las.

A relação dos homens primitivos com as autoridades sobre-humanas é

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 104.

⁴⁹ Sobre a importante questão do sacrifício, no intuito de aprofundá-la são muito interessantes os apontamentos de Marcel Mauss e de Henri Hubert. Cf. MAUSS, Marcel e HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005. p. 7-24.

⁵⁰ Há uma fetichização protecionista do homem primitivo pelo princípio da retribuição. Esse tema, bastante profundo e profícuo a que se faz referência, mas que, no entanto, não se aprofunda, evitando qualquer dezoito, se expressa na referência ligeira que Kelsen faz a partir da obra *Psychologie der Naturvoelker* de Schultze: "El fetiche suministra protección. Un servicio, sin embargo, reclama un contraservicio, y de ahí que la protección sea asegurada al suplicante sólo si ofrece escrupulosamente en cambio un servicio". Ibidem. p. 106.

determinada por regras sociais que se apresentam sob a forma do princípio da retribuição, forma essa que legitima inclusive os procedimentos mágicos.

O homem primitivo estabelece relações com as autoridades sobre-humanas por conexões de retribuição, ou seja, por promessas, por sacrifícios e por orações. Com isso, o mago, que em algumas sociedades identifica a si mesmo com as autoridades, - o que cria uma organização social na qual se forma um sistema de castas com uma classe especial de feiticeiros - comunica-se com as autoridades sobre-humanas não apenas informando o que se espera delas, mas também dando lhes algo como oferenda⁵¹.

Além de se relacionar assim com as divindades, especialmente frente aos fenômenos da natureza que afetam sua vida cotidiana na relação com os animais e vegetais, o homem primitivo também se comporta segundo o princípio da retribuição. A idéia de que animais e homens se subordinam a um contrato que os obriga a prestação de um serviço e contra serviço é um exemplo claro da característica da homogeneização da interpretação social da natureza sob o esquema normativo do princípio da retribuição.

Na verdade, o homem primitivo interpreta segundo o princípio da retribuição, além dos infortúnios corporais, até mesmo os infortúnios dos fenômenos naturais perigosos como o trovão, o raio, erupções vulcânicas, as tempestades, o sol, a lua e as estrelas; são esses os fenômenos que o induzem a pensar, a uni-los mentalmente.

Essa união das características dos elementos no pensamento primitivo segue um determinado sentido. Os fenômenos naturais se relacionam com os atos sociais,

⁵¹ Ibidem. p. 114.

especialmente com as violações da ordem social e são interpretados ou como castigo por não se ter cumprido certas normas importantes, ou, menos freqüentemente, como recompensa por cumprir com elas⁵².

Pelo fato de a idéia da retribuição aparecer como um dos elementos mais antigos no desenvolvimento da mente humana, não é correto supor que somente em formas avançadas de religião as enfermidades ou outros danos corporais não são meras coincidências, senão castigo por uma violação de normas. Justamente por esse motivo, não é correto falar de uma transformação de tabus primitivos em normas éticas, porque o tabu mais primitivo já é uma norma social, isto é, uma proibição que possui um caráter social e por tanto moral ou jurídico⁵³.

Muitas vezes a violação de um tabu ocasiona alguma desgraça. Neste caso, o homem primitivo percebe uma conexão entre o sucesso considerado prejudicial e o fato social qualificado como quebrantamento de normas. Essa maneira específica de ligar os elementos, muito diferente da causalidade, representa-se como retribuição. A característica fundamental está em que o homem primitivo atribui ao infortúnio a violação da norma, isto é, ele interpreta o fato normativamente e não considera o infortúnio como um efeito automático ou causal da violação da norma. A idéia de um efeito automático é inteiramente moderna e científica, ainda mais se a reação supostamente automática qualifica-se como mágica.

⁵² Sobre isso resta claro um exemplo que Kelsen faz referência, conforme as experiências de Le Roy na África com alguns selvagens. "He aqui, por ejemplo, um árbol cubierto de frutas. Prueba una, la encuentra buena, la come, y alentado por la experiencia, toma otras, ES um fruto permitido. Aldía siguiente, vê outro árbol; con la confianza que le da la comida del dia anterior, coge algunas frutas; pero esta fruta no tieno el mismo gusto y lo hace sentirse mal; era evidentemente um fruto prohibido. Lo recordará, y, para salvar a sus hijos de la misma experiencia, quizás la misma desgracia, en relación com el oculto Señor de la creación, les prohibirá aquel árbol: 'Hijos mios, aquel fruto nos está prohibido, ¡no lo toqueis!'" Ibidem. p. 167-168. Este exemplo demonstra claramente a atitude normativa do primitivo frente a natureza. O efeito prejudicial do fruto significa simplesmente que este está prohibido e que o dano que causa é o castigo pela norma violada.

⁵³ Ibidem. p. 156.

Para completar a investigação do princípio da retribuição nas sociedades primitivas, antes de se passar para sua investigação na religião e filosofia grega, resta apenas considerar, em especial, as manifestações do princípio da retribuição nos mitos dos povos primitivos.

O pensamento mítico não deve ser considerado como uma explicação causal da realidade. Há nele a primazia do emotivo sobre o racional e assim a precedência do elemento normativo sobre o causal. O mito explica e assegura a forma como as coisas sucedem e como deveriam suceder. Ele confirma como as coisas são.

Tanto é verdade que o mito não é uma explicação causal da realidade que sua demonstração apresenta freqüentemente o caráter de uma ação mágica mediante a qual se preservará o estado adequado do mundo social e assim também do natural interpretado socialmente. Ele justifica a realidade social que nos povos primitivos inclui a natural e a garante. O mito aparece como diretamente oposto à cognição racional, é uma ideologia genuinamente conservadora, oriunda do emotivo⁵⁴.

Assim, nos primitivos, sua função justificante aparece de maneira inequívoca na retribuição. Essa constatação, pouco notada ou evidenciada pelos estudiosos das histórias mitológicas é fundamental para compreender o fato de que o princípio da retribuição serve não só para garantir a ordem social recompensando o bem e castigando o mal, mas também para justificar instituições de direito positivo, o que evidencia um sentido originário do direito no pensamento mitológico, demonstrando que o direito está carregado na sua formação de pensamento mítico-religioso, o que traz conseqüências práticas em seu desenvolvimento e na própria sociedade atual,

⁵⁴ Ibidem. p. 185.

ratificando o objeto do trabalho de constatar que o sentido originário do direito reside em tal base⁵⁵.

A partir dessa constatação sobre o pensamento mitológico, pode-se afirmar que o motivo da retribuição se desenvolve de maneira geral nos mitos, sejam eles culturais, de divindades, de heróis, dos antepassados, das almas de morte, nos mitos da criação, da natureza, nos mitos animais, na origem da morte ou até do dilúvio.

A extensão dessas manifestações míticas no pensamento primitivo demonstram claramente, a partir de alguns dos mitos do dilúvio, a similitude entre o início da mentalidade dos distintos povos e mostram como ainda grupos civilizados, na infância de seu pensamento, revelam as mesmas características que as sociedades primitivas. Há nesse sentido, inclusive, uma explícita proximidade entre as idéias dos deuses primitivos e a noção cristã de justiça.

Essa questão demonstra a projeção de uma necessária verificação até então não explorada de maneira suficiente na investigação do princípio da retribuição em relação ao sentido da compreensão totalitária do mundo pelo homem primitivo, levando em conta o nível de desenvolvimento de capacidade de sua mentalidade, que se apresenta muito relevante no pensamento de Lévi-Strauss, a partir de sua crítica sobre os pensamentos de Lévy-Bruhl e Malinowski.

Para Lévi-Strauss, que considera o termo povos primitivos como algo errado de se considerar, pois eles devem ser chamados de povos sem-escrita, sendo esse o verdadeiro fator discriminatório existente entre eles e a sociedade atual,

⁵⁵ Sobre a importância da justificação de instituições de direito positivo deve ser conferido o exemplo de Kelsen sobre os Ashanti. Ibidem. p. 190-191. Mais ainda, fundamentalmente deve ser consultada a constatação de Robert Graves na obra *A deusa branca*. Cf. GRAVES, Robert. *A deusa branca*. São Paulo: Bertrand Brasil. 2004.

Malinowski considera que o pensamento primitivo é de qualidade mais grosseira do que o pensamento atual, pois acreditava que o pensamento dos povos sem escrita era ou é determinado inteiramente pelas necessidades básicas da vida. Isto é: ao identificar num povo suas necessidades subsistenciais, a satisfação de suas pulsões sexuais, etc., estaria-se apto a explicar as instituições sociais, suas crenças, sua mitologia e tudo o mais que formou aquela comunidade. Tal concepção é usualmente denominada como funcionalista.

Quanto a Lévy-Bruhl, sua crítica parte da afirmação de que o pensamento primitivo é um tipo de pensamento fundamentalmente diferente do atual, pois a diferença básica entre o pensamento primitivo e o pensamento moderno reside em que o primeiro é completamente determinado pelas representações místicas e emocionais, concepção denominada como emocional ou afetiva.

A posição de Lévi-Strauss busca superar ambas as concepções. A rigor, o pensamento dos povos sem escrita é ou pode ser, por um lado, um pensamento desinteressado e, por outro, um pensamento intelectual.

Nas suas obras *Totemismo* ou *O pensamento selvagem*, Lévi-Strauss lança sua hipótese básica, qual seja, a de que povos primitivos são capazes de pensamento desinteressado, isto é, são movidos por uma necessidade ou um desejo de compreender o mundo que os envolve, a sua natureza e a sociedade em que vivem; mas, por outro lado, para atingirem este objetivo, agem por meios intelectuais, igualmente como faz um filósofo e até em certa medida, como pode fazer um cientista.

Tal pensamento desinteressado tem a finalidade de apresentar pelos meios mais práticos uma compreensão total do universo. Essa ambição totalitária da mente

selvagem é bastante diferente dos procedimentos do pensamento científico, sua grande diferença é que esta ambição não tem êxito. O mito fracassa em dar ao homem mais poder material sobre o meio, mas dá a ele a ilusão de que pode entender o universo e de que entende, de fato, o universo⁵⁶. O homem primitivo completa sua compreensão total do mundo pela satisfação e obviedade do princípio da retribuição.

A proposta de Lévi-Strauss é relevante, pois se projeta adiante, considerando que o ser humano em geral usa uma quantidade muito limitada de seu poder mental.

Com isso quer-se dizer que, com o potencial que os homens primitivos tinham, poderiam ter modificado a qualidade das suas mentes, mas tal modificação não seria adequada ao tipo de vida que levavam e ao tipo de relações que mantinham com a natureza. Uma conclusão muito significativa que se pode extrair dessa investigação antropológica é que a mente humana, apesar das diferenças culturais é em toda a parte uma e a mesma coisa, com as mesmas capacidades⁵⁷.

Enfim, a diferença notória que se propõe no trabalho é a constatação de que nas sociedades primitivas o que regia era o princípio social da retribuição. De modo distinto, a sociedade moderna reconhece a partir da vivência da sociedade primitiva sob o princípio da retribuição o princípio da causalidade e, sob a sua base, estruturou-se o vínculo jurídico originário a partir das relações de troca.

2.3 Os gregos e o princípio da retribuição

⁵⁶ Ibidem. p. 28.

⁵⁷ Ibidem. p. 28-30.

Anteriormente demonstrou-se que há uma estreita relação entre a crença do primitivo na alma e a idéia de retribuição. A crença na alma, um núcleo de toda religião e metafísica religiosa, é na realidade uma ideologia da retribuição⁵⁸ que garante a ordem social.

Há, no entanto, uma diferença da crença nas almas pelas sociedades primitivas das sociedades civilizadas. Nota-se em religiões mais desenvolvidas, como o cristianismo, que a crença na alma está a serviço do princípio da retribuição na medida em que a alma é castigada pelo mal e recompensada pelo bem que o homem fez em sua vida neste mundo. Nas sociedades primitivas a crença na alma tem a mesma função social, porém, nas sociedades com as religiões mais desenvolvidas a alma não aparece como objeto, mas como sujeito da retribuição. O princípio da retribuição toma, assim, duas formas em relação à crença na alma: uma crença na alma como sujeito e uma crença na alma como objeto.

Nas sociedades primitivas a alma não representa o ser humano que, mesmo morto, sobrevive transcendentemente e será recompensado ou castigado por uma divindade, como acontece nas religiões mais desenvolvidas e nas sociedades civilizadas. A alma mesma é uma autoridade sobre-humana castigadora ou recompensadora. Ela mesma é uma divindade⁵⁹.

Aprofundar o estudo dessa diferença, contudo, não é o que aqui se propõe. A constatação da diferença já é suficiente para demonstrar que há, em algum

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 287.

⁵⁹ Se na crença da alma pelos primitivos se nota o reconhecimento de sua falta de consciência do "eu" e sua ilusão criadora a partir do princípio normativo da retribuição enquanto regulamentador e mantenedor da ordem social, na crença da própria alma enquanto sujeito, se percebe, num primeiro momento um questionamento com possibilidades primárias de reconhecimento pelo homem de seu "eu", que busca uma ordenação social e satisfação pessoal no conforto de uma vida após a morte - importante lembrar que os primitivos não acreditavam que a morte era algo natural. Com isso podemos afirmar que mesmo nas sociedades civilizadas, nas religiões mais avançadas, ainda há uma atitude consideravelmente primitiva no trato com a crença na morte.

momento, uma diferenciação no entendimento sobre a crença na alma que revela a importância do estudo da religião dos antigos gregos, não só porque nela as duas etapas da crença na alma se tornam verificáveis e patentes, e porque a idéia da retribuição apresenta um papel tão significativo, mas sobretudo porque nas especulações religiosas dos gregos tem origem a sua filosofia da natureza, na qual se verifica a passagem, ou melhor, a transformação do princípio da retribuição na lei da causalidade⁶⁰.

A idéia tradicional sobre a religião grega se refere usualmente à homérica, a dos deuses do Olimpo, porque essa era a religião predominante. Essa fé um tanto quanto racional e esteticamente orientada pelo culto mitológico aos deuses olímpicos era a crença da classe dominante.

Kelsen ao analisar esse fato demonstra que sob esse estrato religioso na classe mais baixa da população existia uma outra religião, advinda dos tempos pré-homéricos, inclusive pré-helênicos, que continuava suas tradições religiosas que incluíam o culto aos mortos e a crença em demônios. Isso evidencia que a religião de Zeus, como credo da classe superior havia vencido a crença nos espíritos e demônios da religião mais antiga, sem, no entanto, jamais suprimir de todo essa crença⁶¹.

A proposta de Kelsen é promover um estudo da função sociológica da religião grega e a importância que tem enquanto ideologia para a sociedade grega. Dessa maneira a abordagem inicial é da religião oficial, a religião da classe dominante, que era totalmente diferente do que tempos depois iria ser considerado o cristianismo, para o qual os gregos careciam de uma verdadeira religião.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 288.

⁶¹ *Ibidem*. p. 289.

Apesar da diferença da crença dos gregos em relação aos cristãos sobre Deus, pois a divindade grega não é nem a causa nem a criadora do mundo, não é onipotente e não pode, mesmo sendo imortal, impedir a morte dos seres humanos e pelo fato dos gregos atribuírem muitas características humanas a seus deuses, existe entre elas um ponto de similitude que é a crença na divindade justa.

A crença em uma divindade injusta é uma contradição. Tanto para o cristianismo piedoso, quanto para os gregos, os deuses governam o mundo de maneira justa. A base da religião grega se constrói de acordo com a crença de que a justiça é uma qualidade essencial dos deuses e de que, para eles, como em todas as outras concepções religiosas, a justiça é o princípio da retribuição⁶².

A idéia da retribuição divina na religião homérica está muito bem enfatizada, tanto nas obras de Hesíodo como nas de Homero. Portanto, a manifestação dessa crença se dava tanto nas classes mais baixas, como nas classes superiores da religião homérica que implicavam superioridade e inferioridade, direitos e deveres, questões de família e propriedade, e toda a base dessas relações deve ser concebida como justa.

Assim, nessa religião também se considerava o governo como instituído por um Deus. Existia a crença de que o rei havia obtido seu poder diretamente outorgado por Zeus. Isso se manifesta tanto na *Ilíada* como na *Odisséia*, pois ambas retratam a teoria do direito divino dos reis e da origem divina da ordem promulgada a eles⁶³, sendo a retribuição divina o motivo capital desses dois poemas épicos.

Dessa maneira, na religião grega, também, as relações humanas com os deuses seguem os ditames do princípio da retribuição. Existem várias ilegalidades

⁶² Ibidem. p. 290.

⁶³ Ibidem. p. 291.

pelas quais os seres humanos deveriam esperar retribuição. Elas incluem pecados, tais como delito contra os deuses, injúria ao hóspede, violação de contratos e, principalmente, perjúrio. No perjúrio, o falso juramento em que consiste o crime é considerado muito grave, pois se invoca nele a retribuição divina. Isso é tão importante que sem a idéia de retribuição o juramento careceria de significado.

Para demonstrar o significado do princípio da retribuição e a afirmação de que a retribuição divina é o mote principal de dois dos mais famosos poemas épicos gregos, Kelsen analisa, tanto a *Ilíada* quanto a *Odisséia*, identificando os pontos mais evidentes da retribuição.

A *Ilíada* representa a luta contra Tróia e sua destruição como justa retribuição pelo crime que Paris - que representa Tróia - cometeu contra Menelau – que retrata os gregos. A queda da cidade de Tróia é um ato de retribuição por outro crime, a violação do tratado concluído entre as partes que estabelecia que a guerra seria decidida por um duelo entre Paris e Menelau.

A crença nos deuses e suas orações e pedidos de justiça tornam a luta como um juízo de Deus mediante o qual o malfeitor seria castigado. Os troianos quebram o tratado ao ferir Menelau com uma flecha que justifica ainda mais a crença nos deuses pela justa reparação do acontecido. Essa expressão de uma fé inquebrantável na justiça divina, que é a retribuição, enquanto lei inviolável que, se não alcança resultado imediato garante um efeito futuro, é o mote de toda atitude e postura no confronto entre os gregos e troianos⁶⁴.

Kelsen, de maneira literal, demonstra a referência da idéia de retribuição por Homero a partir da seguinte passagem:

⁶⁴ Ibidem. p. 294.

Por eso, es indudable que no sin referencia a la idea de retribución representa Homero, en la *Ilíada*, a Zeus, el “consejero más alto”, en tanto pesa, con áureas balanzas en la mano, los destinos de los pueblos guerreantes [...] La balanza es el símbolo específico de la justicia retributiva. Ya que se juzga al destino de los áqueos demasiado pesado, corresponde que, por un tiempo al menos, los abandone la fortuna en la guerra. Resulta significativo que, a fin de explicar el infortunio de los áqueos, el poeta use precisamente esse símbolo y que vea en la balanza pesadora de los destinos un atributo esencial de Zeus. El señor del cielo consulta mediante una balanza el destino que, ya, aquí, es considerado una ley general por encima de su influjo. Esta ley es indudablemente la de retribución. Ello se manifiesta claramente en aquel particular episodio en el que se pinto cómo las “Erinnias contuvieron la voz” del caballo Janto, que repentinamente fué capaz de habla y profetizo a Aquiles su muerte inminente. La ley de la naturaleza que niega a los animales el lenguaje y que impiede a los seres humanos ver el futuro está por ser violada. Y entonces intervienen las Erinnias, diosas de la venganza. El hecho de que sea su función el garantizar el orden de la naturaleza orueba que Homero lo consideraba un orden jurídico⁶⁵.

A afirmação de que a justiça era uma qualidade essencial dos deuses homéricos, particularmente de Zeus, parece a partir da exposição até aqui desenvolvida contraditória com o fato de que podem atribuir a eles também óbvias injustiças. É o próprio Zeus quem induz os troianos a violar o tratado jurado ao ceder aos pedidos de Hera e permite aos troianos iniciarem a guerra pelo evento da flecha. Esse fato é muito importante, pois a noção de uma injustiça cometida por seres humanos provocada pelos deuses é a consequência inevitável da crença no poder da divindade, que, como em toda religião, choca-se com o conceito de justiça da mesma⁶⁶.

Essa confusão com a própria noção de justiça completa o sentido da retribuição. A idéia religiosa que serve de base para essas crenças é o

⁶⁵ Ibidem. p. 294-295.

⁶⁶ Para explicitar essa confusão Kelsen faz menção a Ésquilo e a figura do seu demônio da vingança Alastor. Ibidem. p. 296.

convencimento de que os deuses comandam todos os acontecimentos humanos. O mal, assim, também pode ser ocasionado pelos deuses, completando o esquema da retribuição tanto para o bem que leva a recompensa, quanto para o mal que leva ao castigo.

Torna-se novamente evidente a constatação de que a retribuição é considerada sempre e em todos os lugares, como uma espécie de comércio, de troca, na qual o bem se paga pelo bem, e o mal pelo mal.

Na *Odisséia*, fica ainda mais claro o princípio da retribuição. Nela se rechaça expressamente a imputação do mal aos deuses e se defende a tese moderna de que a imputação do mal não deve ir além do ser humano responsável. A idéia de um deus justo se apresenta em vários pontos da obra e em todos esses pontos é o princípio de retribuição que se verifica⁶⁷.

A idéia da retribuição vai além do período homérico, ficando ainda mais evidente no período pós-homérico. No poema épico de Hesíodo, *Os trabalhos e os dias*⁶⁸ se apresenta a crença na justiça divina. A base do poema se forma a partir da experiência de um direito violado, fortemente representada pela convicção de seu caráter sagrado. Se os homens quebram a lei, Zeus deve protegê-la; esta lei é a *Díke*, a filha de Zeus.⁶⁹

⁶⁷ Fica clara a afirmação de Kelsen na seguinte passagem: En el primer libro Telémaco dice a los malvados pretendientes: “Pero pediré a los dioses, que son para siempre, si acaso Zeus asegura que se causen acciones de expiación. Sin compensación, pues, pereceréis dentro de mis salas”. Esta Idea de retribución divina – siempre un motivo capital de la epopeya – reaparece tan pronto como Odiseo arriba de vuelta a su pátria. Como no reconoce de inmediato la tierra, sino que cree tracionado por los feacios que le habían prometido a Itaca, exclama: “Hágales pagar, Zeus, dios de los suplicantes que vigila sobre todos los hombres, y castiga a aquel que peca”. Ibidem. p. 300.

⁶⁸ *Os trabalhos e os dias* é um poema épico de Hesíodo. Nele o autor se refere à vida dos mortais e sua organização social, concentrando-se principalmente nos temas do trabalho e da justiça. O poema conta com 828 versos e é dirigido ao irmão de Hesíodo, Perses, devido a uma querela relativa à repartição desigual da herança paterna na qual este levava vantagem indevidamente.

⁶⁹ Sobre as manifestações míticas da idéia da justiça entre os gregos, principalmente em Hesíodo e Homero, Tércio S. F. Junior nota que eles se valem do termos *Diké* e *Thémis* que ao passo que se

Hesíodo, nesse poema, ao se referir ao direito, faz menção ao direito vigente entre os homens, ou seja, ao direito positivo, que é para ele a justiça divina, representada como uma divindade que vive no monte Olimpo. O direito é uma instituição especificamente humana desconhecida dos animais.

“Porque el hijo de Cronos há establecido este derecho para los hombres; que los peces y las bestias y las aves se devoren entre si, porque no hay em ellos derecho; pero a la humanidad dio el derecho, lo que resulta más perfecto” Este típico bien humano, empero, “es la virgen Justicia, la hija de Zeus, que es honrada y reverenciada entre los dioses que habitan el Olimpo”. Ya que vive también entre los hombres, puede asimismo ser insultada por ellos⁷⁰.

Nota-se nessa passagem uma diferenciação obviamente já ocorrida na sociedade grega. Os gregos já possuíam o reconhecimento do “eu”, o que não ocorria nas sociedades primitivas. Permaneciam, todavia, devotando-se a um deus produtor do direito pelo princípio da retribuição, exercido e corporificado de maneira mitológica em sua filha *Díke*.

Essa representação de *Díke* é algo fundamental para entender a concepção do princípio da retribuição enquanto idealizado no exercício da justiça. Há, na origem e estrutura da própria palavra, uma identificação do que seja direito não muito

nomeiam como deusas, são usadas com o sentido de significar decisão solucionadora de uma pendência e mandamento por graça divina. Respectivamente “Diké é a deusa dos julgamentos e, mais tarde, tem seu nome ligado à pena imposta pelo juízo condenatório, o que faz dela uma deusa cruel e vingativa. Daí, na representação simbólica, a balança e a espada que traz, para a justiça, ambigüidade da razão somada à emoção, sendo diké, provavelmente, palavra de raiz no sânscrito (dik ou deik) que originou, em latim, dicere e em grego, dikaiosúne (mostrar). Não é difícil intuir disso, a aproximação do julgamento ao dizer (jurisdictio), mas também ao sentido religiosa de jus, que guarda, ainda hoje, a palavra jurar. [...] Diké tem por isso, a conotação do restabelecimento da harmonia, perdida pela culpa, uma espécie de reconciliação. Por sua vez, com a mesma raiz de thémis, cujo plural, thesmoi, significa legislação ou conjunto de ordenações, consoante Aristóteles, designando, assim, a ordem da autoridade constituída, o reto pronunciamento dos juízes, encarregados de aplicar as leis emanadas pela deusa. Para esse reto pronunciamento, contudo, há de se ter em conta uma capacidade de apreciar a prova, o indício, o testemunho, de onde a exigência de prudência.” FERRAZ JUNIOR. Poder e justiça. *Direito e poder*: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri: Manole, 2005. p. 172.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza*: una investigación sociológica. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 304.

distante da concepção formada pelas sociedades primitivas que deve ser analisada juntamente com uma outra palavra de forte representação deste sentido: *Thémis*.

Émile Benveniste, no início de seus estudos em relação à estrutura e origem das palavras sobre o direito, apresenta dois termos que identificam o seu sentido de utilização originário, a saber, *Thémis* e *Díke*.

Sua constatação - de maneira próxima ao que se propõe no trabalho - parte do entendimento de que a estrutura geral da sociedade, definida em suas grandes divisões por certo número de conceitos, baseia-se num conjunto de normas que constitui um direito, ou seja, sua afirmação é de que todas as sociedades, mesmo as mais primitivas são regidas por princípios de direito quanto às pessoas e aos bens e essas regras e normas se imprimem no vocabulário da sociedade⁷¹.

A formação da palavra *Thémis* na correspondência do sentido avéstico com o grego designa o direito familiar que se opõe à *Díke*, que é o direito entre as famílias das tribos. *Thémis* é de origem divina, na epopéia, por exemplo, se a entendia como sendo a prescrição que fixa os direitos e deveres de cada um sob a autoridade do chefe do géno. Ela também tem a função de fixar na consciência a conduta a seguir sempre que estiver em jogo a ordem do géno⁷².

Na verdade, o que Benveniste acaba demonstrando é que a noção de *Thémis* tem seu complemento na de *Díke*. A primeira indica a justiça que se exerce no interior do grupo familiar, a segunda indica a justiça que rege as relações entre famílias.

O ponto de partida de atribuição de sentido de *Díke* é costume, maneira de

⁷¹ BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das instituições indo-européias*. Tradução de Denise Bottman. Campinas: Ed. Unicamp, 1995. p. 101.

⁷² *Ibidem*. p. 104-105.

ser. Algo como uma regra imperativa, como uma “fórmula que rege a sorte”, uma maneira “habitual” que, na realidade, é uma obrigação natural ou convencional. A partir dessa fórmula se estabelece a sorte e a atribuição, que se tornou em grego a própria expressão da palavra justiça com o sentido de ser capaz de intervir nas relações para por fim ao poder da força. *Diké* é a virtude da justiça, e quem a tem a seu lado é *dikaïos*, justo⁷³.

Pode-se concluir, portanto, a partir da identificação originária do direito e da palavra justiça nos conceitos complementares de *Thémis* e *Díke*, que o termo justiça, tal como exemplificado pelos poemas épicos relatados de maneira superficial anteriormente, possui como conteúdo primeiro os sentidos do divino e da virtude que se estendem e se amoldam historicamente na construção do próprio conceito do direito e da justiça.

Essa revisitação da formação da palavra justiça remete a dois conteúdos importantes: o divino e a virtude e, assim, toca de maneira direta num dos fundamentais escopos do trabalho. A partir deles, levando em conta a constatação da estrutura geral da sociedade, mesmo das mais primitivas conforme se expôs, regidas por princípios de direito quanto às pessoas e a seus bens, pode-se alcançar um ponto originário para o conceito de justiça, que demonstra de maneira única um sentido estrutural para o que se entendia e mesmo atualmente se entende como direito.

Essa constatação na investigação da extensão do princípio da reciprocidade ganha novo ânimo, pois acaba por demonstrar o que Hesíodo deixou claro em seu

⁷³ Ibidem. p. 112. No sumário do capítulo 2 que inicia nessa obra o estudo sobre a palavra *Díke*, o autor afirma que “o grego *díke* impõe a representação de um direito formular, determinado para cada situação particular o que se deve fazer. O juiz – hom *dikas-pólos* – é aquele que tem a guarda do conjunto de fórmulas e pronuncia com autoridade, *dicit*, a sentença apropriada”.

poema, apesar das dúvidas que ele parece lançar sobre o sistema de justiça divina. Em sua conclusão o poema invoca um pedido moral, um pedido de se evitar o cometimento de pecados, pois apesar de se poder duvidar de que a justiça chegue a se realizar é indubitável que essa justiça consista em retribuição. Isso demonstra, evidentemente, que a organização do mundo se dá por esse ideal de justiça. A religião homérica, com efeito, como um todo contempla as idéias de que os sucessos do mundo concordam com o conceito de justiça⁷⁴.

Seguidamente à investigação do princípio da retribuição na religião grega, Kelsen passa à investigação da idéia de retribuição divina na tragédia grega, que também possui caráter religioso.

Os problemas de justiça e direito desempenham papéis fundamentais nas tragédias gregas. Kelsen releva isso, principalmente, nos dramas de Ésquilo e Sófocles, pois eles glorificam o sagrado da ordem social e o fato do que quer a vontade. O caráter religioso dessas tragédias demonstra a oferta de humilde submissão à autoridade que se representa como divina. Ela não se separa da autoridade do Estado, é uma autoridade da lei divina⁷⁵.

Da mesma forma que em Hesíodo a lei proveniente de Zeus está personificada na figura da justiça, *Díke*. Ela é a divindade mais freqüentemente mencionada na tragédia grega. A interpretação de *Díke* pelos poetas trágicos é de uma deusa vingadora que aparece em íntima conexão com as Erínias. Elas mantêm a afirmação de que a essência do direito e da justiça é a retribuição que surge da

⁷⁴ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 307.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 307.

vingança de sangue⁷⁶ e que mesmo depois de superada mantém ainda a idéia basal da retribuição.

A tragédia grega, portanto, demarca uma das mais importantes etapas do desenvolvimento da idéia de retribuição. Nela a retribuição coincide com a idéia de lei. Todo o desenvolvimento social, assim, cumpre-se dentro dos limites do princípio de retribuição.

Mesmo com o refinamento que alcança o princípio da retribuição ao superar a idéia de vingança de sangue e o abandono da responsabilidade absoluta, a justiça não possui, ainda, como para os homens modernos, a conotação da liberação do mal e o caráter religioso de redenção. Ela se representa bem mais como um inexorável destino que pende sombriamente sobre o homem, daí o sentido trágico dos gregos⁷⁷.

Por fim, o último autor a quem Kelsen faz referência sobre as tragédias gregas é Eurípedes. Com Eurípedes a tragédia grega passa de uma ideologia religiosa a uma nacional. A lei não sofre perda alguma de autoridade, mesmo que privada da glória da religião. A idéia de que a ordem social é requerida pela vontade divina permanece como algo inquebrantável. Apesar de Eurípedes lançar fortes dúvidas sobre a existência dos deuses, suas tragédias manifestam um profundo temor a *Díke*⁷⁸.

A partir de uma breve, porém pontual análise sobre as obras de Eurípedes,

⁷⁶ A referência exemplificativa de Kelsen sobre esse entendimento é a tragédia *Agamenon* de Ésquilo, pois Clítemnestra justifica o homicídio de seu marido como um ato de retribuição pelo sacrifício de sua filha Efigênia.

⁷⁷ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 315-316. Kelsen ainda faz referência ao mito de Prometeu. Nele o motivo da retribuição desempenha o papel principal na representação do drama da obediência.

⁷⁸ *Ibidem*. p. 318.

Kelsen demonstra um aspecto evolutivo, ou melhor, de passagem, em suas obras sobre a interpretação religiosa em relação à ordem social. Para ele *Díke* não está, como se crê, ordinariamente com Zeus. Ela se encontra entre os homens, não se mantendo mais a idéia de uma justiça divina, mas, agora, de uma justiça humana, uma justiça entre os homens.

De uma idéia de deusa transcendental a *Díke* de Eurípides passa a ser o princípio da justiça terreno, imanente nos fatos e na regularização das relações humanas. Esta idéia de imanência da justiça reforça o fato, como demonstra Eurípides em *Antíope*, da interpretação da justiça como uma função do tempo, quase como uma identificação do tempo.

Essa passagem de uma deusa transcendental para uma deusa terrena e a identificação da justiça com o tempo demonstra também a atribuição de um profundo sentido religioso na interpretação da justiça, totalmente metafísico. O tempo enquanto justiça é capaz de por as coisas no lugar, de descobrir com suas regras os atos injustos e os ajustar da maneira correta. Esse exercício evidencia claramente a predominância do princípio da retribuição.

A crítica de Eurípides com relação aos deuses projeta também uma tendência a substituir a inviolável vontade da divindade pela necessidade de um fado impessoal. Essa identificação da divindade com o fado enquanto natureza é também uma maneira de negar a existência da própria divindade e de não aceitar mais a significação específica que lhe dá a religião.

Notavelmente a tragédia grega lança críticas, num primeiro momento um tanto quanto indiretas, e num segundo momento especificamente diretas sobre a crença nos deuses. A substituição de uma justiça divina por uma justiça humana

representa uma nova atitude em relação a essa interpretação porque modifica a crença na justiça dos deuses para uma justiça a ser feita temporalmente na terra, mas que, no entanto, continua permanecendo calcada na idéia da retribuição.

A força do princípio da retribuição é motriz nos elucidados poetas da tragédia grega e também na crença popular. A lei de retribuição divina é segundo a crença popular dos gregos um princípio eterno de ordem cósmica garantido pelo próprio Zeus. A expressão desse princípio de justiça é a idéia da igualdade no exercício da retribuição. O igual é compensado pelo igual, o mal pelo mal, o bem pelo bem⁷⁹.

Retoma-se, assim, o duplo caráter da justiça divina que do mesmo modo existia nos povos primitivos. A justiça divina por vezes é castigadora e por vezes é recompensadora. Na relação entre castigo e recompensa a sociedade atribui ênfase ao castigo. O conceito de justiça se mantém ainda que um homem bom tenha que sofrer com o mal porque está relacionado com este por algum parentesco, como acontecia nos primitivos, por mais que não fosse responsável por essa conexão.

Mais importante era castigar a pessoa culpável do que livrar o indivíduo inocente do castigo, “esto resulta sintomático del hecho de que la Idea de justicia es una ideologia del estado, del orden social positivo, que es un orden coercitivo – un orden de castigo y no de recompensa”⁸⁰.

Essa preocupação de se manter maior ênfase ao castigo do que à recompensa tem a finalidade de manter a noção de governo divino do mundo, de que a justiça divina se realiza na sociedade humana. Esta é a maneira pela qual a antiga teologia grega se desenvolveu. A aplicação do castigo mesmo contra os

⁷⁹ Ibidem. p. 323.

⁸⁰ Ibidem. p. 324. O tradutor nesse trecho aponta uma referência quanto à palavra estado em letra minúscula, ele a manteve de acordo com o original.

homens bons resolve o problema que constantemente ameaçava a crença na justiça divina e conseqüentemente a crença nos deuses, uma vez que a experiência cotidiana mostrava que o ato criminal isento de castigo freqüentemente era favorecido com fortuna. A partir desse ponto se estabelece a doutrina difundida no mundo antigo de que a retribuição se exercia lenta e hesitantemente; ela era, porém, inexorável.

Essa inexorabilidade é tão intensa na interpretação da justiça divina que a retribuição que não chegou a se consumir neste mundo é passada para o outro. Questão que fecha o sistema de crença no princípio da retribuição a partir de uma justiça divina.

Para os gregos a idéia de uma retribuição *post mortem* não se apresentava tão clara assim. Sua crença era efetivamente na retribuição na vida deste mundo, mesmo as almas que habitavam o reino de Hades não eram almas insensíveis e inconscientes, não sendo objetos apropriados para uma justiça retributiva. Eles acreditavam que a justiça divina se exercia neste mundo e não em outro e que a ordem social reinante, a lei positiva que provinha direta ou indiretamente dos deuses, era vontade de Zeus⁸¹.

Somente de maneira lenta e crítica, reconhecendo a origem humana de ordem social e alcançando um sentido mais refinado de justiça, é que os gregos pressionaram a especulação metafísica sobre a ilusão de uma retribuição póstuma. A fundamental função que tinha essa crença era consolar aquele que nela cria, satisfazendo seus sentimentos de responsabilidade individual e de recompensa pessoal e amenizando a realidade injusta vivenciada. Essa era a idéia que permeava a crença na retribuição póstuma.

⁸¹ Ibidem. p. 326.

Tal crença se relaciona essencialmente com uma troca ocorrida no conceito homérico de alma. Fomentado por necessidades ético-políticas a alma do morto devia ser capaz de receber recompensa ou castigo. Dessa maneira ela se tornava imortal, sendo essa a idéia do desenvolvimento do conceito de alma na sociedade grega, principalmente para os órficos e pitagóricos⁸².

O temor da morte, como se observou nas sociedades primitivas, é um temor originário do próprio medo dos mortos. Como as pessoas têm medo da morte, transferem esse medo para um objeto concreto, o morto. Tal questão, portanto, não é meramente instintiva, mas sim reflexiva. Tanto é assim que esse temor nem sempre se dava de maneira idêntica, sendo diferente em relação a animais e a homens de outros grupos. Para Kelsen essa diferenciação era determinada por fatos sociais.

El proceso en el que se transforma el temor a la muerte en temor a los muertos se diferencia según que implique a un hombre muerto o a un animal muerto; más aún, es diferente respecto a los diferentes grupos de hombres. Estudios concienzudos muestran que esta diferenciación la determinan hechos sociales. Se puede admitir, pues, que el temor a la muerte del primitivo, en esta reacción sobre la que se fundan su religión y su cultura entera, en esta actitud que lo distingue del animal al que en los demás se asemeja tanto, opera una ideología social muy importante⁸³.

A crença era de que a alma mesma se tornava um espírito que exercia a vingança. Essa observação leva Kelsen a apontar que, quando a vingança de sangue foi substituída pelo juízo de cortes estatais, o dever dos parentes da alma do homem morto se limitou à acusação do homicida. E se este conseguia se afastar dos limites do Estado escapava não somente do castigo dele, cujo poder jurídico cessava, mas também da alma do morto. Essa é a prova da relação mais estreita

⁸² Ibidem. p. 327.

⁸³ Ibidem. p. 330.

entre o conceito de alma e a idéia de direito⁸⁴.

Na sociedade mítico-religiosa dos gregos uma relação estreita entre o conceito de alma e a idéia de retribuição se apresentava no mito das Erínias que se situam entre as mais antigas divindades do direito⁸⁵.

Kelsen as identifica como desempenhadoras de um papel substancialmente importante na ideologia jurídica da religião grega, tendo se originado, muito provavelmente, na crença da alma de morte⁸⁶.

Elas funcionavam como elementos de conexão no processo de integração social. Tornavam-se criadas e executoras da retribuição que advinha de uma divindade superior.

A partir dessa análise Kelsen constata que toda a idéia de vingança baseava-se não tanto sobre os instintos primitivos, mas mais sobre certa ideologia social, especificamente a crença na alma de morte que se vingava por si mesma ou força os parentes a executarem a vingança. “La composición homérica, empero, representa asimismo una etapa de transición entre la *vendetta* irredimible de la sociedad pre-homérica y los tribunales criminales del estado post-homérico”⁸⁷.

Isso leva Kelsen a constatar que em Homero não havia prova alguma de existência de jurisdição penal do Estado. A centralização da jurisdição criminal não devia, por necessidade, coincidir cronologicamente com a extensão da comunidade

⁸⁴ Ibidem. p. 336.

⁸⁵ As Erínias eram personificações da vingança na mitologia grega. Sua função era punir os mortais. Elas eram: Tisífone (Castigo), Megera (Rancor) e Alecto (Interminável). Viviam nas profundezas do Hades onde torturavam as almas pecadoras julgadas por Hades e Perséfone. Eram encarregadas de castigar os crimes, especialmente os delitos de sangue. São também chamadas Eumênides (Εὐμνίδες), que em grego significa as bondosas ou as Benevolentes, eufemismo usado para evitar pronunciar o seu verdadeiro nome, por medo de atrair sobre si a sua cólera. O motivo pelo qual elas eram invocadas e as suas atitudes estão belamente expostas no poema *As Eumênides* de Ésquilo.

⁸⁶ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 339.

⁸⁷ Ibidem. p. 341.

jurídica além da família, com o estabelecimento do Estado⁸⁸.

Com isso se pode dizer que houve uma transferência da função da retribuição que passou a ser exercida pelas divindades olímpicas, comprovando a carência da religião homérica de um dos principais motivos da crença em uma verdadeira superveniência da alma. Crença que sobrevivia num nível abaixo da superfície da religião homérica, que seguia uma concepção diferente da idéia de justiça.

Originariamente el alma vengadora del muerto había sido el sujeto de la retribución; se la concebía como a un demônio con el carácter de una deidad castigadora. Más adelante, durante las revoluciones sociales de los siglos VII y VI fué conmovida la creencia en la justicia que se realizaba en este mundo y se tornó cada vez más fuerte el deseo de una justicia compensadora en el otro mundo. En el curso de este movimiento social y religioso la idea del alma sufrió un cambio radical. El alma se tornó el objeto de la retribución; prolongó la existencia de la persona trás la muerte, no para castigar o recompensar a otros, sino para ser ella misma castigada o recompensada, sea en otro mundo, o, después de renacer, durante una segunda via en este. A medida que se cambió al alma de sujeto de la retribución en objeto de ella, de una autoridad castigadora y recompensadora a un sujeto al que debía castigar y recompensar, la cualidad de la inmortalidad se torno más y más prominente. Se sugiere a si misma la presunción de que la creencia en la justicia divina enteramente realizada en este mundo decreció en el mismo grado en que como resultado de trastornos sociales resultaba conmovida la creencia en el origen divino del derecho; se reconoció por último a éste como obra humana. Si la deidad es sólo la causa remota del derecho humano, quizás ni siqueira causa en forma alguna, resulta entonces necesario suplir [*supplement*] el imperfecto orden jurídico del estado, el derecho empírico, con la retribución sobrenatural de una orden transcendental; y entonces la ideologia religiosa debe procurarse un objeto adecuado sobre el que pueda ejecutarse esa retribución transcendental⁸⁹.

Kelsen, então, identifica esse conceito de retribuição transcendental como o centro da crença pós-homérica na imortalidade. Ele se apresenta completamente

⁸⁸ Ibidem. p. 592.

⁸⁹ Ibidem. p. 342-343.

diferente da religião pré-homérica porque se funda sobre o conceito de alma, e porque ela forma o núcleo tanto da doutrina órfica como pitagórica, possuindo ambas um caráter ético-religioso que tinha como mote principal a idéia de retribuição.

A principal fundamentação desse pensamento é o estabelecimento de uma teodicéia, ou seja, provar a justiça do destino humano. Isso representa a tentativa de um panorâmico esboço ao se considerar como justo o mundo em cujo centro há a vida humana. A interpretação do mundo como justo nos moldes da função do princípio da retribuição⁹⁰ identifica, de maneira geral, uma origem da humanidade como crime e castigo, uma relação inevitável de culpa e pena, a própria vida como uma interpretação do princípio da retribuição.

Toda a análise desse pensamento metafísico do órficos e dos pitagóricos é importante na medida em que influenciaram Platão, cujo pensamento sobre a retribuição é o mais importante de se entender, tendo em vista o ambiente de transição, de passagem que nele se funda entre o princípio da retribuição e o princípio da causalidade.

Kelsen apresenta o pensamento de Platão como a fonte principal da doutrina moderna da imortalidade da alma, e seus escritos como possuidores de um caráter essencialmente religioso-teológico, pela razão de suas idéias ético-políticas demonstrarem uma tendência metafísica na qual o dualismo de alma e corpo aparece claramente como contraste entre bem e mal⁹¹.

⁹⁰ Ibidem. p. 345.

⁹¹ Em artigo publicado originalmente na *Ethics* em abril de 1938, denominado *A justiça platônica*, entre nós editado na coletânea de textos de Kelsen intitulada *O que é justiça?* Kelsen aprofunda de maneira brilhante a idéia aqui desenvolvida sobre o pensamento de Platão. Cf. KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 2001. p. 81-108.

A concepção de alma platônica é muito próxima da concepção de alma dos órficos e dos pitagóricos. Uma alma prisioneira ao corpo, alheio a ela que representa o conflito entre bem e mal.

Para Platão, como ele a descreve no *Fédon*, a alma é o elemento bom no homem e isso o possibilita a perceber o bem absoluto, a divindade. A alma é o espelho das idéias. Ela é, sobretudo, uma espécie de reprodução da idéia do bem absoluto⁹².

Kelsen aponta que os três diálogos mais importantes de Platão, *Górgias*, *Fédon* e *A República* terminam com exposições que colocam a crença na imortalidade na mais estreita relação com a realização da justiça retributiva. Assim é impossível deixar de reconhecer que toda a doutrina da alma de Platão culmina nesse conceito de outro mundo influenciado pelas fontes órficos-pitagóricas.

Em geral, a idéia gira em torno de que depois dos juízos das almas, algumas delas são castigadas pelos pecados cometidos durante a vida, ao passo que outras são recompensadas por seus atos corretos. Deve-se ser justo neste mundo para assegurar à alma um destino feliz no outro mundo. Nesse conceito não se evoca tanto a prova da justiça neste mundo como descrição de retribuição em outro, pois a vida deve continuar depois da morte. Essa é a descrição visionária do outro mundo na qual domina a idéia de retribuição⁹³.

A vontade platônica dirigida como força primária pela idéias de justiça não somente põe em andamento a imaginação de um outro mundo, como também influencia de maneira cabal a própria cognição deste mundo. Por essa razão Kelsen

⁹² KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 352.

⁹³ *Ibidem*. p. 353.

afirma que Platão não tomou de empréstimo apenas a crença na alma como aparato de retribuição dos órficos e dos pitagóricos, mas também sua interpretação sobre o conceito ético-político da natureza.

Platão opõe deliberadamente suas doutrinas da alma e das idéias à filosofia da natureza de seu tempo, que se tornou pouco a pouco uma ciência baseada sobre os princípios da causalidade⁹⁴. A interpretação da realidade pela doutrina platônica das idéias, em troca, possui um caráter puramente normativo, isto é, moral.

Kelsen, então, refere-se à sua polêmica contra a filosofia de Anaxágoras. Platão declara que a mera intuição da relação entre causa e efeito é absolutamente inadequada para compreender o sentido do mundo. A cognição não deve estar dirigida simplesmente pela realidade da natureza percebida pelos enganosos sentidos humanos mas pelas idéias, pelos valores conhecidos pela razão, pelo sumo bem que é o que mantém a conexão das coisas.

La doctrina de PLATÓN de las ideas se presenta como el esfuerzo más consecuente [*consistent*] por reemplazar la explicación científica del mundo, orientada hacia la ley de causalidad, por una interpretación según un principio normativo y un sistema de valores. Es una concepción del mundo em cuyo centro no se halla la naturaleza, sino la sociedad, esto es, el hombre en su relación com sus congêneres; es una filosofía cuyo problema magno es la justicia; por ello, una metafísica cuyo dogma central es la inmortalidad del alma. Porque ese dogma debe necesariamente ser presupuesto a fin de aceptar el principio de retribución como la ley fundamental del mundo⁹⁵.

Enfim, o ponto de passagem, de transição entre o princípio da retribuição e o princípio da causalidade começa a se desenvolver nesse sentido. Na verdade o contraste entre a interpretação religioso-normativa do mundo, influenciada pelos órficos e pelos pitagóricos no pensamento de Platão, e o conceito causal científico

⁹⁴ Ibidem. p. 354.

⁹⁵ Ibidem. p. 355.

de realidade foram fundamentais para determinar a concepção do desenvolvimento do princípio da retribuição para o princípio da causalidade. A saber, principalmente, porque na exposição proferida de seu pensamento, nota-se que o princípio da causalidade não era originariamente abrangente e expressivo. A lei da causalidade que essa filosofia desenvolveu pela primeira vez na história da mente humana nasceu da norma de retribuição e se desligou gradualmente do princípio dominante do pensamento mítico-religioso.

2.3.1 A passagem do princípio da retribuição para o princípio da causalidade

A singeleza da constatação do início da passagem do princípio da retribuição para o princípio da causalidade - que, inclusive, possibilita o pensamento sobre o princípio da causalidade - identifica a realidade do pensamento da filosofia grega da natureza. Ela nasce do pensamento mítico-religioso das épocas anteriores que tinha originariamente em sua especulação um caráter normativo.

Kelsen constata precisamente que o primeiro grande intento de uma compreensão científica da realidade foi afetado pela concepção de valores que eram derivados da esfera social, e nesse primeiro momento as categorias sociais eram aceitas sem nenhum questionamento, eram acríticas. Elas faziam indubitavelmente parte do conhecimento humano, que as tomava como ponto de partida para o primeiro esforço científico que ansiava por realidade. Essa constatação revela a importante questão de que tanto na filosofia grega primeira, como no pensamento mítico do homem primitivo a natureza era explicada por analogia com a sociedade⁹⁶.

⁹⁶ Ibidem. p. 357.

A formação de uma comunidade autoritária e o seu desenvolvimento até chegar ao conceito de Estado, fornece os modelos de ordem conforme os quais essa filosofia trata de conceber o universo. O homem havia se acostumado a considerar o Estado como a ordem mesma, e este, devido à especulação teológica bem mais antiga, como um valor absoluto.

Começa, desse modo, a haver um desgaste na analogia entre natureza e sociedade. Há uma debilitação constante com vários efeitos. A lei universal da natureza que foi ao começo somente a projeção da lei do Estado no cosmos, liberta-se e recebe um significado totalmente novo. Surge uma divisão que gera uma independência: de um lado a lei do Estado, a norma; e, de outro, a lei da natureza, a lei da causalidade, tornando-se ambas dois princípios inteiramente diferentes. Essa idéia se projeta, inclusive, no pensamento moderno e perdura longamente no direito, mantendo-se para alguns, ainda hoje, completamente permanente.

Para Kelsen a nova ciência da natureza começa onde termina o mito. Desde seu início essa ciência tendeu a separar a natureza da sociedade, a promover uma contraposição entre ciência e política ou, ao menos, estabelecer um dualismo entre ambas, o que era inteiramente alheio ao pensamento primitivo⁹⁷.

O reconhecimento da divisão metafísica desenvolvida pela filosofia grega da natureza leva ao reconhecimento da diferenciação do pensamento primitivo para um novo tipo de compreensão que se forma gradativamente no pensamento dos filósofos gregos. Isso faz com que Kelsen se debruce de maneira pontual sobre alguns deles para demonstrar claramente como e o quanto essa questão se desenvolve no pensamento dos gregos e anunciar como isso se projeta no pensamento moderno.

⁹⁷ Ibidem. p. 358.

Seguindo, portanto, o primeiro propósito do trabalho de pormenorizadamente examinar o estudo descritivo de Kelsen, dar-se-á continuidade agora à análise de sua constatação sobre os pensadores gregos e a formação da lei da causalidade.

Os primeiros pensadores a que Kelsen faz referência são: Tales, Anaximandro e Anaxímenes.

Tales, conhecido como o precursor da filosofia grega, acreditava num princípio fundamental pelo qual o universo podia ser uniformemente explicado. Para ele esse princípio era a água. Desse mesmo modo Anaximandro e Anaxímenes também acreditavam num princípio fundamental. O princípio de cada um, no entanto, era diferente: Anaximandro acreditava no infinito e Anaxímenes no ar. Essa constatação permite a afirmação de que os três, diferentemente do que até então havia se pensado, construíram o cosmos como monarquia.

Essa lei de um princípio fundamental significa não somente começo, origem, mas também governo, ou regra. Para Kelsen todo esse sentido da filosofia da natureza dos gregos floresce num momento em que a influência do despotismo oriental se tornava cada vez mais ostensível na Grécia⁹⁸.

O pensamento sobre a origem do mundo pelos antigos filósofos da natureza tinha como base a implicação de buscar não simplesmente um princípio de substancialidade, mas de mobilidade⁹⁹.

⁹⁸ Ibidem. p. 358.

⁹⁹ Nesse ponto Kelsen faz uma importante referência ao pensamento de Aristóteles em sua obra *De anima*: “Aristóteles dice de Tales que éste parecia haber “concebido al alma como una causa de movimiento, si es cierto que afirmó que el imán posee un alma porque atrae el hierro”. La causa, en cuanto motor [*mover*], es pensada todavía en una forma animista, o más bien personalista; pone en movimiento intencionalmente a algo, lo gobierna, lo atrae, tal como la piedra imán atrae el hierro. Esta idea, aún hoy, no es enteramente ajena al concepto popular de causalidad [...] Esta Idea de causación recuerda en otros respectos, también, al concepto primitivo de retribución; la causa atrae el efecto tal como el pecado, o, más exactamente, el hombre por su ato ilícito, atrae el castigo”. Ibidem. p. 358.

Nitidamente, nesse contexto, apresenta-se uma confrontação progressiva entre retribuição e causalidade no pensamento dos filósofos gregos da natureza. Pela primeira vez na humanidade eles pensaram uma lei imanente que governava o universo inteiro, e que chegava ao mesmo tempo a ser a mais nova enunciação da lei da causalidade, mas que por mais que generalizada fosse, era, todavia, essencialmente a lei de retribuição. Isso se revela na interpretação iniciada por Kelsen, que de maneira panorâmica apresenta, num sentido cronológico, a idéia de que do mesmo modo que a causa deve preceder ao efeito o pecado deve preceder o castigo¹⁰⁰.

Extensivamente a análise chega a Heráclito, que via na natureza uma tensão de opostos e a interpretou por meio de uma explicação puramente social, a guerra.

O pensamento de Heráclito possui elementos bastante interessantes que muito importam para o cerne do trabalho. Eram duas suas principais concepções teóricas. A teoria do *fluxo perpétuo* e a teoria da *mistura das coisas opostas*¹⁰¹.

A primeira teoria, a mais famosa, considerava que tudo estava num estado fluente, de continuidade, não sendo possível um estado de simples unidade, inércia, de imutabilidade. Essa teoria é representada pelo clássico exemplo do homem e do rio. Tal teoria foi contraposta por Parmênides, que defendia a existência de dois caminhos para a compreensão da realidade. O primeiro, o da filosofia da razão, da essência; o segundo, o da opinião pessoal, da credence que ele considerava como o modelo da proposta heraclítica. Para ele o ser era único, eterno, ilimitado, imóvel.

A outra teoria, da *mistura das coisas opostas*, afirma que as coisas estão num

¹⁰⁰ Ibidem. p. 363.

¹⁰¹ RUSSEL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*: livro primeiro. Tradução de Breno Silveira. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967. p. 50.

estado de tensão permanente, e que, a partir dessa tensão, chegamos a conclusões e a outros pontos de partida.

Heráclito acreditava na guerra e - como já afirmado - a via como uma interpretação social da sua crença na natureza como uma tensão de opostos. Ele tinha, inclusive, uma atitude bastante hostil em relação às religiões de sua época, principalmente à religião báquica, e em parte interpretava a teologia de sua época a fim de adaptá-la a sua doutrina.

A metafísica de Heráclito também considerava o fogo como o elemento primordial do qual todas as coisas haviam surgido. O mundo, portanto, não era construído pelos deuses, nem pelos homens; ele foi e sempre será um fogo eterno.

Esse sentido de tensão de opostos, da guerra, para Heráclito era comum a todas as coisas. A luta é justiça, e todas as coisas chegam a ser e desaparecer na luta. Nessa guerra em que os elementos combatem entre si, ele distingue uma lei universal da vida, o conceito central de sua filosofia, que era a idéia de *logos*, o mesmo que razão eterna, universal, transcendental, que governa todas as coisas. Assim sendo, o *logos*, conforme o qual sucedem todas as coisas, significa um sentido da lei de causalidade¹⁰². A causalidade como regra normativa que identifica a lei da natureza com o fado.

Para Heráclito a necessidade dos fatos, função essencial da causalidade, era a vontade inviolável de uma divindade que se apresentava como personificação da razão. Era a expressão da absoluta validade da ordem na qual se manifestava a vontade da divindade.

Kelsen explicita que essa necessidade expressava em grego, originariamente,

¹⁰² KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 364.

o significado de “porção merecida”. Ela advinha etimologicamente de um verbo cuja raiz quer dizer distribuir, correspondente na língua latina como merecer¹⁰³.

O fado, pois, é a porção de um segundo, o mérito ou pecado, pela inexorável vontade de uma divindade compensadora. Para Heráclito essa “porção merecida” é a inviolabilidade da regra jurídica, e a regra jurídica é indubitavelmente a de retribuição.

Enfim, Kelsen identifica que o princípio a retribuição era a base da lei universal de Heráclito, que enquanto regra jurídica era uma norma que estabelecia sanções.

La inviolabilidad de la ley causal, tan discutida en la moderna ciencia natural, lo absoluto de su validez, se origina en la inviolabilidad que el mito y la filosofía de la naturaleza proveniente de él atribuyeron al principio de retribución en cuanto sustencia de una voluntad divina y, así, absolutamente obligatoria. De ese principio de retribución la ciencia natural primigenia elaboro su ley da naturaleza¹⁰⁴.

Essa noção de necessidade que mantém em conexão o cosmos era a obrigação absoluta de uma norma jurídica divina.

Do mesmo modo que em Heráclito essa concepção também aparece em seu opositor Parmênides¹⁰⁵. O pensamento de Parmênides apresenta uma concepção inteiramente ético-jurídica do mundo. A verdade é idêntica com a justiça. *Díke* é tanto a deusa da justiça como a deusa da verdade.

Conseqüentemente, Kelsen faz referência a dois importantes pensamentos do mundo grego, o de Empédocles e dos atomistas.

¹⁰³ Ibidem. p. 365.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 366.

¹⁰⁵ A referência de Kelsen é ao poema de Parmênides traduzido para o espanhol como “Justicia Vengadora” que personificada na divindade impõe a ordem verdadeira e imutável, caracterizada pela retribuição.

A retribuição era também um conceito fundamental no pensamento de Empédocles. Totalmente influenciada pelos órficos e pelos pitagóricos, sua tese fundamental se referia a idéia de transmigração da alma, ou seja, uma específica ideologia da retribuição.

Para Empédocles a própria natureza com seus elementos produzia a retribuição. Ele retoma a idéia primitiva do animismo, que tem como norma fundamental a proibição de matar.

A retomada de um antagonismo entre bem e mal pressupõe a idéia de retribuição. Essa manifestação demonstra que a inviolabilidade da natureza possui o caráter absoluto de um vínculo normativo¹⁰⁶.

Enfim, Kelsen alcança o ponto de seu objetivo encontrado no pensamento dos atomistas Leucipo e Demócrito, com os quais, pela primeira vez, o conceito moderno de causalidade foi estabelecido. Eles estabeleceram de maneira original uma separação quase completa da lei de causalidade do princípio de retribuição com a eliminação da interpretação da natureza os elementos teológicos e todos os outros a fins.

Mientras, el orden del mundo es concebido como la expresión de una voluntad más o menos personal, racional, y que por ello, funciona conforme a propósitos, la ley de la naturaleza debe poseer el carácter de una norma, que por analogía con la norma social, la regla de derecho, garantiza el estado normativo de las cosas mediante sanciones. Esta ley universal debe ser la ley de retribución. Toda desviación de los sucesos respecto a esa ley es considerada la condición de una reacción proveniente de la voluntad divina y tendiente a restaurar el equilibrio en la naturaleza. Encontramos la misma idea en la moderna ciencia del derecho [*jurisprudence*]. Aquí, el delito es la condición de la sanción; y la sanción, especialmente la pena, la reacción contra el delito, es considerada el

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945. p. 375.

restablecimiento de la ley. Cosecuentemente, la inviolabilidad de la ley de la naturaleza, su necesidad absoluta, se refiere no tanto al hecho de que la naturaleza obedezca sin excepción la ley a que está sujeta, sino al hecho de que la reacción contra una posible desobediencia, el castigo de Díke, diosa de la justicia, es inevitable. El sol debe mantenerse en su órbita prescrita; y, si se desviara alguna vez de su camino, sería irresistiblemente castigado [*corrected*] por los demonios punitivos de la diosa de retribución. Heráclito todavía consideraba en esa forma a la ley de la naturaleza. Pero para los atomistas dejó de ser una norma, esto es, la expresión de una voluntad divina. Se tornó la manifestación de una necesidad objetiva impersonal¹⁰⁷.

Para os atomistas os fatos decisivos são colisão e separação, os golpes e contragolpes dos átomos, nesses fatos é que se manifesta a necessidade que se afirma como causalidade. Assim, para os atomistas, a causalidade era um fenômeno que se manifestava sob o esquema da ação e reação, uma idéia similar ao princípio da retribuição que liga uma ação a uma reação, o pecado com o castigo, o mérito com a recompensa.

Em Demócrito, tal qual em outras partes da filosofia grega da natureza, causa significa em grego *αἰτία* que tem como sentido original a palavra culpa. A causa é responsável pelo efeito. Esta é a conexão interna entre os elementos da lei de causalidade, e tal idéia não desapareceu completamente do pensamento da ciência natural moderna¹⁰⁸.

3 A LEI DA CAUSALIDADE E A CIÊNCIA MODERNA

O desenvolvimento do princípio da causalidade, absolutamente válido para o

¹⁰⁷ Ibidem. p. 375-376.

¹⁰⁸ Ibidem. p. 380.

pensamento dos atomistas, correu o risco de se perder durante o período da idade média com o triunfo do cristianismo em razão da concepção teológica de mundo que reinou durante esse período.

Com as nuances da nova ciência natural difundida por autores como Bacon, Galileu e Kepler¹⁰⁹, no entanto, o princípio da causalidade foi revivido de tal forma que permaneceu como sendo o único esquema de interpretação da natureza até recentemente, sendo questionado atualmente por algumas vertentes da física moderna.

O ponto de partida da constatação de uma crise no princípio da causalidade na época moderna identificada por Kelsen se inicia em Hume. Suas objeções se dirigiam, sobretudo, contra a idéia ainda dominante em seu tempo de que existia uma conexão objetiva entre causa e efeito, uma conexão inerente as próprias coisas, um laço íntimo no sentido de que a causa produz de alguma forma o efeito, ou seja, a causa produz algo que traz como conseqüência o efeito.

A proposta de Hume era transferir a conexão entre causa e efeito da esfera do objetivo para a esfera do subjetivo, fazendo assim da existência de um problema ontológico um problema epistemológico¹¹⁰.

Na verdade, Hume propõe uma separação do problema da causalidade em componentes ontológicos e epistemológicos partindo da idéia de que na natureza não há causalidade no sentido de uma conexão necessária, mas apenas uma sucessão regular dos fatos. A idéia de uma lei geral da causalidade conforme a qual causas similares produzem necessariamente efeitos similares era meramente um hábito de pensamento que partindo da observação constante de sucessões

¹⁰⁹ Ibidem. p. 385.

¹¹⁰ Ibidem. p. 384.

regulares acabou se tornando uma imutável convicção¹¹¹.

A proposta de Hume trouxe uma revelação importante, mas um pouco exagerada. O costume, por si só, não leva a mente a crer que dessa sucessão não esteja excluída toda exceção. Daí a razão pela qual Kelsen afirma que a teoria daquele filósofo é influenciada pela idéia do direito consuetudinário de sua época, ressaltando ainda que nem sequer o costume estabelece regra sem exceções.

Com isso se está a afirmar que a constatação de Hume é muito eficiente, porém, demonstra-se desligada do sentido originário do princípio da causalidade. Ela se apresenta mais como uma ideologia da causalidade de seu tempo do que como próprio sentido da razão pela qual este desenvolvimento não se baseia apenas no costume e no hábito.

A ligação é tão forte que o exercício da vontade da autoridade transcendental era o vínculo objetivo que unia causa e efeito. E, mesmo quando a lei da causalidade se separa do princípio da retribuição, a desmistificação dessa crença dificilmente é cumprida porque sempre se manteve metamorfoseada na causa metafísica¹¹².

Ao transformar a causalidade de uma conexão objetivamente necessária entre causa e efeito, imanente a natureza, em um princípio subjetivo do pensamento humano Hume - e também Kant - simplesmente libertaram a lei da causalidade de um elemento que ela herdou como sucessora do princípio da retribuição. Isso

¹¹¹ Nesse sentido Kelsen faz uma importante alusão a Kant: "Partiendo de este punto, y continuando en la dirección indicada por Hume, llegó Kant a su propia doctrina. Afirmó que la mera observación de la realidad no podía establecer la necesidad de una conexión entre dos hechos, como causa e efecto; consecuentemente, señaló el concepto de causalidad en una noción innata, una categoría a priori, una forma inevitable y necesaria de la cognición mediante la cual coordinamos mentalmente el material empírico de la percepción sensoria. Ibidem. p. 384.

¹¹² Ibidem. p. 386.

denota um desenvolvimento do pensamento humano pronto também a ser superado.

Kelsen passa, então, a se apoiar em sua análise nos desenvolvimentos da física moderna, demonstrando que existem outros elementos do conceito de causalidade que são controvertidos, como o de que todo efeito deve ser igual à sua causa, usado nos estudos sobre conservação de energia de Robert Mayer.

O princípio de conservação de energia, mediante o qual o desaparecimento de certa quantidade de energia de um tipo se dá pela ocorrência de certa quantidade de energia de outro tipo, tem um sentido completamente diferente do que possui o princípio de que a causa deve ser igual ao efeito.

Conforme se demonstrou anteriormente, o elemento da teoria da causalidade se originou da doutrina de retribuição, que se funda sobre a tendência substancializadora do pensamento primitivo, que torna todas as qualidades, condições e forças em substâncias qualitativamente determináveis a serem ponderadas de maneira proporcional. O sentido, porém, problemático dessa proporção sublinha o fato de que as medidas dos elementos não possuem caráter objetivo, senão representam meramente uma valoração subjetiva.

Kelsen parece querer esclarecer esse entendimento a partir da sua comparação com o direito penal. Se no direito penal se abandona a ideologia da retribuição - e com ela a idéia de que delito e castigo são substâncias -, e se se aceita no lugar da retribuição a prevenção como castigo, perde-se então o sentido equivalente de delito e pena. Nessas condições a pena não teria o papel repressor, mas o de prevenir delitos futuros. Nem o delito, nem a pena são quantidades objetivamente mensuradas. Para a teoria da prevenção a equivalência do delito e da

pena tem uma significação totalmente diferente do que possui a teoria da retribuição, da mesma forma que o princípio da equivalência das energias difere totalmente do princípio da igualdade de causa e efeito na velha teoria da causalidade¹¹³.

O progresso do princípio jurídico da prevenção está muito mais ligado com o progresso do princípio da física energética, que constitui uma superação do princípio da retribuição.

Kelsen apresenta, ainda, uma extensão do caráter problemático da afirmação de que a causa deve seguir o efeito e vice-versa. Isso derruba a idéia de que uma causa tem somente um efeito e de que um efeito tem somente uma causa. Nesse sentido o princípio da causalidade segundo a concepção popular denota um caráter bipartido.

Essa maneira de atribuir um caráter bipartido para o princípio da causalidade se dá pelo hábito de se interpretar a natureza segundo o princípio da retribuição, juridicamente representado pelo princípio um delito, uma pena, que gera a impossibilidade do *bis in idem*. Na verdade, cada causa tem um número infinito de efeitos, do mesmo modo que cada efeito tem um infinito número de causas¹¹⁴.

Outra maneira condicionada de se considerar o princípio da causalidade em extensão à maneira como se considera o princípio da retribuição diz respeito ao aspecto cronológico. A lei de causalidade foi originariamente considerada sob o mesmo aspecto do princípio da retribuição estando suas partes enlaçadas numa irreversível sucessão cronológica. Kelsen afirma que nessa forma de princípio assimétrico da lei de causalidade foi concebida como forma fundamental da lei da

¹¹³ Ibidem. p. 389.

¹¹⁴ Ibidem. p. 391.

natureza¹¹⁵.

A questão é que a sucessão cronológica dos fenômenos não é, conseqüentemente, um elemento essencial de uma lei natural. Na realidade a ciência moderna conhece muitas relações nas quais não aparece a diferença temporal entre os elementos relacionados, pois existem conexões funcionais entre fenômenos simultâneos. Desse modo, pode-se afirmar tranquilamente que há leis da natureza que não correspondem ao esquema original da causalidade¹¹⁶.

Com essa concepção moderna da lei da natureza como conceito de dependência funcional houve a emancipação da noção mais velha da causalidade como concatenação de dois acontecimentos existentes simultaneamente. Tal modificação no significado da lei de causalidade implica também sua emancipação do essencialmente assimétrico princípio da retribuição.

Nesse desenvolvimento da interpretação do princípio da causalidade, o maior confronto foi dado pela mecânica quântica, que após a identificação do princípio da indeterminação de Heisenberg, torna um tanto desnecessário o princípio da causalidade ou, no mínimo, esvai-lhe o conteúdo de certeza. Com ela ocorre uma modificação dos conceitos de causalidade no sentido de uma transição de certeza absoluta a mera probabilidade. Esta é a idéia de Reichenbach que “interpreta la crisis en la física moderna no como un proceso que implica el reemplazo de la causalidad por leyes estadísticas, sino, más correctamente, como una modificación del concepto de causalidad”¹¹⁷.

¹¹⁵ Ibidem. p. 391.

¹¹⁶ Ibidem. p. 392.

¹¹⁷ Sobre esse ponto há ainda uma severa crítica por alguns pensadores que negam que os resultados da mecânica quântica são uma concepção débil da lei na natureza como mera probabilidade. Este argumento repousa inclusive na afirmação de que a própria mecânica quântica pressupõe o princípio estrito da lei da causalidade com postulado epistemológico. Kelsen estende

Por fim, a última análise de Kelsen sob a concepção das leis da natureza, como esclarecedoras do futuro parte da relação com as normas jurídicas e a refutação de que as mesmas, como organizadoras da sociedade, são esclarecedoras do futuro como as leis da natureza.

Enquanto normas, as regras de direito expressam atividades moto-afetivas, mais do que simplesmente cognoscitivas. Elas não são juízos sobre acontecimentos futuros. Não são, sequer, juízos sobre a realidade. São normas que indicam o que deve suceder não podendo ser verdadeiras ou falsas. A visão de normas como juízos futuros parte de um reconhecimento de divindade normativa, o que não é possível entre os humanos. “Tenemos propensión a ignorar la diferencia entre la regla jurídica y la ley de la naturaleza porque ésta fué originariamente una regla de derecho expresante de la voluntad de Dios”¹¹⁸.

Conforme gradativamente demonstrado, no processo histórico do princípio da causalidade, ao menos até Hume, a idéia de causalidade foi considerada meramente como uma norma, como uma expressão da vontade divina, pois além de Deus ser a autoridade moral absoluta determinante das normas da vida social é também o criador do universo.

O grande ponto em que toca Hume é a revelação de renunciar à busca da necessidade denexo causal na vontade de Deus e com essa idéia abandonar, inclusive, toda a noção prévia da causalidade. Ela deixa de ser uma expressão da vontade divina, uma norma. A sua inviolabilidade enquanto não sendo um juízo

esse pensamento do uso da lei da causalidade para prever eventos futuros com um cálculo de probabilidade. Com base no *Essai philosophique sur les probabilités* de Laplace, ele evidencia a idéia de uma inteligência absoluta: “todo lo que se capta del futuro por medio del conocimiento es, en el fondo, meramente el pasado. Si se percibe la esencia de la ley da causalidad en el hecho de que determina el futuro, aun si fuera sólo para una inteligencia laplaceana, entonces se confirma, tal vez inconscientemente, el origen normativo de la ley de causalidad”. Ibidem. p. 398.

¹¹⁸ Ibidem. p. 399.

sobre a realidade que não pode ser contraditado é modificada pelo sentido da própria realidade. Nesse nível o conhecimento humano não admite mais como esquema de interpretação uma lei inviolável, razão que leva Kelsen a afirmar uma revolução no sentido interpretativo da lei de causalidade que vem acompanhado da superação da noção de causalidade como uma necessidade absoluta por uma simples probabilidade estatística, conforme previu a mecânica quântica. Isso porque se superou justamente o elemento mais importante da lei da causalidade que estava gravado na sua herança do princípio da retribuição: a necessidade com a qual a deusa da justiça, da retribuição, castigava aos malfeitores e mantinha o curso prescrito pela natureza.

Com a separação da lei da causalidade do princípio da retribuição ocorre o divórcio das noções de natureza e sociedade. A natureza fazia parte da sociedade segundo a interpretação que se dava pelo princípio da retribuição, e que se estendeu até uma lei universal que se impõe de maneira especial na teologia cristã. A natureza era a sociedade perfeitamente obediente¹¹⁹.

A idéia cristã da impossibilidade de violação dos mandatos de Deus mantém a teologia cristã somente com relação à natureza, e não com respeito à sociedade. Assim é que a teologia se vê forçada a admitir um limite à onipotência de Deus, e para explicar a existência do mal cria o livre arbítrio, ou seja, somente o homem em sociedade tem livre arbítrio, o que não existe na natureza¹²⁰.

Surge dessa concepção teológica do mundo nitidamente um dualismo entre natureza e sociedade, um dualismo que Kelsen chama de intra-sistemático porque é um dualismo de direito natural, no sentido de uma ordem jurídica natural, e

¹¹⁹ Ibidem. p. 408.

¹²⁰ Ibidem. p. 408.

sociedade. Isto é: um dualismo de direito natural e de direito positivo. Ele gera a clássica definição de direito natural como uma ordem jurídica natural vinculada a idéia de que a natureza é uma criação de Deus e de que suas leis são a expressão da vontade de Deus¹²¹.

Esse dualismo de natureza e sociedade se estende mas não se finda na especulação científica. Na análise crítica de Kelsen da natureza da norma, esse dualismo também se torna problemático. Com a pretensão do dever-ser completamente diferente da de ser, ou seja, da pretensão da norma ser uma lei da sociedade diferente da lei da causalidade surge uma interpretação considerada por certos autores como ideológica. Portanto o dualismo sociedade e natureza é substituído pelo dualismo realidade e ideologia.

Kelsen nota que para a sociedade moderna o fato aparece como parte da realidade determinado pelas mesmas leis que um fato natural. Não existe diferença social entre leis da natureza e leis sociais, mesmo porque a lei natural deixa de ter o caráter de necessidade absoluta e passa a ter o caráter de probabilidade estatística, diferente da especulação religiosa em que a natureza era uma parte da sociedade regida pelo princípio da retribuição¹²².

Com a completa emancipação da causalidade do princípio da retribuição, especificamente com relação à noção moderna de lei, há um retorno, agora não mais como mera interpretação animista, pois em parte ela foi substituída pelo próprio conceito de ciência. A sociedade passa, então, a se considerada como uma parte da natureza.

¹²¹ Ibidem. p. 408.

¹²² Ibidem. p. 410.

4 O PRINCÍPIO DA IMPUTAÇÃO: ENTRE CAUSALIDADE E IMPUTAÇÃO

A investigação kelseniana sobre a ciência jurídica¹²³ se pauta por um esquema rígido de exploração do direito. Considerando o direito como norma, ou seja, como sistema de normas, e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição dessas normas jurídicas e às relações por estas constituídas, “delimita-se o direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais”¹²⁴.

Para Kelsen, somente por essa via se alcança um critério seguro de distinção unívoca de sociedade e natureza e de ciência social e natural. Para desenvolver essa proposta que possibilita o sentido do princípio imputação, Kelsen retoma toda a discussão a que se referiu nos tópicos anteriormente abordados.

¹²³ Na segunda edição de sua obra mais afamada, *Reine Rechtslehre*, entre nós traduzida como *Teoria Pura do Direito*, Kelsen no terceiro capítulo se dedica ao sentido do direito enquanto ciência jurídica e retorna à noção a que anteriormente se referiu sobre a retribuição e a causalidade, implementadas agora, pelo conceito jurídico da imputação. Surgem nessa produção kelseniana elementos importantíssimos para a compreensão do tema. Nela são apresentadas as considerações sobre o sentido da ciência jurídica, as teorias estática e dinâmica e os conceitos de norma e proposição jurídica, para, após se retornar ao campo de distinção de uma ciência causal e de uma ciência normativa. Na afirmação que o objeto da ciência jurídica é o direito, de maneira menos evidente está a de que normas jurídicas são o objeto do direito e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, isto é, na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Conforme o desenvolvimento desse sentido da ciência jurídica enquanto reguladora da conduta humana, Kelsen apresenta duas teorias: uma estática, em que o direito é entendido com um sistema de normas em vigor, e uma dinâmica, que tem por objeto o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, o direito em seu movimento. De acordo com a maneira estrita com que Kelsen explora o objeto da ciência jurídica surgem dois importantes conceitos: o de norma jurídica e o de proposição jurídica. As proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que de conformidade com o sentido da ordem jurídica, nacional ou internacional, dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. São exemplos de proposições jurídicas: se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena, se alguém não paga uma dívida, deve ser procedida a execução forçada. Já as normas jurídicas não são juízos, elas são mandamentos, imperativos, comandos, permissões ou atribuições de poder ou competência, são prescrições.

¹²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 84.

Primeiramente, a natureza como uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, exemplificado com o clássico exemplo do aquecimento do ferro e sua conseqüente dilatação. Se há uma ciência social que é diferente da ciência natural, ela deve descrever seu objeto diferentemente do princípio de causalidade, ou melhor, não apenas a partir dele.

A sociedade enquanto ordem normativa da conduta humana não pode ser totalmente negada também como elemento da natureza. Nessa afirmação da sociedade enquanto ordem normativa se tem claro que na abordagem em que Kelsen se refere à conduta humana, verifica-se uma conexão dos atos de conduta humana entre si e com outros fatos. Desse modo, nota-se que Kelsen anuncia uma relação não apenas formada de acordo com o princípio da causalidade, mas também com um outro princípio que é totalmente diferente do princípio da causalidade.

Apenas com a compreensão e aplicação de tal princípio, a partir da prova de que está presente no pensamento humano e é aplicado por ciências que têm por objeto a conduta dos homens entre si enquanto determinada por normas, é que se poderá fundamentar a diferença da sociedade como uma ordem diferente da natureza. Somente com ele também se pode distinguir as ciências naturais das ciências que o aplicam na descrição de seu objeto, o que inclusive as determina com essencialmente diferentes.

A proposta de Kelsen, com efeito, é que somente quando a sociedade passa a ser entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é que ela pode ser concebida como um objeto diferente da ordem causal da natureza. Do mesmo modo também, só então é que a ciência social pode ser contraposta a

ciência natural.

Somente quanto o direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si, pode ele como fenômeno social ser distinguido da natureza e, assim, a ciência jurídica, enquanto ciência social, ser separada da ciência da natureza¹²⁵.

O princípio ordenador da ordem normativa da conduta dos homens entre si, diferente do princípio da causalidade, é designado por Kelsen como imputação (*Zurechnung*).

Na análise do seu pensamento jurídico, com relação às proposições jurídicas, no direito é aplicado efetivamente o princípio da imputação, que embora análogo ao da causalidade se distingue dele de maneira essencial. A analogia entre o princípio da imputação e o princípio da causalidade reside na circunstância de que o primeiro tem nas proposições jurídicas uma função completamente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais. Da mesma maneira que uma lei natural, uma proposição jurídica liga entre si dois elementos. Assim pode-se dizer que a diferença que existe é de que a ligação que se exprime na proposição jurídica é totalmente diferente da lei natural expressa pelo princípio da causalidade.

Enquanto uma lei natural se expressa na fórmula se A é B é, a proposição jurídica se expressa na fórmula se A é B deve-ser, mesmo quando B não seja. A circunstância que delimita essa separação faz surgir a idéia da ficção jurídica. Para Kelsen, a ligação da proposição jurídica vem de sua produção por uma norma estabelecida pela autoridade jurídica, por uma vontade, enquanto que a ligação de causa e efeito apresentada pela lei natural é totalmente independente de qualquer

¹²⁵ Ibidem. p. 86.

intervenção nesse sentido¹²⁶.

A expressão dever-ser (*Sollen*) utilizada como elemento de ligação designa o sentido do princípio da imputação como uma ligação de pressuposto e consequência.

O dever-ser jurídico, isto é, a cópula que na proposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange as três significações: a de um ser-prescrito, a de um ser-competente (ser-autorizado) e a de um ser (positivamente) permitido das consequências. Quer isto dizer: com o “dever-ser” (*Sollen*) que a proposição jurídica afirma são designadas as três funções normativas. Este “dever-ser” apenas exprime o específico sentido com que entre si são ligados ambos os fatos através de uma norma jurídica, ou seja, numa norma jurídica. A ciência jurídica não pode exprimir esta conexão produzida através na norma jurídica, especialmente a conexão do ilícito com consequência do ilícito, senão pela cópula “dever-ser” [...] Em especial, a ciência jurídica não pode afirmar que, de conformidade com uma determinada ciência jurídica, dede que se verifique um ilícito sem verifica efetivamente uma consequência do ilícito [...] Em nada altera a questão o fato de as normas de uma ordem jurídica a descrever pela ciência do Direito valerem, ou seja, o fato de a conduta por elas fixada somente ser devida (obrigatória), num sentido objetivo, quando tal conduta efetivamente corresponda, numa certa medida, à ordem jurídica. Esta eficácia da ordem jurídica é – como sempre tem de ser acentuado – apenas o pressuposto da vigência e não a própria vigência¹²⁷.

O fato de uma proposição jurídica descrever algo não quer dizer que esse algo seja da ordem do ser. Particularmente a proposição não é um imperativo. Ela é um juízo que na exploração kelseniana de matriz kantiana recebe o sentido de uma afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento, ela é uma descrição objetiva, ou seja, uma descrição alheia a valores (*wert-frei*) metajurídicos e sem qualquer sentido

¹²⁶ Kelsen a partir da distinção mencionada faz uma crítica pontual ao jusnaturalismo: “Esta distinção desaparece nos quadros de uma mundividência metafísico-religiosa. Com efeito, por força dessa mundividência, a ligação de causa e efeito é produzida pela vontade do divino Criador. Portanto, também as leis naturais descrevem normas nas quais se exprime a vontade divina, normas que prescrevem à natureza um determinado comportamento. E, por isso, uma teoria metafísica do direito crê poder encontrar na natureza um direito natural”. Ibidem. p. 87.

¹²⁷ Ibidem. p. 87-88.

emocional, que não se torna prescrição. Ela apresenta, tal qual a lei natural, a ligação de dois fatos, uma ligação funcional, que nesse sentido, segundo a analogia com a lei natural, também pode ser designada por lei jurídica, e tal como a lei natural apresenta um caráter geral, pois descreve as normas gerais da ordem jurídica e as relações por ela constituídas.

A noção de imputação a que Kelsen se refere é a mesma que se opera com o sentido jurídico de imputabilidade, a de que imputável é aquele que pode ser punido por sua conduta, aquele que pode ser responsabilizado por ela. Inimputável, de modo contrário, é aquele que por ser menor ou doente mental não pode ser punido pela mesma conduta, não pode ser por ela responsabilizado¹²⁸.

A imputação que se apresenta no conceito de imputabilidade não é a ligação de uma determinada conduta com a pessoa que assim se conduz, mas a ligação de uma determinada conduta, de um ilícito, com uma consequência do ilícito. Por isso Kelsen afirma que a consequência do ilícito é imputada ao ilícito, mas não é produzida pelo ilícito, como sua causa. Por certo, portanto, que a ciência jurídica não busca uma explicação causal dos fenômenos jurídicos, e em suas proposições jurídicas que descrevem estes fenômenos ela não aplica o princípio da causalidade, mas sim o princípio da imputação.

Essa reflexão sobre o princípio da imputação retoma a reflexão inicial sobre o princípio da retribuição nas sociedades primitivas. Como pormenorizadamente relatado, o homem primitivo interpreta os fatos que apreende através dos seus

¹²⁸ Sobre esse ponto referente à responsabilidade e a possibilidade de sua imputabilidade é relevante a análise de Kelsen na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado* quando se refere ao termo *Unzurechnungsfähig* que em alemão tem o sentido de inimputável: "no sanction can be directed against him because He does not fulfill certain personal requirements, conditions for a sanction [...]. The English term "irresponsible" is equivalent to the German *unzurechnungsfähig*, which literally means incapable of being a subject to whom something can be imputed" KELSEN, Hans. *General theory of law and state*. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949. p. 90.

sentidos segundo os mesmos princípios que determinam as relações com os seus semelhantes, conforme normas sociais, pois é fato que na consciência dos homens que vivem em sociedade, existe a representação de normas que regulam a conduta e vinculam os indivíduos e que, por assim ser, apresentam as normas e sanções mais antigas da humanidade.

Para Kelsen, as normas mais antigas da humanidade provavelmente são aquelas que visam a limitar os impulsos sexuais e agressivos. O incesto e o homicídio são, absolutamente, os crimes mais antigos, como são a perda da paz (*Fried-loslegung*) e a vingança de sangue as mais antigas sanções socialmente organizadas, as quais possuem em sua base originária a regra da retribuição¹²⁹.

Para o homem primitivo, aquilo que a ciência moderna denomina como natureza é uma parte de sua sociedade como ordem normativa, cujos elementos estão ligados entre si segundo o princípio fundamental da imputação.

O princípio da imputação no seu significado original conexiona um com o outro dois atos de conduta humana e as normas de uma ordem social não têm apenas de se referir à conduta humana, pois podem referir-se também a outros fatos. A imputação que se realiza com fundamento no princípio da retribuição e representa a responsabilidade moral e jurídica é um caso particular. O mais importante da imputação, no sentido lato da palavra, é a ligação da conduta humana com o pressuposto sob o qual essa conduta é prescrita numa norma. Desse modo, toda retribuição é imputação, mas nem toda imputação é retribuição¹³⁰.

Com esse desenvolvimento que *pari passu* vem se desdobrando ao longo do

¹²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 92.

¹³⁰ *Ibidem*. p. 111.

trabalho, retoma-se e se reforça a grande probabilidade de que a lei da causalidade tenha surgido da norma de retribuição, agora de maneira mais evidente, como resultado de uma transformação do princípio da imputação, em virtude do qual, na norma de retribuição, a conduta não-reta é ligada à pena e a conduta reta é ligada ao prêmio. Processo de transformação esse, conforme demonstrado, iniciado na filosofia natural dos gregos.

Assim sendo - continuando com o escopo da pesquisa - cabe evidenciar, por fim, algumas diferenças entre o princípio da causalidade e o princípio da imputação¹³¹.

Ao passo que ambos se apresentam como juízos hipotéticos nos quais um determinado pressuposto é ligado com uma determinada conseqüência, revela-se sua primeira diferença justamente no sentido da ligação de cada um. O princípio da causalidade afirma que, quando A é, B é ou será, já o princípio da imputação afirma que quando A é B deve-ser.

Outra diferença profundamente importante consiste em que toda a causa concreta pressupõe como efeito uma outra causa, e todo efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito, de tal forma que a cadeia de causa e efeito é interminável nos dois sentidos. Já no princípio da imputação a situação se dá de maneira diferente: o pressuposto a que é imputada a conseqüência, seja numa lei moral, seja numa lei jurídica, não é necessariamente uma conseqüência que tenha de ser atribuída a outro pressuposto, e a conseqüência também não tem necessariamente de ser outro pressuposto a que se deva atribuir nova

¹³¹ Nesse sentido, importante também a análise dos capítulos 6 e 7 da obra *Teoria geral das normas* de Kelsen, escrita mais para o final de sua produção e vida, referentes a Lei Natural e Social e a relação e diferenciação entre Causalidade e Imputação. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 29-33.

conseqüência.

A terceira diferença é a de que há um ponto terminal na imputação diferentemente do que ocorre na série causal. Esse ponto terminal da imputação é inconciliável com a idéia de causalidade.

4.1 Entre a necessidade da natureza e a liberdade da sociedade

Acompanhada a trajetória que aqui se propôs sobre os princípios da retribuição, da causalidade e da imputação, resta, por fim, encerrar a análise kelseneana com uma questão que é delimitada justamente na afirmação de que há um ponto terminal da imputação, mas que não há um ponto terminal da causalidade.

Essa oposição sobre um ponto terminal entre causalidade e imputação se baseia entre a necessidade, que prevalece na natureza, e a liberdade, que dentro da sociedade existe e é essencial nas relações normativas dos homens. Afirmar que um homem como parte da natureza não é livre significa dizer que sua conduta considerada como fato natural é por força de uma lei da natureza causada por outros fatos, ou seja, tem que ser vista como efeito desses fatos e, portanto, determinada por eles¹³². Isso é algo completamente diferente de dizer que um homem é livre moral ou juridicamente.

A questão se estreita justamente sobre a base estrutural da imputação, pois quando um homem é responsabilizado por sua conduta moral ou imoral, jurídica ou antijurídica, são respectivamente imputados um prêmio, um castigo ou uma

¹³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 102.

conseqüência qualquer do ilícito, e essa imputação encontra o seu ponto terminal na conduta do homem interpretada como ato meritório, como pecado ou como ilícito.

Evidente, portanto, que o problema da responsabilidade moral ou jurídica está essencialmente ligado com a retribuição, e nesse sentido a retribuição é imputação da recompensa ao mérito, da penitência ao pecado, da pena ao ilícito.

Na conduta do indivíduo a imputação representa a sua responsabilidade moral ou jurídica e encontra seu ponto final. No entanto essa “conduta que constitui o ponto terminal da imputação – que, de acordo com uma ordem moral ou jurídica, apenas representa a responsabilidade segundo essa ordem existente -, de acordo com a causalidade da ordem da natureza não é, nem como causa, nem como efeito, um ponto terminal, mas apenas um elo numa série sem fim”¹³³.

O verdadeiro significado da idéia de que o homem, enquanto sujeito de uma ordem moral ou jurídica é livre, significa que ele é o ponto terminal de uma imputação apenas possível com base nessa ordem normativa em que ele está inserido.

A verdade, porém, é que o pressuposto de que apenas a liberdade do homem, ou seja, o fato de ele não estar submetido à lei da causalidade, é que torna possível a responsabilidade ou imputação está em aberta contradição com os fatos da vida social. A instituição de uma ordem normativa reguladora da conduta dos indivíduos – com base na qual somente pode ter lugar a imputação – pressupõe exatamente que a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja causalmente determinável e, portanto, não seja livre [...]. Só através do fato de a ordem normativa se inserir, como conteúdo das representações dos indivíduos cuja conduta ele regula, no processo causal, no fluxo de causas e efeitos, é que esta ordem preenche a sua função social. E também só com base numa tal ordem normativa, que pressupõe a sua causalidade relativamente à vontade do indivíduo que lhe está submetido, é que a imputação pode ter lugar [...]. Por vezes não se nega que a

¹³³ Ibidem, p. 104.

vontade do homem seja efetivamente determinada pela via causal, como todo acontecer, mas afirma-se que, para tornar possível a imputação ético-jurídica, se deve considerar o homem como se sua vontade fosse livre, a sua não-determinação causal, como uma ficção necessária [...] A imputação não pressupõe nem o fato nem a ficção da liberdade como uma indeterminação causal, nem o erro subjetivo dos homens que se crêem livres¹³⁴.

Kelsen é muito cauteloso no trato e na percepção da potencialidade jurídica de organização social do princípio da imputação, esquivando-se de grande parte dos possíveis equívocos que sua estrutura enquanto formação – afirmação de que quando A é B deve-ser - pode acarretar.

Na verdade, a causalidade não exclui a imputação, e é a determinabilidade causal da vontade que torna possível a imputação, e não o inverso. Para Kelsen não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas sim, o contrário, o homem é livre porque se lhe imputa algo. Nesse sentido imputação e liberdade possuem de fato uma conexão. Assim sendo, não existe nenhuma contradição entre a ordem da natureza, de um lado, e a ordem moral e jurídica, de outro. O resultado disso é a clássica distinção kelseniana de que a primeira é uma ordem de ser e as outras são ordens de dever-ser, apenas podendo haver contradição lógica entre um ser e um ser e um dever-ser e um dever-ser, mas jamais de ser com dever-ser ou de dever-ser com ser¹³⁵.

O que é decisivo nessa relação e diferenciação de causalidade e imputação é que a imputação, em contraposição à causalidade, chega a um fim da conduta humana que, segundo uma lei moral, religiosa ou jurídica, é a condição de consequência determinada por aquela lei, como condição da recompensa, da

¹³⁴ Ibidem. p. 105-107.

¹³⁵ Esse dualismo de matriz kantiana a que se reporta Kelsen recebe algumas críticas no sentido de que dever-ser, cuja expressão é a norma, às vezes é considerada sem sentido ou tão somente uma ilusão ideológica. Nesse sentido, também cf. KELSEN, Hans. *Aufsätze zur Ideologiekritik mit einer Einleitung herausgegeben von Ernest Topitsch*, Berlin: Luchterland, 1964.

penitência, da punição¹³⁶.

Para Kelsen, esse é o verdadeiro significado da afirmação de que o homem é livre, “a liberdade é geralmente compreendida como isenção do princípio de causalidade, e a causalidade é (ou foi originariamente) interpretada como necessidade absoluta¹³⁷”. Isso cria o sentido usual de se supor que apenas sua liberdade enquanto isenção do princípio da causalidade torna possível a imputação, porém, o que se dá acertadamente é o oposto. Os seres humanos são livres porque se imputa a eles recompensa, penitência ou punição como consequência às suas condutas; isso não porque a conduta humana não seja determinada por leis causais, mas pelo fato inegável que ele é determinada por leis causais. O homem é livre porque sua conduta é o ponto final da imputação e ela pode ser o ponto final da imputação mesmo se tal conduta for determinada por leis causais¹³⁸.

¹³⁶ KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 333.

¹³⁷ Ibidem. p. 333.

¹³⁸ No artigo de Kelsen a que nos referimos publicado originalmente na *Ethics* denominado *Causalidade e Imputação*, ele exclusivamente relaciona a questão do livre arbítrio e da causalidade a partir da tentativa mais importante de harmonizar a lei universal da causalidade com a liberdade de arbítrio feita por Max Planck. “Ele pressupõe a validade de uma lei universal da causalidade, segundo a qual existe uma ligação causal fixa em todos os eventos da natureza e do mundo espiritual, e considera como critério decisivo do fato de um evento poder ser previsto com certeza por um observador que possui o conhecimento necessário das circunstâncias anteriores ao evento e que não interfere nesse evento. Ele admite ‘que seria tolice falar de uma causalidade universal se existissem exceções a ela, se, em outras palavras, os eventos da vida consciente ou subconsciente da alma, os sentimentos, as sanções, os pensamentos e também a vontade não estivessem sujeitas à lei de causalidade [...]’. Não obstante, ele insiste na liberdade de arbítrio porque pensa que tal liberdade é uma condição essencial da responsabilidade moral do homem; e por essa razão, afirma que não há contradição entre a suposição de uma lei universal de causalidade e a idéia de um livre-arbítrio; que é possível sustentar a segunda ‘sem renunciar à suposição de uma lei universal estrita de causalidade’ [...] Ele afirma ‘que a lei de causalidade, por um lado, e a liberdade de arbítrio, por outro, referem-se a questões totalmente diferentes’. A lei da causalidade é a resposta da ciência à questão da estrutura da realidade. A ‘questão quanto a ser ou não livre a vontade é unicamente uma questão de consciência individual; pode ser respondida apenas pelo ego. A noção da liberdade do arbítrio humano pode significar apenas que o indivíduo sente-se livre, e só ele pode saber se assim se sente’. [...] se Planck não demonstrasse nada a respeito do fato evidente de que não há contradição entre a lei de causalidade e o ‘sentimento’ de ser livre de um homem, não contribuiria com nada justamente para o problema que está no centro do grande antagonismo entre determinismo e indeterminismo: o problema de poder ou não a vontade humana ser concebida – e não sentida – como causalmente determinada. Na verdade, é essa questão que Planck tenta responder afirmativamente [...] Planck afirma que a questão de se a vontade é ou não causalmente determinada tem de ser respondida negativamente do ponto de vista subjetivo da consciência individual, porque o homem nunca pode

Na esteira da análise do posicionamento de Max Planck, Kelsen aprofunda a relação que se insere entre a sua conceituação normativa do direito e a liberdade.

Kelsen apresenta que a questão da liberdade de arbítrio parece ser sustentada pela moderna física, especialmente pelos resultados da mecânica quântica, na qual é seriamente criticada a suposição de uma lei universal da causalidade. Mesmo antes da descoberta desse novo campo da física já se podia argumentar sobre a inexistência de uma causalidade estrita da realidade, pois pela insuficiência de nossos sentidos e pela inevitável inexatidão de nossas observações deles resultantes, não existe nenhum evento na realidade que possa ser previsto com certeza absoluta.

De qualquer maneira, opondo-se a essa idéia, o princípio da causalidade estrita pode ser sustentado, sendo relacionado não somente com a realidade tal como dada imediatamente aos sentidos, mas com o retrato ideal do mundo construído pela ciência da física.

A física diz Planck “coloca um novo mundo no lugar do que nos é dado pelos sentidos ou pelos instrumentos de medição usados para auxiliar os sentidos. Esse outro mundo é a chamada representação do mundo físico. Ele é uma mera estrutura intelectual. Até certo ponto, é arbitrário. É uma espécie de modelo ou idealização criada para evitar a inexatidão inerente a todas as medições e para facilitar a definição exata.” “Enquanto a previsão de qualquer evento no mundo dos sentidos está sempre sujeita a certa inexatidão, todos os eventos da representação do mundo físico acontecem em

prever seu comportamento futuro [...] O homem como observador de si mesmo não pode prever sua conduta futura porque o ato de observação interfere no objeto observado. Mas desse fato não decorre que o objeto da observação seja causalmente determinado. A situação é similar à descrita pelo chamado princípio de incerteza da física quântica [...] Há duas questões. A primeira é se a vontade humana é ou não determinada causalmente, e a resposta é que ela é determinada causalmente. A segunda é se o indivíduo pode compreender seu ato de vontade futuro como causalmente determinado, e a resposta é que não pode. Isso, porém não significa que seu ato de vontade não seja determinado [...] Outro argumento de Planck, não menos falacioso, para demonstrar a compatibilidade da lei causal com o livre arbítrio é a afirmação de que é logicamente impossível aplicar a lei de causalidade à vontade humana, já que essa vontade é parte do próprio ego, e que o ego, como sujeito de cognição é inacessível a qualquer cognição – portanto, também a uma cognição causal.” Ibidem. p. 334-339.

conformidade com certas leis definidas que podem ser formuladas e, portanto, são causalmente determinadas.” Contudo, existe na mecânica quântica um fenômeno que parece escapar a essa interpretação. É a chamada relação de incerteza, originalmente formulada por Heisenberg. Essa relação afirma, entre outras coisas, que “a medição da velocidade de um elétron tanto mais inexata quanto mais exata a medição de sua suposição no espaço, e vice-versa”. A razão disso é que “só podemos determinar a posição de um elétron em movimento se pudermos vê-lo e para vê-lo, devemos iluminá-lo, isto é, devemos permitir que a luz incida sobre ele. Os raios que incidem sobre ele chocam-se com o elétron, e assim, alteram sua velocidade de uma maneira que é impossível calcular. [...] Isso significa que o objeto da observação é modificado pelo próprio ato da observação, por mais exata que possa ser essa observação. Ela constitui uma interferência causal no processo observado e, assim, torna impossível o discernimento do nexa causal do fenômeno observado. Muitos físicos, entre eles Heisenberg e Bohr, concluem a partir dessa impossibilidade que o comportamento do elétron individual pode ser previsto apenas com certo grau de probabilidade estatística, que, conseqüentemente, não pode ser interpretado como sujeito à lei da causalidade, que essa lei não se aplica nesse caso, que não há causalidade estrita na realidade da natureza, que as chamadas leis da natureza são meramente leis de probabilidades sujeitas a exceções¹³⁹.

Essa constatação criou duas interpretações entre os físicos e filósofos. A primeira de que com o princípio da incerteza a natureza não é, como supunha a física clássica, governada por leis, sendo assim organizada e compreendida. A segunda, refutando a primeira, é bem representada na afirmação de Planck, que entende que o abandono da lei da causalidade se estrutura numa confusão entre o mundo dos sentidos e o da representação física.

Por fim, abalizando sua cautelosa análise, Kelsen expõe a sustentação do princípio da causalidade estrita interpretando-o como um postulado epistemológico. Nessa interpretação, esse postulado apresenta-se como uma norma dirigida à cognição humana que exige a procura de uma ligação entre os fenômenos

¹³⁹ Ibidem. p.340.

observáveis no mundo dos sentidos. Desse modo, ele determina a concepção desses fatos como causa e efeito e, assim, obtém uma explicação da realidade¹⁴⁰. Tal como a norma jurídica, o princípio da causalidade não é verdadeiro nem falso. Na interpretação epistemológica importa apenas se ele é útil ou não.

Enquanto concebido como norma epistemológica, não relacionado com o mundo dos sentidos, mas com a representação ideal do mundo da ciência da física, sua validade estrita é inquestionável. Por outro lado, se é concebido como implícito nas leis pelas quais a ciência natural, na sua presente condição, descreve o mundo dos sentidos, essas leis da natureza podem ser consideradas leis estatísticas de probabilidade. Passam, portanto, a permitir exceções¹⁴¹.

A asserção de que o arbítrio é livre não se refere à esfera da realidade natural, mas à esfera de validade de normas jurídicas. A liberdade de arbítrio está ligada à responsabilidade jurídica, isto é, à imputação, tanto que não existe algo como responsabilidade na realidade natural. Ela é constituída por uma ordem normativa, tanto na moral quanto no direito.

Para Kelsen, não é possível extrair de uma observação da mecânica quântica qualquer conclusão quanto à liberdade de arbítrio, pois esse conceito não tem o sentido negativo de que a vontade humana não é determinada causalmente, mas o sentido positivo de que a vontade humana e a conduta humana causada por essa

¹⁴⁰ Ibidem. p.341.

¹⁴¹ Ibidem. p. 342-343. Nesse ponto, Kelsen afirmando a validade estrita do princípio da causalidade retoma e se afasta novamente da idéia sobre a inteligência transcendente de Laplace e a compara com Planck como que também recorre a essa concepção, ao passo que abandona a tentativa de sustentar o princípio estrito da causalidade relacionando-o com a representação ideal do mundo construído pela física. A suposição de Planck, analisa Kelsen, de uma inteligência ideal e transcendente é influenciada por sentimentos religiosos, sendo evidente que a crença em Deus está por trás da suposição de uma inteligência ideal e transcendental e da liberdade de arbítrio.

vontade são o ponto final de uma imputação normativa¹⁴².

A proposta reconciliatória de Kelsen caminha nesse sentido. Para reconciliar a idéia de liberdade, dominante na sociedade como ordem normativa, com a lei da natureza como ordem causal, não é necessário se apoiar numa idéia metafísico-religiosa sustentada na base do indeterminismo. Isso é possível no campo da ciência racional, se, ao mesmo tempo em que se aceite o princípio da imputação como um princípio diferente do da causalidade, considere-o análogo a este.

Um realiza nas ciências sociais o que o outro realiza nas ciências naturais. Kelsen, assim, acredita estar dando solução ao antigo problema de uma antinomia alegadamente insolúvel entre a necessidade natural e a liberdade social¹⁴³. Essa divisão, que parece ser uma contradição entre duas filosofias, acaba sendo um paralelismo de dois modos diferentes de cognição. Sendo um plenamente compatível com o outro, eles se apresentam num dualismo. O dualismo de causalidade e imputação.

¹⁴² Ibidem. p. 344.

¹⁴³ Ibidem. p. 345.

CAPÍTULO 2. NIETZSCHE E A RECONSTITUIÇÃO DA (PRÉ)HISTÓRIA DA HUMANIDADE: A DETERMINAÇÃO DO PROCESSO DE HUMANIZAÇÃO POR CONCEITOS E CATEGORIAS JURÍDICAS

1 A WELTANSCHAUUNG NIETZSCHEANA E SUA REFLEXÃO SOBRE A (PRÉ)HISTÓRIA DA HUMANIDADE

A proposta de que aqui se ocupa, de tomar o pensamento nietzscheano sobre a determinação do processo de humanização por conceitos e categorias jurídicas para, depois, relacioná-lo radicalmente com o pensamento kelseneano tratado no primeiro capítulo do trabalho, envolve duas etapas. A primeira considera o pensamento nietzscheano e a maneira de com ele lidar para os fins a que se propõe, e a segunda busca aprofundar, especificamente, essa sua proposta apresentada vigorosamente na Segunda Dissertação da obra *Para genealogia da moral*.

Friedrich W. Nietzsche é considerado pelos escritores de história da filosofia, de maneira geral, como um filósofo de estilo aforístico e poético, crítico da moral e religião cristã, opositor à temática metafísica socrático-platônica e um pensador da cultura. Em alguns casos, no entanto, por esse seu estilo aforístico, em outros por sua maneira irônica e encantadora de escrever, acabou sendo exposto ao mal entendimento, principalmente no que concerne aos temas sociais e políticos, diferente do que aconteceu com outros filósofos considerados como construtores de

“sistemas”, como, por exemplo, Aristóteles, Kant, Leibniz ou Hegel¹⁴⁴.

Muitas das interpretações sobre sua filosofia, portanto, são estéreis, falseadas. Algumas, inclusive, desonestas intelectualmente, o que possibilita a afirmação de que a filosofia de Nietzsche resta ainda pouco compreendida.

Em verdade, o pensamento filosófico de Nietzsche não segue simplesmente uma relação lógica de concatenação entre seus conceitos. Os conceitos se entrelaçam e se formam conjuntamente, o que também não quer dizer que seu pensamento seja desconcatenado. Há um fio condutor filosófico irradiador que permeia seu pensamento e, de certa maneira intencional, evitando a necessidade de uma entabulada sistematicidade¹⁴⁵.

Nesse sentido - concordando com os apontamentos iniciais sobre o pensamento de Nietzsche - a proposta do trabalho se insere numa crítica que refuta a imputação infundada de incoerência e carência de conteúdo sócio-político em sua obra, partindo da afirmação de que temas centrais da sua filosofia se originam e são desenvolvidos em relação a questões sociais e políticas, especialmente também com a filosofia do direito - escopo principal do trabalho - que podem, portanto, ser

¹⁴⁴ FINK, Eugen. *A filosofia de Nietzsche*. Tradução de Joaquim Lourenço Duarte Peixoto. Lisboa: Editorial Presença, 1988. p. 9.

¹⁴⁵ Sobre essa questão é interessante o posicionamento de Mário da Silva em nota da tradução da obra *Assim falou Zarathustra*: “Como se sabe, a filosofia de Nietzsche (ou, melhor, a sua “*Weltanschauung*”) nada tem de sistemático [...] Parece que não faltou quem tentasse construir uma sorte de “sistema” filosófico nietzscheano utilizando os elementos fundamentais dessa “*Weltanschauung*”: coligando, por exemplo, a concepção agnóstica da vida e da natureza como puro acaso (despidas tanto de mecanismo como de causas finais) com idéias do super-homem, da negação da moral, do eterno retorno, da vontade de poder, etc. Não se vê bem, contudo, como a empreitada fosse possível, quando se considera que tais pensamentos não constituem conceitos concatenados por uma relação de lógica necessidade e, portanto, dedutíveis, cada um deles, do conteúdo especulativo do outro, senão que, ao contrário, formam representações ou intuições por si, ainda que geradas, naturalmente, de uma só matriz espiritual, seu empírico centro de irradiação. (Nesse sentido, não deixa de ter razão Heidegger, quando chama Nietzsche, no estudo que lhe dedicou, de “o último metafísico do Ocidente[...].” NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falou Zarathustra*: um livro para todos e para ninguém. Tradução de Mário da Silva. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 16-17.

enquadradas como elementos fundamentais de sua filosofia da cultura¹⁴⁶.

A proposta hermenêutica que se lança no intuito de comprovar a afirmação se projeta em dois sentidos, que - como também se propôs hermeneuticamente - se relacionam diretamente com o pensamento kelseneano.

O primeiro é analisar a comprovação da tese de Nietzsche sobre a (pré)história da humanidade, como indicada por ele na Segunda Dissertação de *Para a genealogia da moral*. Para Nietzsche ela tem início com a criação da memória, e ocorre num contexto completamente determinado por conceitos e categorias jurídicas. O segundo, mantendo-se em relação acessória e conseqüente ao primeiro, busca traçar considerações sobre sua teoria psicológica da vingança e do ressentimento lançando uma hipótese interpretativa, emergente de sua reflexão sobre as categorias jurídicas, no caso, mais particularmente ao direito penal, tendo em vista sua crítica à polêmica interpretação de Eugen Dühring sobre a origem da pena.

Para tal reflexão, cumpre ressaltar ainda a importância evidente do emprego do método genealógico de Nietzsche.

“Genealogia da moral” é a expressão utilizada por Nietzsche para indicar o seu programa de desconstrução e redução da moral, que se caracteriza substancialmente em dois pontos. O primeiro consiste em mostrar que os supostos valores “eternos” e “imutáveis” da ética, na realidade têm caráter “histórico” ou de “devir”, sendo, portanto, produto das circunstâncias. Já o segundo consiste em mostrar que os denominados valores “absolutos” e “transcendentes” da moral têm raízes na esfera instintiva e pulsional do ser humano. Esse critério genealógico que

¹⁴⁶ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 21.

erige a “suspeita” em princípio hermenêutico é aplicado não só à ética, mas também a qualquer doutrina ou semântica cultural, tanto de tipo metafísico quanto artístico ou religioso, sendo característica dele a interpretação nietzscheana da metafísica ocidental¹⁴⁷.

O método genealógico adotado por Nietzsche há de ser, por conseguinte, esclarecido na abordagem que se segue em todo o segundo capítulo. Por ela se observa a perspectiva lançada por Nietzsche na (pré)história do processo civilizatório que encontra-se demarcado por conceitos e categorias jurídicas que, atravessados pelo método genealógico, revelam importantes constatações.

Em que pese o aprofundamento do trabalho se dar mais especificamente no cerne da Segunda Dissertação de *Para genealogia da moral*, encontram-se as indicações mais importantes desse método genealógico na nota do § 17 da Primeira Dissertação. Nela Nietzsche dá diversas sugestões aos filósofos, historiadores e filólogos para se aprofundarem nos estudos histórico-morais, destacando a importância da ciência da linguagem para a genealogia e assinalando a importância igualmente necessária que os médicos e fisiólogos se interessem por esse mesmo problema.

Aproveito a oportunidade que me oferece esta dissertação para expressar pública e formalmente um desejo, desejo que até o momento revelei apenas em conversas ocasionais com estudiosos: que alguma faculdade de filosofia tome pra si o mérito de promover os estudos *histórico-morais*, instituindo uma série de prêmios acadêmicos – talvez este livro possa dar um impulso vigoroso nesta direção. Tendo em vista tal possibilidade, propõe-se a questão seguinte; ela merece a atenção dos filólogos e historiadores, tanto quanto a dos profissionais da filosofia. “*Que indicações fornece a ciência da linguagem, em especial a pesquisa etimológica, para a história da evolução dos conceitos morais?*” – É igualmente necessário, por

¹⁴⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 556-557.

outro lado, fazer com que os fisiólogos e médicos se interessem por este problema (o do *valor* das valorações até agora existentes): no que pode ser deixado aos filósofos de ofício representarem os porta-vozes e mediadores também neste caso particular, após terem conseguido transformar a relação entre filosofia, fisiologia e medicina, originalmente tão seca e desconfiada, num intercâmbio dos mais amistosos e frutíferos¹⁴⁸.

Aprofundando a importância do filósofo no emprego do método genealógico, Nietzsche também reforça a importância que tem sua continuação na complementação da análise filológica.

Em *Aurora*, no prólogo, Nietzsche alerta a necessidade de ser um “filósofo toupeira” que perfura, escava, solapa; um aparente Trofônio, nos ocultos lances das suas forças corporais acompanhado da vagareza na arte de ler, ler devagar, com profundidade os fatos da vida¹⁴⁹.

De maneira concernente ao seu esclarecimento genealógico em *Para genealogia da moral* Nietzsche recorre insistentemente em querer demonstrar ao modo como certos filósofos utilizaram uma genealogia da moral estropiada, principalmente quando se nota o modo pelo qual foi realizada a pesquisa sobre a origem (*Ursprung*) e proveniência (*Herkunft*) de certos conceitos, como o de “bom” ou o de “culpa/dívida” (*Schuld*).

Assim, Nietzsche emprega o estudo da genealogia das palavras para descrever o processo metafórico pela qual algumas palavras fundamentais - como as acima referidas - aos poucos assumiram significados de caráter moral. Ele encara o significado como algo radicalmente histórico, sendo um dos pontos-chave não se confundir a origem de algo com a sua finalidade. Isso revela ainda mais sua crítica

¹⁴⁸. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Primeira Dissertação, § 17, p. 45.

¹⁴⁹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Prólogo, p. 9.

aos genealogistas da moral indicando que a eles falta um senso histórico genuíno que os faz acabarem escrevendo não uma genealogia, mas uma história da emergência de uma coisa (*Entstehungsgeschichte*)¹⁵⁰.

Para Nietzsche, analisando-se as “origens”, demonstra-se que no começo das coisas são encontrados o conflito, a luta e a contestação. Ao reconstruir o passado, seus objetivos são práticos, desejando opor-se aos preconceitos do presente que impõem uma interpretação do passado com o fim de sustentar seus valores democráticos e altruísticos. Sua tentativa, enfaticamente, na *Genealogia* é de maneira original e provocadora mostrar que a moral e as noções legais têm uma história e que o homem estudado como animal político e moral, precisa “vir-a-ser”. Para Nietzsche, quase tudo que existe está aberto à interpretação¹⁵¹. A própria vida nada mais é do que uma disputa e conflito de valores¹⁵².

Foucault analisa bem essa característica do método genealógico de encontrar no começo histórico das coisas a discórdia, o disparate.

Para Foucault, a genealogia se opõe ao desenvolvimento metaistórico das significações ideais e das indefinidas teleologias. Opõe-se à pesquisa de origem, pois o que se encontra no começo da história das coisas não é a identidade ainda preservada de sua origem, mas a discórdia entre as coisas, o disparate. Assim, fazer a genealogia dos valores, da moral, do conhecimento nunca será deter-

¹⁵⁰ ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche como pensador político: uma introdução*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 139.

¹⁵¹ É muito interessante como Deleuze trabalha com o sentido da interpretação nos seus estudos sobre Nietzsche. “Toda a interpretação é determinação do sentido de um fenômeno. O sentido consiste precisamente numa relação de forças, segundo a qual algumas *agem* e outras *reagem* num conjunto complexo e hierarquizado. Qualquer que seja a complexidade de um fenômeno, distinguimos bem forças activas, primárias, de conquista e subjugação, e forças reactivas, secundárias, de adaptação e de regulação. Esta distinção não só é quantitativa, mas qualitativa e tipológica. Porque a essência da força é estar em relação com outras forças: e, nesta relação, ela recebe sua essência ou qualidade”. DELEUZE, Gilles. *Nietzsche*. Tradução de Alberto Campo. Lisboa: Edições, 70. p. 21-22.

¹⁵² ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche como pensador político: uma introdução*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p.140-141.

se em busca de sua origem, “mas deter-se nas meticulosidades e nos acasos dos começos: prestar uma atenção escrupulosa em sua derrisória maldade, esperar vê-las surgir, máscaras finalmente retiradas, com o rosto do outro; não ter pudor de ir buscá-los lá onde eles estão, ‘escavando as profundezas’”¹⁵³.

Enfim, do que se discorreu, nota-se que a base genealógica de Nietzsche não segue de maneira alguma o uso tradicional do estudo genealógico, cabendo apenas, portanto, em continuidade, buscar evidenciar como isso se dá e a sua importância no restante da tratativa do tema sob o qual se objetiva o trabalho.

2 PROMESSA E CAUSALIDADE

Nietzsche inicia a Segunda Dissertação de *Para genealogia da moral* com uma afirmação indagativa enigmática: “Criar um animal que pode fazer promessas – não é esta a tarefa paradoxal que a natureza se impôs, com relação ao homem?”

¹⁵³ FOUCAULT, Michel. Nietzsche, a genealogia, a história. *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. Tradução Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 264. Foucault nesse texto revela muito bem o caminho que promove seus estudos sobre a genealogia do poder identificando que na verdade, a humanidade não progride lentamente, de combate em combate até uma reciprocidade universal, na qual as regras substituiriam, para sempre, a guerra. Ela instala cada uma dessas violências em um sistema de regras, e prossegue assim de dominação em dominação. Ao se debruçar sobre a abordagem genealógica de Nietzsche ele toma todo o cuidado quanto à polissemia dos termos *Ursprung*, *Herkunft*, *Entsthung* e *Geburt* e a maneira que Nietzsche deles se utiliza, evidenciado os nuances que essas palavras dão ao texto, caminhado para o final com a indicação de sua idéia sobre a vontade de saber, revelando pontos de distinção em relação ao pensamento de Nietzsche. A revisão de Foucault da genealogia de Nietzsche indica ao método arqueológico que busca a origem das construções intelectuais que são veiculadas nos discursos, que compreendem o modo de dizer, que traduzem a maneira de viver e de considerar as coisas. Em sua *Arqueologia dos Saberes* ele não vai descrever a história das ciências, pois fazer arqueologia é procurar os princípios, *arché*, a fonte de onde procede o saber. Ainda, revelando importantes aproximações de seu pensamento com Nietzsche e sob sua influência, na temática do direito: cf. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau, 1999 e também a importante obra de Márcio Alves da Fonseca, *Michel Foucault e o direito*, cujo primeiro capítulo trata justamente sobre uma genealogia da norma e revela importantes traços do pensamento foucaultiano ao tratar sobre a “imanência da norma”, revelando o entendimento de que não há uma norma em si. Cf. FOUCAULT, Michel. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 37-91.

Não é este o verdadeiro problema *do* homem?”¹⁵⁴.

A ressalva direta que Nietzsche coloca sobre esse problema do homem, aprofundando seu sentido, é a atuação da força que age contrariamente ao ato de prometer, a força do esquecimento. Esquecer é uma força inibidora ativa, positiva, pois possibilita ao homem a experimentação do novo. Essa é a original utilidade do esquecimento¹⁵⁵.

Esse animal que necessita esquecer desenvolveu em si uma faculdade oposta, uma memória, com a qual o esquecimento é suspenso em casos determinados, casos justamente nos quais se deve prometer. Uma atitude positiva de esforço para corporificar a promessa com a qual são fixados os primeiros contornos do pensamento causal.

Um ativo não-mais-querer–livrar-se, um prosseguir-querendo o já querido, uma verdadeira *memória da vontade*: de modo que entre o primitivo “quero”, “farei”, e a verdadeira descarga da vontade, seu *ato*, todo um mundo de novas e estranhas coisas, circunstâncias, mesmo atos de vontade, pode ser resolutamente interposto, sem que assim se rompa esta longa cadeia do querer. Mas quanta coisa isso não pressupõe! Para poder dispor de tal modo futuro, o quanto não precisou o homem aprender a distinguir o acontecimento casual do necessário, a pensar de maneira causal, a ver e antecipar a coisa distante como presente, a estabelecer com segurança o fim e os meios para o fim, a calcular, contar, confiar – para isso, quanto não precisou antes tornar-se *confiável, constante, necessário*, também para si, na sua

¹⁵⁴ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007. Segunda Dissertação, § 1, p. 47.

¹⁵⁵ Sobre a proposta de Nietzsche em relação à memória, ao esquecimento e a repetição deve ser relevado o importante trabalho de aproximação, nesse viés psicológico, do pensamento Nietzsche com Freud. É profundamente interessante a aproximação da abordagem genealógica de Nietzsche com a metapsicologia de Freud, ao passo que ambas se apresentam como interpretações da (pré)história da consciência moral, no amplo horizonte da reflexão sobre o devir histórico da cultura. Nesse sentido é muito interessante o esforço de Oswaldo Giacóia Jr. em sua reflexão apoiada em Brusotti e Gasser sobre os pontos de aproximação entre Freud e Nietzsche. GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche como psicólogo*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006. p. 101-152.

própria representação, para poder enfim, como faz quem promete, responder por si *como porvir*¹⁵⁶.

A relação promessa-esquecimento-memória a que se refere Nietzsche, em especial, a formação da memória originada pela promessa e pelo esquecimento, identifica um sentido para compreensão e reconstituição da (pré)história da humanidade.

O que e o como se determina essa constatação, o que com ela se anuncia, quais os elementos componentes desse processo e como se desenvolveu esse conjunto, experiencial e vivencial no homem, é um ponto de exame a que se destina a proposta do trabalho.

Para Nietzsche essa é a longa história da origem da responsabilidade. A criação de um animal capaz de fazer promessas traz a tarefa de tornar o homem confiável, constante e necessário. Esse trabalho do homem em si próprio, esse modo de vida de milênios inteiros da humanidade, um trabalho (pré)histórico que com a ajuda da moralidade do costume e do rigorismo conservador da sociedade fez o homem confiável.

O fim desse processo, que supera esse longo trajeto, forja o indivíduo soberano, liberado da moralidade do costume que traz em si uma verdadeira consciência de poder e liberdade. Para ele é permitido prometer. Ele traz em si o livre-arbítrio, superior a todos aqueles que não podem prometer desperta confiança, temor e reverência. Esse domínio a que se supõe esse homem liberto o faz considerar que também lhe foi dado o domínio sobre a natureza e todas as criaturas menos seguras e mais pobres de vontade. Ele prepara e condiciona a tarefa de tornar o homem uniforme, igual entre iguais.

¹⁵⁶ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007. Segunda Dissertação, § 1, p. 48.

Nesse ponto, a individualidade do homem se torna medida de valor, “olhando para os outros a partir de si, ele honra ou despreza; e tão necessariamente quanto honra aos seus iguais, os fortes e confiáveis (os que *podem* prometer)[...]:do mesmo modo ele reservará seu pontapé para os débeis dodivanas que prometem quando não podiam fazê-lo...”¹⁵⁷.

O conhecimento da responsabilidade, esse poder sobre si mesmo e sobre o destino se aprofunda no homem arrogantemente e se torna instinto. Esse instinto dominante é para Nietzsche o que esse homem soberano denomina como consciência.

O conceito de consciência que Nietzsche oferece possui uma longa história e formas variadas. Ele caminha no sentido de se fazer no homem uma memória, o processo mais terrível da (pré)história da humanidade: “Como fazer no bicho homem uma memória? Como gravar algo indelével nessa inteligência voltada para o instante, meio obtusa, meio leviana, nessa encarnação do esquecimento?...Esse antiqüíssimo problema, pode-se imaginar não foi resolvido com meios e respostas suaves”¹⁵⁸.

O processo de criação da memória, da necessidade sentida pelo próprio homem de criar em si uma memória foi produzido pelos meios mais horrendos e cruéis imagináveis, como sacrifício de primogênitos, mutilações e cruéis rituais dos cultos religiosos. Tudo isso tem origem para Nietzsche no instinto que divisou na dor o mais poderoso auxiliar da sua força no processo da memória. Essa atitude que inclui todo o ascetismo, de se fazer valer idéias fixas, inesquecíveis que paralisa e emburrece o homem, que cria seu modo de vida que se torna um procedimento para

¹⁵⁷ Ibidem. Segunda Dissertação, § 2, p. 49-50.

¹⁵⁸ Ibidem. Segunda Dissertação, § 3, p. 50.

livrar todas as outras idéias da concorrência das idéias fixas e assim fazê-las e permanecê-las inesquecíveis¹⁵⁹.

Esses procedimentos fazem reter, impregnar na memória aversão a situações que os causam, supostamente possibilitando a vivência dos benefícios da sociedade. Com a ajuda dessa memória se chega, para Nietzsche, à razão. A uma razão formada e custeada por um alto preço de horror que existe nas coisas que passaram então a ser consideradas como boas.

Com a identificação desse processo de formação da memória, Nietzsche lança uma segunda indagação: “Mas como veio ao mundo aquela outra ‘coisa sombria’, a consciência da culpa, a ‘má consciência’?”¹⁶⁰.

Para ele o grande conceito moral de culpa teve origem no conceito material de dívida e castigo. Sendo reparação, desenvolveu-se à margem de qualquer consideração sobre a liberdade ou não liberdade da vontade.

O sentimento de justiça que surgiu na terra, “segundo o qual ‘o criminoso merece castigo *porque* podia ter agido de outro modo’, é na verdade uma forma bastante tardia e mesmo refinada do julgamento e do raciocínio humanos”¹⁶¹.

Durante o mais largo período da história humana, *não* se castigou porque se responsabilizava o delinqüente por seu ato, ou seja, *não* pelo pressuposto de que apenas o culpado devia ser castigado – e sim como ainda hoje os pais castigam seus filhos, por raiva devida a um dano sofrido, raiva que se desafoga em quem o causou; mas mantida em certos limites e modificada pela idéia de que qualquer dano encontra seu *equivalente* e pode ser realmente compensado, mesmo que seja com a dor de seu causador. De onde retira sua força essa

¹⁵⁹ “Quanto pior ‘de memória’ a humanidade, tanto mais terrível o aspecto de seus costumes; em especial a dureza das leis penais nos dá uma medida do esforço que lhe custou vencer o esquecimento e manter *presentes*, nesses escravos momentâneos do afeto e da cobiça, algumas elementares exigências do convívio social”. Ibidem. Segunda dissertação, § 3, p. 51.

¹⁶⁰ Ibidem. Segunda Dissertação, § 4, p. 52.

¹⁶¹ Ibidem. Segunda Dissertação, § 4, p. 53.

antiqüíssima, profundamente arraigada, agora talvez inerradicável, a idéia de equivalência entre dano e dor? Já revelei: na relação contratual entre *credor* e *devedor*, que é tão velha quanto a existência de “pessoas jurídicas”, e que por sua vez remete às formas básicas de compra, venda, troca e tráfico”¹⁶².

Essas relações contratuais retratam claramente o que Nietzsche apresenta em seus argumentos. Nelas fazem-se promessas, portanto nelas é preciso construir uma memória naquele que promete e, assim, nelas se encontra uma sorte de garantias duras e penosas, pois o devedor para garantir sua promessa de restituição por um contrato empenha ao credor, sob pena de não lhe pagar algo que possua, algo que lhe seja próprio, que tenha poder, como sua liberdade, mulher, animais, utensílios e também seu próprio corpo que poderia servir ao credor para que lhe fosse compensada sua perda por uma porção de humilhações e torturas.

Essa lógica, para Nietzsche, estranha de compensação se reflete no sentido de que a “equivalência está em substituir uma vantagem diretamente relacionada ao dano (uma compensação em dinheiro, terra, bens de algum tipo) por uma espécie de *satisfação íntima*, concedida ao credor como reparação a recompensa”¹⁶³. Com a punição o devedor serve de maneira escrava ao credor e a compensação surge como um convite ao direito de ser cruel.

Na esfera das obrigações legais, portanto, é que está o foco de origem desses conceitos que até então se apresentou. Culpa, consciência e sacralidade do dever, todos construídos com muito horror e temor.

Culpa e sofrimento, nesse sentido, caminhavam juntas. Se o sofrimento pode ser compensação para a dívida na medida em que fazer sofrer era gratificante, o causar o sofrimento era uma grande festa. Da mesma forma isso acontece com o

¹⁶² Ibidem. Segunda Dissertação, § 4, p. 53.

¹⁶³ Ibidem. Segunda Dissertação, § 5, p. 54.

castigo, no qual há muito de festivo em sua utilização.

A essa idéia de festividade relacionada ao sofrimento, Nietzsche relaciona o que revolta no próprio sentimento, que é a sua falta de sentido de um modo geral. Mesmo que houvesse, sim, sentido para ele, na interpretação pelos povos primitivos, em suas explicações em consideração a seus causadores ou espectadores ou mesmo na interpretação cristã, interpretava-se o sofrimento atribuindo-lhe todo procedimento de salvação.

Na verdade, “para que o sofrimento oculto, não descoberto, não testemunhado, pudesse ser abolido do mundo e honestamente negado, o homem se viu então praticamente obrigado a inventar deuses e seres intermediários para todos os céus e abismos”¹⁶⁴.

Sob essa perspectiva Nietzsche encara a justificação da vida em si mesma enquanto justifica o mal por uma divindade. Uma lógica primitiva construída durante todo o processo de humanização e que se estende atualmente no pensamento do livre-arbítrio. Para Nietzsche toda a humanidade antiga era de um mundo essencialmente público que não imaginava a felicidade sem espetáculos e festas, e nelas se encontra também a origem de tudo que há de mais perto dos homens enquanto humanos.

2.1 O Sentido originário da obrigação pessoal e de culpa: a relação contratual de credor e devedor

¹⁶⁴ Ibidem. Segunda Dissertação, § 5, p. 54.

A mais antiga e principal relação pessoal estabelecida foi entre comprador e vendedor, credor e devedor, e dela se originou o sentimento da obrigação pessoal e o sentimento de culpa. Pela primeira vez com ela que se mediu uma pessoa com outra.

Nas sociedades mais primitivas e antigas já existia essa relação. O estabelecimento de preços e a troca de bens por medidas valorativas que possuem um sentido de equivalência denotam as características dessa formação humana. “Isso ocupou de tal maneira o pensamento humano, que num certo sentido constituiu o pensamento: aí se cultivou a mais velha perspicácia, aí se poderia situar o primeiro impulso do orgulho humano, seu sentimento de primazia diante dos outros animais”¹⁶⁵.

Nietzsche identifica o homem como um ser que mede e valora coisas, um “animal avaliador”, suas relações de compra e venda e o sentido de sua formação no pensamento do homem são os mais antigos elementos de organização social.

Foi apenas a partir da forma mais rudimentar de direito pessoal que o germinante sentimento de troca, contrato, débito [*Schuld*], direito, obrigação, compensação, foi *transposto* para os mais toscos e incipientes complexos sociais (em relação com complexos semelhantes), simultaneamente ao hábito de comparar, medir, calcular um poder e outro. O olho estava posicionado nessa perspectiva; e com a rude coerência peculiar ao pensamento da mais antiga humanidade, pensamento difícil de mover-se, mais inexorável no caminho escolhido, logo se chegou à grande generalização: “cada coisa tem seu preço; *tudo* pode ser pago”- o mais velho e ingênuo cânon moral da justiça, o começo de toda “bondade”, toda “equidade”, toda “boa vontade”, toda “objetividade” que existe na terra. Nesse primeiro estágio, justiça é a boa vontade, entre homens de poder aproximadamente igual, de acomodar-se entre si, de entender-se mediante um compromisso – e, com relação aos de menor poder, forçá-los a um compromisso entre si¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Ibidem. Segunda Dissertação, § 8, p. 59.

¹⁶⁶ Ibidem. Segunda Dissertação, § 8, p. 60.

Nas sociedades primitivas, especificamente, nas comunidades a importante relação entre credor e devedor - inclusive como já se demonstrou no primeiro capítulo do trabalho - era mantida no nível de organização social. Enquanto vive-se numa comunidade desfruta-se de suas vantagens, vive-se protegido e em paz. De maneira inicial, no entanto, se um indivíduo quebra essa estabilidade, quebra o contrato com o todo, sendo considerado um criminoso devendo pagar ao seu credor e ser afastado da comunidade, parte para um estado de fora-da-lei, pois está fora da comunidade.

Evidencia-se que essa é a maneira inicial, pois, como observa Nietzsche, ao se aumentar o poder de uma comunidade, ela passa a não se preocupar tanto mais com os problemas do indivíduo, pois este não oferece mais tanto perigo ao todo. Dessa maneira, há a tentativa de acomodar a situação. Contrariamente ao sentido inicial, a comunidade é que acaba protegendo-o. Essa vontade de se considerar toda infração resgatável de algum modo e o isolamento do criminoso de seu ato, marcam segundo Nietzsche a evolução posterior do direito penal¹⁶⁷.

Esse modo de pensar compensador é bem entendido na própria relação direta entre credor e devedor. O credor poderá ser sempre mais humano quanto mais rico for, pois o sentimento de sua injúria passa a ser a demonstração do quanto rico é, do quanto sua riqueza suporta essa injúria sem ele sofrer. Essa possível ocorrência direciona o sentido inicial da justiça para outro; o da absolvição ilegítima, o “‘tudo é resgatável, tudo pode ser pago’, termina por fazer vista grossa e deixar escapar os insolventes – termina como toda coisa boa sobre a terra, *suprimindo-se a si mesma*. A auto-supressão da justiça: sabemos com que belo nome ela se apresenta – graça; ela permanece como é óbvio, privilégio do poderoso, ou melhor,

¹⁶⁷ Ibidem. Segunda Dissertação, § 8, p. 62.

o seu 'além do direito'"¹⁶⁸.

Nesse liame Nietzsche desvela um equívoco normalmente cometido na apropriação e no uso das coisas e dos seus sentidos pelos homens. A abordagem nietzscheana sobre o castigo aprofunda-se desse modo relatando dois problemas distintos sobre o castigo: o de sua origem e o de sua finalidade, que em nenhum momento devem ser confundidos.

Buscar no castigo uma finalidade qualquer como, por exemplo, a vingança, ou a intimidação, colocam, na verdade, a finalidade no começo, como se ela mesma fosse a gênese do castigo, a sua origem.

Para desenublar essa confusão, Nietzsche propõe uma analogia com o corpo humano. No interior de cada organismo, a cada crescimento essencial do todo muda também o sentido dos órgãos individuais, ocorrendo em certos casos a sua ruína parcial, a sua diminuição em números, como também a inutilização parcial, a atrofia e degeneração¹⁶⁹. Essa constatação é ímpar na relação da confusão entre finalidade e *causa fiendi*, sendo inclusive uma crítica a ser estendida à crença desmedida, sem retorno à gênese do princípio da causalidade.

Mas a "finalidade do direito" é a última coisa a se empregar na história da gênese do direito: pois não há princípio mais importante para toda a ciência histórica do que este, que com tanto esforço se conquistou, mas também *deveria* estar realmente conquistado – o que de sua causa da gênese de uma coisa e a sua utilidade final, a sua efetiva utilização e inserção em um sistema de finalidades, diferem *toto coelo* [totalmente]; de que algo existente, que de algum modo chegou a se realizar, é sempre reinterpretação para novos fins, requisitado de maneira nova, transformado e redirecionado para uma nova utilidade, por um poder que lhe é superior; de que todo acontecimento do mundo orgânico é um *subjugar* e *assenhorar-se*, e todo subjugar e assenhorar-se é uma nova interpretação, um ajuste

¹⁶⁸ Ibidem. Segunda Dissertação, § 8, p. 62.

¹⁶⁹ Ibidem. Segunda Dissertação, § 12, p. 66-67.

no qual o “sentido” e a “finalidade” anteriores são necessariamente obscurecidos ou obliterados¹⁷⁰.

Adentrando-se na diferenciação entre origem e finalidade, há que distinguir dois aspectos no castigo considerados por Nietzsche. Um relativamente duradouro, o costume, certa seqüência rigorosa de procedimentos; e o outro, o que é fluido, ou seja, o sentido, o fim, a expectativa ligada à realização desses procedimentos, que num estado mais tardio do desenvolvimento humano, não há mais um único sentido de castigo, mas toda uma síntese de sentidos, algo praticamente indefinível pela história do castigo, a história de sua utilização até então formada.

O ponto de atenção a que se refere Nietzsche - mantendo sua crítica anteriormente demonstrada - se situa na questão do procedimento do castigo, ou seja, de que ele mesmo é anterior ao próprio castigo. Este que foi introduzido e interpretado no procedimento que já existia, mas era empregado em outro sentido. Essa crítica é direcionada aos tradicionais pensadores da moral e do direito que entendiam a questão ao contrário, imaginando o procedimento como tendo sido inventado para fins de castigo.

Precisamente Nietzsche alcança com essa análise o motivo mais firme para se sustentar a crença, por mais abalada que esteja, no castigo. “O castigo teria o valor de despertar no culpado o *sentimento da culpa*, nele se vê o verdadeiro *instrumentum* dessa reação psíquica chamada má-consciência, remorso”¹⁷¹. Acontece que na realidade, nos tempos primitivos, na (pré)história da humanidade

¹⁷⁰ Ibidem. Segunda dissertação, § 12, p. 65-66. A alusão de Nietzsche no trecho citado remete a uma importante obra, que em seu tempo e ainda hoje projeta o direito para um estudo diferenciado do tradicional, em que pese seu autor não ser afamadamente conhecida por ela, mas por uma outra. A obra *Der Zweck im Recht* (Finalidade no direito) de Rudolf von Jhering é consideravelmente elucidativa nesse sentido. Entre nós, antevendo essa relação é fundamental o pensamento de Willis Santiago Guerra Filho na obra *Teoria da Ciência Jurídica*. Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56-66.

¹⁷¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007. Segunda Dissertação, § 14, p. 70.

até os dias atuais o remorso entre os criminosos não é algo comum. Pelo contrário, o castigo que recebem os torna ainda mais duros e frios. Isso é justamente o que Nietzsche quer atestar. Considerando os milênios mais anteriores à história do homem, o sentimento de culpa foi impedido, mais do que tudo, pelo castigo¹⁷², pois em geral o maior efeito que ele consegue atingir é o acréscimo do medo, a intensificação da prudência, o controle dos desejos. Ele doma o homem sem torná-lo melhor.

Nietzsche com essa reflexão sobre o processo de humanização, tendo como mote a promessa, a memória e o esquecimento enquanto sustentáculo para o que se denominou consciência e com a condição na qual o homem se deparou enquanto indivíduo soberano, lança sua hipótese sobre origem da “má consciência”.

A “má consciência” para Nietzsche é a mais profunda doença que o homem contraiu sob a pressão da mais radical das mudanças que presenciou, quando o homem se viu enclausurado no âmbito da sociedade e da paz. Ela pressupõe um determinando desenvolvimento do processo de humanização e colocou o homem numa situação desconfortável. “Estavam reduzidos, os infelizes, a pensar, inferir, calcular, combinar causas e efeitos, reduzidos à sua ‘consciência’ ao seu órgão mais frágil e mais falível”¹⁷³.

A origem da “má consciência” se dá na interiorização e inibição do homem de

¹⁷² De maneira mais clara assim retrata Nietzsche: “Não subestimemos em que medida a visão dos procedimentos judiciais e executivos impede o criminoso de sentir seu ato, seu gênero de ação, como repreensível *em si*: pois ele vê o mesmo gênero de ações praticado a serviço da justiça, aprovado e praticado com boa consciência: espionagem, fraude, uso de armadilhas, suborno, toda essa arte capciosa e trabalhosa dos policiais e acusadores, e mais aquilo feito por princípio, sem o afeto sequer para desculpar, roubo, violência, difamação, aprisionamento, assassinio, tortura, tudo próprio dos diversos tipos de castigo – ações de modo algum reprovadas e condenadas *em si* pelos juízes, mas apenas em certo aspecto e utilização prática [...] A “má consciência” [...] não cresceu nesse terreno – de fato por muitíssimo tempo os que julgavam e puniam não revelaram consciência de estar lidando com um “culpado”. Mas sim com um causador de danos, com um irresponsável fragmento do destino.” Ibidem. Segunda Dissertação, § 14, p. 70-71.

¹⁷³ Ibidem. Segunda Dissertação, § 16, p. 72-73.

seus instintos. Todas as atitudes que forjaram isso fizeram com que o homem voltasse contra si mesmo, toda a crueldade, todo o castigo, tudo isso se voltando contra os originais possuidores de tais instintos fornecem a origem da “má consciência”. Portanto, para Nietzsche, com ela foi introduzida a mais funesta das doenças, o sofrimento do homem consigo mesmo, por um processo de violenta separação de seu passado animal para novas situações e condições de sua existência. Algo profundo e enigmático, um espetáculo paradoxal.

Essa situação paradoxal que Nietzsche observa é extremamente importante para o escopo do trabalho, pois ela anuncia uma ruptura de um homem de um passado primitivo, que passa a se ver perplexo e se entregar diante de uma vida transcorrida sobre um processo de causas e efeitos, causal infeliz, no qual Nietzsche encontra uma necessidade de superação, uma não resignação. Ele vê a partir de então a necessidade do homem como uma ponte, um episódio, uma grande promessa¹⁷⁴.

Com sua hipótese sobre a “má consciência” e a investigação das condições em que essa doença, tal qual a gravidez - assim por ele identificada - atingiu o seu mais terrível e sublime ponto, Nietzsche primeiramente aprofunda sua investigação sobre o processo de humanização com a retomada a um ponto de vista anterior, a

¹⁷⁴ Nietzsche nesse sentido cita um fragmento muito afamado de Heráclito e revela uma importante influência de sua filosofia. “O homem se inclui, desde então, entre os mais inesperados e emocionantes lances no jogo da “grande criança” de Heráclito, chame-se ela Zeus ou acaso – ele desperta um interesse, uma tensão, uma esperança, quase uma certeza, como se com ele algo se anunciasse, algo se preparasse, como se o homem não fosse uma meta, mas apenas um caminho, um episódio, uma ponte, uma grande promessa...” Ibidem. Segunda dissertação, § 16, p. 74. O regresso de Nietzsche a Heráclito demonstra quais foram seus primeiros adversários em relação à estrutura de seu pensamento: os Eleatas e Platão e toda a tradição metafísica que deles decorre. Na verdade, Heráclito é um ponto de partida, uma raiz fundamental da filosofia nietzscheana que rompe com uma longa tradição filosófica que se estendeu em torno de dois mil e quinhentos anos. Nietzsche, na passagem anteriormente citada, faz expressa alusão ao seguinte fragmento de Heráclito: “Tempo é criança brincando, jogando; de criança o reinado” HERÁCLITO. Os pré-socráticos. Tradução de José Cavalcante de Souza, São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Col. Os Pensadores). p. 90.

relação de direito privado entre credor e devedor.

A relação de direito privado entre o devedor e seu credor, do qual já falamos longamente, foi mais uma vez, e de maneira historicamente curiosa e problemática, introduzida numa relação na qual talvez seja, para nós, homens modernos, algo inteiramente incompreensível: na relação entre os vivos e seus antepassados. Na originária comunidade tribal – falo dos primórdios – a geração que vive sempre reconhece para com a anterior, e em especial para com a primeira, fundadora da estirpe, uma obrigação jurídica (e não um mero vínculo de sentimento: seria ilícito inclusive contestar a existência deste último durante o mais longo período da espécie humana). A convicção prevalece de que a comunidade subsiste apenas graças aos sacrifícios e às realizações dos antepassados – e de que é preciso lhes pagar isso com sacrifícios e realizações: reconhece-se uma dívida [*Schuld*], que cresce permanentemente, pelo fato de que os antepassados não cessam, em sua sobrevivência como espíritos poderosos, de conceder à estirpe novas vantagens e adiantamentos a partir de sua força. Em vão, talvez? Mas não existe “em vão” para aqueles tempos crus e “sem alma”. O que se pode lhes dar em troca? Sacrifícios (inicialmente para alimentação, entendida do modo mais grosseiro), festas, músicas, homenagens, sobretudo obediência – pois os costumes são, enquanto obra dos antepassados, também seus preceitos e ordens -: é possível lhes dar bastante? Esta suspeita permanece e aumenta: de quando em quando exige um imenso resgate, algo monstruoso como pagamento ao “credor” (o famigerado sacrifício do primogênito, por exemplo; sangue, sangue humano em todo caso). Segundo esse tipo de lógica, o medo do ancestral e do seu poder, a consciência de ter dívidas para com ele, cresce necessariamente na exata medida em que cresce o poder da estirpe, na medida em que ela se torna mais vitoriosa, independente, venerada e temida. Não ao contrário! E todo passo para o debilitamento da estirpe, todo acaso infeliz, todos os índicos de degeneração, de desagregação iminente, *diminuem* o medo do espírito de seu fundador, oferecendo uma imagem cada vez mais pobre de sua sagacidade, de sua previdência e da presença de seu poder¹⁷⁵.

A retomada da investigação entre credor e devedor a que se refere Nietzsche nessa passagem tem como núcleo o exame da relação nas sociedades primitivas dos vivos com seus antepassados que acontece de maneira obrigacional. Uma

¹⁷⁵ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007. Segunda Dissertação, § 19, p. 77.

obrigação jurídica, envolvida num ambiente mítico de crença, num poder além-humano que estabelece o vínculo jurídico. Motivo suficiente este para a existência dos sacrifícios a serem praticados, tal como fizeram os antepassados, mantendo-se, assim, aquela sociedade primitiva organizada de maneira igualitária e pacífica.

Essa relação é entabulada conforme o princípio da retribuição. Tanto que, especificamente nessa relação entre vivos e antepassados, prevalece o que aponta Nietzsche como um sentido de compensação entre os sacrifícios e o desenvolvimento da sociedade. É como se os antepassados dela fizessem parte de tal modo que se cumprido corretamente todos os rituais e sacrifícios não haveria por que a sociedade regressar, e no caso desse acontecimento também regrediria o poder dos ancestrais.

Nietzsche continua com sua investigação demonstrando os efeitos oriundos dessa gênese que cerca o homem, atestando que historicamente a consciência de ter dívidas com a sociedade não se extingue com o declínio das formas organizacionais das comunidades, das sociedades primitivas baseadas no vínculo de sangue. Na verdade a humanidade recebe como herança das divindades tribais e familiares o peso das dívidas não pagas e o anseio de resgatar-se. Com isso, Nietzsche deixa claro o nexos que envolve a humanidade entre culpa, dever e seus pressupostos religiosos.

Por fim, resta um último ponto para que a exposição nietzscheana arremate o sentido mítico-religioso, especialmente, o sentido de sua crítica ao cristianismo. Na relação da moralização das noções de culpa e dever com seu aprofundamento na “má consciência” há a tentativa de um resgate, de um livramento do pensamento

pessimista. A própria existência enquanto algo sem valor em si¹⁷⁶.

Essa relação projeta uma humanidade atormentada e enseja um expediente paradoxal e horrível no qual ela encontra um alívio momentâneo, a crença no sacrifício de Deus pela culpa dos homens, o único capaz de redimir o homem daquilo que o próprio homem se tornou. O supremo credor Deus se sacrificando por amor, “por *amor* (é de se dar crédito?), por amor a seu devedor!...”¹⁷⁷.

Conclusivamente, pode-se afirmar que Nietzsche alcança o sentido genealógico a que se propôs na investigação do processo de humanização desde a (pré)história do homem. Os elementos: vontade de se punir, vontade reprimida do homem interiorizado, aprisionamento na sociedade e na sua mais articulada forma, o “Estado”, foram invenções da “má consciência” que encontra uma saída natural, dada por esse ser que assim se construiu, uma saída para interromper esse querer fazer-se mal. Assim, “esse homem da má consciência se apoderou da suposição religiosa para levar seu automartírio à mais horrenda culminância. Um dívida com *Deus*: este pensamento tornou-se para ele um instrumento de suplício”¹⁷⁸.

Essa origem da crença no Deus cristão encontra uma hipótese interpretativa contrária que Nietzsche revela nos gregos e em seus deuses. Os gregos inventaram e interpretavam seus deuses de maneira mais nobre, que não era para violação e auto-crucificação, meios que o homem moderno também em certos casos propõe. Uma hipótese interpretativa nas quais os homens nobres e senhores de si sentiam o animal no homem divinizado e não se dilacerava consigo mesmo. Por muito tempo

¹⁷⁶ Ibidem. Segunda Dissertação, § 21, p. 80.

¹⁷⁷ Ibidem. Segunda Dissertação, § 21, p. 80.

¹⁷⁸ Ibidem. Segunda Dissertação, § 22, p. 81. Nesse sentido é a constatação de Nietzsche sobre essa crueldade psíquica humana: “Há uma espécie de loucura da vontade, nessa crueldade psíquica, que é simplesmente sem igual: a *vontade* de infectar e envenenar todo o fundo das coisas com o problema do castigo e da culpa, para de uma vez por todas cortar para si a saída desse labirinto de ‘idéias fixas’, sua *vontade* de erigir um ideal – o do ‘santo Deus’ - e em vista dele ter a certeza tangível de sua total dignidade. Oh, esta insana e triste besta que é o homem!”

esses deuses serviam inclusive para manter a má consciência afastada. No seu último sentido, a crença nos deuses pelos gregos justifica o homem também na sua ruindade, “naquele tempo eles não tomavam a si o castigo, e sim, o que é mais nobre, a culpa...”¹⁷⁹.

Dessa abordagem genealógica o que sobrevive são possibilidades a serem lançadas em contraposição ao presenciado com a experiência da própria revelação.

Nós homens, somos os herdeiros da vivissecação de consciência e auto-experimentação de milênios: é o nosso mais longo exercício, talvez nossa vocação artística, sem dúvida nosso refinamento, nossa perversão do gosto. Já por tempo demais o homem considerou suas propensões naturais com “olhar ruim, de tal modo que elas nele se irmanaram com a “má consciência”. Uma tentativa inversa é *em si* possível – mas quem é forte o bastante para isso?¹⁸⁰.

A importância genealógica traz com o caminho percorrido a possibilidade de interpretações arrebatadoras para a compreensão de alguns institutos que o homem criou nesse processo, em especial o direito. Seu resgate genealógico na investigação da reconstituição da (pré)história da humanidade e na constatação da determinação do processo de humanização por conceitos e categorias jurídicas é a principal confiança que Nietzsche oferece aos seus supostos conhecedores.

3 A BASE ETNOLÓGICA E O PRIMITIVO SUJEITO DE DIREITO

A reconstituição da (pré)história da humanidade no pensamento nietzscheano demonstra uma reconstituição do próprio processo de humanização que se inicia

¹⁷⁹ Ibidem. Segunda Dissertação, § 23, p. 83.

¹⁸⁰ Ibidem. Segunda Dissertação, § 24, p. 83-84.

com a criação da memória e ocorre num contexto completamente determinado por conceitos jurídicos, predominando entre eles a categoria ancestral de direito pessoal *obligatio*. Esta vigia nos atos de troca, escambo, de débito e de crédito, atos que são considerados por Nietzsche como determinantes do patamar mais antigo da civilização até então conhecido. Eles são a base fundamental para um exame mais acurado da importância de seu pensamento sobre o direito.

Para Nietzsche o início da (pré)história da humanidade se dá com o surgimento do sentimento de responsabilidade oriundo da idéia de dívida e dever, que prenuncia a condição investigativa da possibilidade do comprometer-se e do responsabilizar-se.

Essa origem do sentimento de responsabilidade está contextualizada na relação anteriormente referida da promessa-esquecimento-memória, com a qual Nietzsche inicia sua Segunda Dissertação de *Para genealogia moral*.

O ponto fundamental que principia e sustenta esse processo civilizatório é um problema fundamental que o homem se coloca, a criação de uma memória, contrária à força adaz do esquecimento. O desemaranhar desse problema ocorre com a reflexão sobre o ato de prometer enquanto condição de possibilidade de lembrança “da palavra empenhada, uma espécie de dilação temporal do querer que, escandindo as dimensões do passado, presente e futuro, arranca o homem da prisão do instante e do esquecimento, tornando possível o prever, o calcular, o antecipar uma representação que insere um agir efetivo como efeito na cadeia da vontade, como seu resultado futuro”¹⁸¹.

Para Oswaldo Giacoia Junior, de acordo com o pensamento de Nietzsche,

¹⁸¹ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 24.

com a promessa são fixados os primeiros lineamentos do pensamento causal, propiciando a abertura da distinção entre o fortuito e o necessário, consolidando-se o vínculo entre uma determinação qualquer da vontade e a descarga efetiva dessa vontade numa ação. Portanto, se o autêntico problema do homem consiste em criar no olvidável e instintivo homem primitivo uma memória da vontade que o torne capaz de prometer, compreende-se que nessa análise nietzscheana o ponto mais recuado do processo de humanização coincide com o sentido originário da promessa e, por assim ser, deve ser encontrado no terreno das relações pessoais de direito obrigacional, em especial no âmbito das relações de escambo, troca, compra, venda e crédito¹⁸².

Na esteira desse pensamento, para Nietzsche, no entanto, a investigação sobre essas relações não pode acontecer nos termos daquilo que se compreende com os conceitos modernos de credor e devedor enquanto sujeitos de direito.

Na verdade, ao recorrer a essas idéias elementares do direito pessoal é preciso se resgatar o sentido originário no qual se situam essas próprias relações, respeitando o sentido histórico influído na própria noção de pessoa e suas variáveis significações projetadas no processo de desenvolvimento humano. Isso torna necessário também uma compreensão diferenciada sobre a concepção de sujeitos de direito.

Essa averiguação aclara a relação instigante de *Para a genealogia da moral* com a filosofia do direito ao passo que a proposta argumentativa de Nietzsche consiste numa inversão investigativa, não levando em conta as mais recentes e plausíveis conquistas científicas, com o principal intuito de romper com as

¹⁸² Ibidem. p. 24-25.

tradicionais interpretações metafísicas de categorias e institutos fundamentais de direito.

A base na qual Nietzsche busca guarida sobre a noção de sujeitos de direito e sobre as noções de dívida jurídica e promessa para contrapô-las ao emprego de categorias metafísicas como finalidade ou progresso, conforme a precisa pesquisa de Oswaldo Giacoia Junior, se estrutura, respectivamente, nos resultados colhidos da pesquisa etnológica, de antropologia cultural e de ciência jurídica de Friedrich Hermann Post e no pensamento jurídico de Josef Kohler¹⁸³.

Os estudos de Josef Kohler sobre as noções de dívida jurídica e promessa são constituídos em conjunto com importantes constatações que corroboram a investigação proposta.

¹⁸³ Ibidem. p. 26-27. É salutar o esforço de Oswaldo Giacoia Junior na investigação dessa abordagem genealógica sobre o direito no pensamento nietzscheano. No intuito de manter o esmero e respeito com seu pensamento cabe fazer a anotação de que por mais que Nietzsche se recorra, não de maneira taxativa a esses autores mencionados, “Ao fazê-lo, porém, Nietzsche não compartilha, de nenhuma maneira, os pressupostos ontológicos ou as posições essencialistas presentes em suas fontes científica ocasionais. Desse modo, se hoje se demonstra com segurança como os estudos de direito romano por Rudolf von Jhering contribuíram para a genealogia nietzscheana da moral, evidencia-se também, por outro lado, que nem por isso Nietzsche compartilha do finalismo jurídico de von Jhering, como compartilha da jurisprudência etnológica de Friedrich Hermann Post”. Nesse sentido, cabe bem observar a questão pela qual concordamos com a sua opinião, bem expressa no seguinte entendimento de Arthur Kaufmann que demonstra como Jhering na obra *Der Zweck im Recht*, se afastou da sua jurisprudência construtiva que defendera inicialmente, tendo em vista que o lema da obra é: o fim é criador de todo direito, caracterizando explicitamente a projeção de seu pensamento, “Jhering opôs-se, decidido, ao culto do lógico, pois a ciência jurídica não seria matemática. Determinante seria a consideração dos fins e esta levantaria a questão do sujeito que os produz (*Zwecksubjekt*), porque os fins não produziriam por si sós, o direito. Jhering via como verdadeiro legislador a sociedade, que ele entendia como “acção conjunta dirigida a fins comuns”, na qual cada um, na medida em que age para outros, age, também, para si, e enquanto age para si, age também para outros”. No entanto, em estranha contradição com isto, Jhering ateu-se à concepção legal-positivista do monopólio estatal do estabelecimento do direito: “o direito é a *suma coactivas* vigente num Estado...; o Estado (é) a única fonte do direito”. Ainda assim, o direito é referido a um fim social, do qual recebe seu conteúdo; todas as normas jurídicas têm “como fim o assegurar das condições de vida da sociedade”. Jhering já não argumentava nem em termos lógicos, nem psicológicos, mas sim em termos sociológicos-utilitaristas (aqui já se toca claramente, no problema da relação entre racionalidade dos fins e racionalidade dos valores, problema esse que, mais tarde, preocupou sobretudo, Max Weber). Mas de onde vem a valoração dos fins”. KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 172. No mesmo sentido é interessante os apontamentos de Willis Santiago Guerra Filho, especificamente no capítulo 2 de sua obra *Teoria da ciência jurídica* denominado *A contribuição de Jhering para a metodologia jurídica*. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p 51-66.

Em sua obra *Filosofia do direito*¹⁸⁴, que alberga uma linha cadenciada e construtiva de seu pensamento jus-filosófico, encontram-se importantes conteúdos que reforçam a base que Nietzsche utiliza.

Kohler demonstra toda preocupação no segundo capítulo de sua obra em situar o desenvolvimento da cultura, partindo também da investigação da vida psíquica da humanidade, o que revela alguns pontos em comum com a análise ordinária que se fazia sobre esses estudos. Já na segunda parte do livro no capítulo VII, Seções, XV e XVI bem como no capítulo VIII na Seção XXVII, encontram-se interessantes articulações teóricas do direito que objetivam fins práticos que revelam todo um conjunto de elementos que corroboram o estudo aqui proferido.

Ao tratar sobre o direito de propriedade, Kohler empreende inicialmente a base sob qual ele sustenta a idéia originária de aquisição e perda da propriedade, o que o remete conseqüentemente ao direito das obrigações. Na abordagem sobre a fundação e o desenvolvimento do direito das obrigações ele alcança a idéia da extinção das dívidas, dos débitos (*Extinction of Debts*).

O objetivo prático acompanhado da análise da fundação e do desenvolvimento do direito das obrigações revela a idéia do sentido originário das obrigações e as razões pela qual foram criados institutos que assegurem suas relações, tais como: a garantia (*Pledge*), a figura do fiador (*Suretyship*) e da responsabilidade em comum dividida entre várias pessoas (*Joint Liability*).

Obligations may be continuous; as, for instance, an obligation to refrain from something, or an obligation requiring repeated acts; for instance, the payment of a continuing annuity; or they may be temporary, so that they cease with a momentary act which

¹⁸⁴ KOHLER, Josef. *Philosophy of law*. New York: Augustus M. Kelley Publishers, South Hackensack: Rothman Reprints Inc., 1969.

represents just what is essential in the liability for the debt: the obligatory relation then dies its zenith; it dies when what it was intended to attain for humanity has been accomplished. The obligations then is prepared to expire; it is extinguished by satisfaction, and especially by fulfillment, that is, by that performance which is the object of the obligatory relation. The theory of these performances is one of the most interesting parts of civil law...¹⁸⁵.

Nota-se que Kohler, ao tratar sobre obrigações contínuas ou temporárias, identifica a obrigação em seu caráter essencial que representa inicialmente o ato de responsabilidade pela dívida, sendo que só a partir de então é que a dívida pode ser extinta pela sua satisfação.

A relação que estrutura a idéia da dívida se dá pela assunção da responsabilidade por ela que representa a promessa de pagamento, sob a qual, inclusive, foram criados outros institutos que a assegurem, ou seja, que não a deixem ser esquecida.

Outros dois pontos interessantes que surgem são a questão da troca, barganha (*Barter*) na seção XVI do capítulo XV e da vingança parental (*Kin-Revenge*) no capítulo VIII na seção XXVII sobre o direito penal.

Na análise do desenvolvimento das relações de troca e da vingança, Kohler se aproxima de muitos pontos desenvolvidos no primeiro capítulo do trabalho quanto à idéia de retribuição e com as críticas feitas à idéia de vingança.

A partir da noção de vingança parental Kohler chega à idéia de vingança de sangue envolvendo a interpretação animista e mágica das comunidades primitivas.

There are ages in which this element of punishment alone appears, or at least plays a principal part; thus it is in periods when kin-revenge is practiced [...] The wrong that is thus expiated is especially the wrong that individuals have suffered; it is the injured individual, his family, his clan, that consider

¹⁸⁵ Ibidem. p. 150-151.

themselves wrong [...] Periods of blood-revenge are so much the worse, because this revenge is carried out even when the member of the family has not in fact been killed. The idea is quite general, in such times, that death may be caused by a magic spell; and if a man dies unaccountably, efforts are at once made to find out from whom the evil influence came¹⁸⁶.

A análise empreendida do estudo de Kohler como se desenvolveu não quer dizer que Nietzsche tenha se baseado exclusivamente no que se propôs, mas de qualquer modo, representa uma hipótese interpretativa que acrescenta conteúdo a abordagem de um autor utilizado por Nietzsche e permite um esclarecimento complementar às noções que vêm sendo apresentadas no desenvolvimento dos objetivos deste trabalho.

O outro autor a que se fez referência sobre o qual Nietzsche também debruçava seus estudos era Post. A base etnológica de Post - que Nietzsche utiliza e que vai de encontro substancial ao seu pensamento - demonstra que seu primitivo sujeito de direito não são pessoas individualmente consideradas, mas sim as comunidades de estirpe, representadas por tribos ou clãs, sociedades - como já pormenorizadamente demonstrado no primeiro capítulo - fundadas em laços de parentesco sangüíneo e praticantes da vingança privada, pois - conforme também antecipadamente evidenciado - nas relações dessas comunidades, toda a responsabilidade é coletiva e a vingança é prerrogativa da comunidade.

Parágrafo 122: L'organizzazione corporativa è sempre la forma più recente di organizzazione che si presenti nella vita dei popoli. Nell'ordinamento gentilizio, territoriale e signorile la personalità giuridica individuale è pochissimo sviluppata, anzi può dirsi che l'individuo, soggetto di diritto, come lo conosciamo noi ai dì nostri, non esiste. Soltanto col disgregarsi di quelle forme di organizzazione, che sotto ogni risguardo lo fanno quasi sparire nei gruppi sociali, l'individuo emerge come centro indipendente

¹⁸⁶ Ibidem. p. 268-270.

della vita sociale.

Parágrafo: 123: Dato il concetto della personalità individual, è considerata base di questa responsabilità la colpa individual; in questa maniera di pensarsi si ha un contrapposto l'organizzazione corporative e le altre forme della organizzazione sociale, sopra tutto quella gentilizia. Mentre il diritto gentilizio, per un atto illecito commesso da uno dei membri di un gruppo chiama responsabile il gruppo intero, ammette rispettivamente che la violazione d'un membro di un gruppo sia vendicata dal gruppo intero, e considera come atto illecito ogni violazione obbiettiva della sfera giuridica offesa, senza dar peso al fatto che questa violazione si possa oppur no ricondurre ad una colpa individual, l'organizzazione corporative invece per regola non riconosce responsabilizza da terzi per gli atti illeciti commessi da una persona singola, ma chiama responsabile questa medesima solamente¹⁸⁷.

Portanto, nota-se que quando Nietzsche recorre à categoria fundamental de direito das obrigações, especialmente à base da *obligatio* que vincula credor e devedor, não incorre na suposição da idéia moderna de sujeitos de direito, tampouco na simplicidade de supor a pessoa individual como sujeito natural de direitos e obrigações. Ele recorre às noções elementares e mais antigas de direito pessoal, presentes nas noções de troca, dívida, contrato, direito e obrigação nos sombrios começos da idéia de justiça.

A transposição dessas idéias para as relações entre as comunidades gera o que Nietzsche considera a originária e mais antiga forma de justiça existente, expressa primeiramente nos aforismos 92 e 93 de *Humano, demasiado humano*, acompanhados posteriormente da afirmação do mais antigo e mais ingênuo cânon da justiça no parágrafo 8º da Segunda Dissertação de *Para genealogia da moral*.

92. *Origem da justiça*. A justiça (equidade) tem origem entre homens aproximadamente do mesmo poder[...]: a troca é o caráter inicial da justiça. Cada um satisfaz ao outro, ao receber aquilo que estima mais que o outro. Um dá ao outro o que ele quer, para tê-lo como seu a partir de então, e por sua vez recebe o desejado. A justiça é, portanto, retribuição e

¹⁸⁷ POST *apud* GIACOIA JUNIOR, *op. cit.* p. 29-30.

intercâmbio sob o pressuposto de um poderio mais ou menos igual: originalmente a vingança pertence ao domínio da justiça, ela é um intercâmbio. Do mesmo modo a gratidão [...] Dado que os homens, conforme seu hábito intelectual, *esqueceram* a finalidade original das ações denominadas justas e equitativas, e especialmente porque durante milênios as crianças foram ensinadas a admirar e imitar essas ações, aos poucos formou-se a aparência de que uma ação justa é uma ação altruísta, mas nesta aparência se baseia a alta valorização que ela tem, a qual, como todas as valorizações, está sempre em desenvolvimento: pois algo altamente valorizado é buscado, imitado, multiplicado com sacrifício, e se desenvolve porque o valor do esforço e do zelo de cada indivíduo é também acrescido ao valor da coisa estimada. – Quão pouco moral pareceria o mundo sem o esquecimento! Um poeta poderia dizer que Deus instalou o esquecimento como guardião na soleira do templo da dignidade humana.

93. *Do direito do mais fraco.* [...] Nesse sentido há também direitos entre escravos e senhores, isto é, exatamente na medida em que a posse do escravo é útil e importante para o senhor. O *direito* vai originalmente *até onde* um *parece* ao outro valioso, essencial, indispensável, invencível e assim por diante. Nisso o mais fraco também tem direitos, mas menores. Daí o famoso *unusquisque tantum juris habet, quantum potentia vale* [cada um tem tanta justiça quanto vale seu poder] (ou, mais precisamente: *quantum potentia valere creditur* [quanto se acredita valer seu poder])¹⁸⁸.

Revela-se nessas passagens o processo de aquisição de costumes pelos homens que segundo Nietzsche encerra também muita barbárie e tirania. Esse hábito a que ele se refere promove uma atitude e interpretação do *modus* específico de vida daquela comunidade. É justamente esse esquema de usos e costumes¹⁸⁹ que implica na constituição de uma memória. Essa tarefa de constituição de uma memória que consiga suspender a força do esquecimento ativo, entretanto, só é possível com o auxílio de uma mnemotécnica, com a qual se desenvolve uma técnica para inserir questões particulares numa memória já desenvolvida, o que faz

¹⁸⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*: um livro para espíritos livres. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. § 92, p. 65-66.

¹⁸⁹ Completando a noção que Nietzsche imprime com essa interpretação que estamos propondo sobre os usos e costumes no sentido da origem da justiça é importante a referência à seguinte passagem de Héber-Suffrin: “Quanto à justiça, virtude das relações com o outro, respeito à dignidade de cada um, exigência de solidariedade calorosa, fizeram dela uma esmola estúpida cujo único objetivo é tranquilizar a consciência do doador, sem nenhuma preocupação com aquele que recebe”. HÉBER-SUFFRIN, Pierre. *O “Zaratustra” de Nietzsche*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. p. 101.

surgir a retomada de uma citação de *Para genealogia da moral* feita anteriormente, mas completada agora no deslinde da argumentação.

Como fazer no bicho-homem uma memória? Como gravar algo indelével nessa inteligência voltada para o instante, meio obtusa, meio leviana, nessa encarnação do esquecimento?...Esse antiqüíssimo problema, pode-se imaginar, não foi resolvido exatamente com meios e respostas suaves; talvez nada exista de mais terrível e inquietante na pré-história do homem do que a sua *mnemotécnica*. “grava-se algo a fogo, para que fique na memória” – eis um axioma da mais antiga (e infelizmente mais duradoura) psicologia da terra¹⁹⁰.

Para Nietzsche é na relação entre *obligatio* de direito pessoal e na rudeza e crueldade dos castigos primitivos que se revolve o solo antropológico do surgimento de conceitos “que serão mais tarde, o apanágio da sociabilidade e da moralidade, tais as categorias fundamentais do imaginário religioso, como também a noção moral de *culpa*, o sentimento de dever, a consciência da responsabilidade e da autonomia”¹⁹¹.

Jamais deixou de haver sangue, martírio e sacrifício, quando o homem sentiu a necessidade de criar em si uma memória; os mais horrendos sacrifícios e penhores (entre eles o sacrifício de primogênitos), as mais repugnantes mutilações (as castrações, por exemplo), os mais cruéis rituais de todos os cultos religiosos (todas as religiões são, no seu nível mais profundo, sistemas de crueldades) – tudo isso tem origem naquele instinto que divisou na dor o mais poderoso auxiliar da mnemônica¹⁹².

A mnemotécnica *sui generis* que Nietzsche apresenta produz instrumentos que fazem valer seu efeito. Os castigos e as penas são instrumentos de mnemotécnica que atuam como auxiliares nas noções primevas das categorias

¹⁹⁰ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007. Segunda Dissertação, § 3, p. 50

¹⁹¹ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 30.

¹⁹² NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das letras, 2007. Segunda Dissertação, § 3, p 51.

fundamentais de direito pessoal das obrigações. Com eles se consegue manter na lembrança da humanidade primitiva os primeiros traços da responsabilidade e da obrigação que ensejam as formas originárias de vínculo jurídico e responsabilidade.

Substancialmente, o surgimento originário é constituído pelo princípio da retribuição enquanto modalidade de satisfação substitutiva nas relações e enquanto aparência de regimes de equivalências e formas de reparação intuídas pelo limitado e rude desenvolvimento da mente primitiva.

Nietzsche identifica na relação entre a (pré)história da memória e a gênese da sociedade primitiva a aparência conseqüente do Estado. Nesse sentido, essa relação não pode ser conduzida de acordo com a suposição do modelo contratualista, pacificador, fundado na racionalidade de um pacto originário.

A crítica ao contratualismo nesses termos é ferrenha em Nietzsche. Ele demonstra que ao se aceitar tal modelo hipotético de formação do Estado está-se renegando o próprio sentido da gênese da humanidade. Justamente nesse ponto, em especial, não se pode deixar de se reconhecer os mais recuados tempos da humanidade sob o sério equívoco de se furtar a humanidade de sua própria origem e a partir disso criar ficções derivadas de um equívoco originário.

Utilizei a palavra “Estado”: está claro a que me refiro – algum bando de bestas louras, uma raça de conquistadores e senhores, que, organizada guerreiramente e com força para organizar, sem hesitação lança suas garras terríveis sobre uma população talvez imensamente superior em número, mas ainda informe e nômade. Deste modo começa a existir o “Estado” na terra: penso haver-se acabado aquele sentimentalismo que o fazia começar com um “contrato”. Quem pode dar ordens, quem por natureza é “senhor”, quem é violento em atos e gestos – que tem a ver com contratos¹⁹³.

Claramente a tese nietzscheana sobre o Estado se dá da mesma maneira

¹⁹³ Ibidem. Segunda Dissertação, § 17, p. 75.

nessa investigação genealógica. Os rudimentos do Estado estão presentes no processo de humanização da maneira característica a que Nietzsche se refere desde a (pré)história da humanidade.

Do mesmo modo como a criação da instância psíquica da consciência moral é um processo conduzido inteiramente pela violência e pela crueldade ritualizadas em práticas penais, ajustadas ao cenário jurídico da *obligatio*, analogamente se passa com os rudimentos do Estado. Este não tem origem nos desígnios da Providência, nos propósitos da natureza, nem nas astúcias da razão, mas no conflito e na usurpação. Nada mais adverso à perspectiva de Nietzsche do que a teoria jus-naturalista clássica, paradigmaticamente representada por Hugo Grotius - mas com reverberação ainda em Rousseau e Kant - que fundamenta a instituição da sociedade e do Estado numa disposição simultaneamente racional e social da natureza humana. [...] Para uma filosofia centrada na noção de vontade de poder, não é pelo *medium* pacificador de um contrato social fundante, nem como resultado de um progresso natural ou lógico da espécie humana, que se institui o Estado, mas sim a partir das relações de domínio. Em *Para a genealogia da moral*, 'o Estado' é pensado como um aparato de instituições e procedimentos coercitivos, cuja função consiste em dar forma e ordenação social ao caos pulsional do semi-animal 'homem', ajustando esse rebelde potencial à 'camisa de força da sociedade e da paz'. A obra do Estado consiste, pois, na criação da sociedade, transcendendo o círculo mais restrito das famílias e das tribos, mediante a coerção e a violência, para promover a elevação de uma natureza bárbara: a transfiguração do animal instintivo em *zoon politikon*¹⁹⁴.

No que concerne à condição da formação do Estado a partir de relações de domínio e não de acordo com um meio pacificador formulado na esteira de um contrato social fundante, Nietzsche já antecipava esse sentido em uma obra anterior que prenuncia *Para genealogia da moral*.

No conhecido aforismo de número 257 de *Para além de bem e mal*, Nietzsche antecipa sua narrativa sobre a gênese do Estado apresentada em *Para a genealogia*

¹⁹⁴ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 31-32.

da moral. Com efeito, notar-se-á que o aforismo se refere à condição em que homem chega pela obra de uma sociedade aristocrática originada e desenvolvida por atos de violência e dominação.

Toda elevação do tipo “homem” foi, até o momento, obra de uma sociedade aristocrática – e assim será sempre: de uma sociedade que acredita numa longa escala de hierarquias e diferenças de valor entre um e outro homem, e que necessita da escravidão em algum sentido. [...] É certo que não devemos nos entregar a ilusões humanitárias, no tocante às origens de uma sociedade aristocrática (ou seja, do pressuposto dessa elevação do tipo “homem”): pois a verdade é dura. Digamos, sem meias palavras, de que modo *começou* na Terra toda sociedade superior! Homens de uma natureza ainda natural, bárbaros em toda terrível acepção da palavra, homens de rapina, ainda possuidores de energias de vontade e ânsias de poder intactas, arremeteram sobre raças mais fracas, mais polidas, mais pacíficas, raças comerciantes ou pastoras, talvez, ou sobre culturas antigas e murchas, nas quais a derradeira vitalidade ainda brilha em reluzentes artifícios de espírito e corrupção¹⁹⁵.

Retomando, na base etnológica de Nietzsche se encontra a vitalidade de seus argumentos na sustentação de sociedades primitivas, bárbaras e nas relações de dominação. Como afirmado anteriormente a referência de Post no pensamento de Nietzsche é fundamental, pois ele reconhece nos modelos de organização gentílica, comunidades na forma de *gens* e tribos as formas de organização comunitária que deram origem aos primeiros ordenamentos sociais. Ou seja, a constatação de Nietzsche é de que antes da instituição do Estado existiam formas primitivas de comunidades organizadas num primeiro momento para sua organização interna e guerra externa e que caracterizavam em geral as organizações sociais dos tempos (pré)históricos.

Esse argumento, de se resgatar nas sociedades primitivas a gênese dos

¹⁹⁵ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2005. § 257, p.153.

sentimentos de responsabilidade e obrigação, insere definitivamente a polêmica existente em *Para a genealogia da moral* no sentido de desconstruir a tese do pacto social como fundamento da sociedade organizada e do Estado. A investigação etnológica de Nietzsche reconhece nas formações sociais primevas o surgimento das idéias de contratos, de responsabilidade social e de sujeitos de direito atacando qualquer entendimento da teoria do pacto social.

Há concomitantemente com essa questão, associada à sua concepção sobre origem da justiça, uma abordagem a respeito da instituição do bando no primitivo direito germânico¹⁹⁶, demonstrando uma transposição posterior da matriz de direito obrigacional de débito e crédito para o plano das comunidades e nas relações entre seus indivíduos.

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.

A comunidade, o credor traído, exigirá pagamento, pode-se ter certeza. O dano imediato é o que menos importa no caso: ainda sem considerar esse dano, o criminoso é sobretudo um “infrator”, alguém que quebra a palavra e o contrato com o todo, no tocante aos benefícios e comodidades da vida em comum, dos quais até então ele participava. O criminoso é um devedor que não só paga os proveitos e adiantamentos que lhe foram concedidos, como inclusive atenta contra seu credor: daí ele não será apenas privado de todos esses benefícios e vantagens, como é justo – doravante lhe será lembrado o *quanto valem esses benefícios*¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Oswaldo Giacoia Junior reconhece nessa análise nietzscheana a influência dos escritos de Rudolf von Jhering. GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 34.

¹⁹⁷ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza, São Paulo: Companhia das letras, 2007. Segunda Dissertação, § 9, p. 60-61.

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.

No deslinde dessa argumentação Nietzsche também trata do caráter mítico-religioso que ocupava a mentalidade primitiva e comprova que ele faz parte da mesma matriz obrigacional do débito e crédito. É, inclusive, a partir dessa noção que haverá origem das primeiras formas de religiosidade, que têm parte fundamental na organização social das sociedades primitivas.

Para Nietzsche os principais conceitos e as fundamentais estimativas morais de valores são derivadas da concepção originária do ambiente jurídico de débito e crédito, ao ponto de verificar a partir da polissemia da palavra culpa, em alemão, *Schuld*, que significa ao mesmo tempo dívida e culpa, que a noção moral de culpa é uma espiritualização do sentimento jurídico de ter dívidas¹⁹⁸.

Ao lado de pensar a gênese da civilização, e com ela do Estado, a partir da interiorização e espiritualização da crueldade, e com apoio em categorias jurídicas tanto de direito penal, como os castigos, como do direito pessoal como a *obligatio*, deve-se destacar seu esforço em prol de uma *história natural do dever e do direito*. Parte importante de seu método genealógico, ela permite uma concepção de direitos e deveres ligada a relações de poder e sujeição, recolocando em novos termos a equação entre direito e força¹⁹⁹.

Nietzsche reinsere no contexto organizacional das comunidades a herança que foi legada à humanidade da necessária noção de cômputo e equilíbrio na instituição e reconhecimento de direitos e obrigações. Ele explora a noção de

¹⁹⁸ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 35.

¹⁹⁹ Ibidem. p. 35-36

retribuição de maneira profunda, desvelando o quanto ela foi predominante nas relações das sociedades primitivas.

Em *Aurora*, no aforismo de número 112 - que concerne ao tema central da discussão que se insere com a proposta do trabalho - denominado por Nietzsche como *Contribuição à história natural do dever e do direito* resta claro o modo como ele reinsere a questão da retribuição e demonstra que a relação entre direito e dever é mediada pelo conceito de poder.

Nosso deveres - são os direitos de outro sobre nós. De que modo eles os adquiriram? Considerando-nos capazes de fazer contrato e dar retribuição, tomando-nos por iguais e similares a eles, e assim nos confiando algo, nos educando, repreendendo, apoiando. Nós cumprimos nosso dever – isto é: justificamos a idéia de nosso poder que nos valeu tudo o que nos foi dado, devolvemos na medida em que nos concederam²⁰⁰.

O elemento fundante dessa análise é que na equivalência existente entre direito e poder, o dever e o poder não se fundam em elementos naturais, mas na crença, na representação daquilo que se acredita estar em poder de alguém. Na verdade, Nietzsche lança uma interpretação psicológica da relação direito e poder que existe desde os primórdios do sentido originário do direito.

Para Nietzsche, “Os direitos dos outros podem se referir apenas ao que está em nosso poder; não seria razoável, se eles quisessem de nós algo que não nos pertence. Colocado de modo mais preciso: apenas ao que eles acreditam estar em nosso poder, pressupondo que seja o mesmo que acreditamos estar em nosso poder”²⁰¹.

Por certo que tal crença se mantenha no respectivo grau de poder daqueles

²⁰⁰ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora: reflexão sobre os preconceitos morais*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2004. § 112, p. 82.

²⁰¹ Ibidem. § 112, p. 82.

que estão se relacionando, especificamente na capacidade mútua de exercerem retribuição. Nesse sentido, pode-se afirmar que os direitos se originam de pactos. “Assim nascem os direitos: graus de poder reconhecidos e assegurados. Se as relações de poder mudam substancialmente, direitos desaparecem e surgem outros – é o que mostra o direito dos povos em seu constante desaparecer e surgir”²⁰².

Por isso, se nosso poder se debilita, extinguem nossos direitos, e se nos tornamos super-poderosos, os outros deixam de ter direito sobre nós, tal como reconhecíamos nós mesmos a eles tais direitos. Desse modo, a esfera normativa do direito não suprime o conflito efetivo ou latente, nem a violência real ou virtual presente nas relações de domínio. Pelo contrário, ela as pressupõe, estabelece seus limites, como seu plano de regramento²⁰³.

No desvelamento daquilo que aqui se está a considerar como uma hipótese interpretativa psicológica e existencial de direitos, para Nietzsche essa existência só é possível no reconhecimento do equilíbrio entre variadas formas de correlação de forças e não se efetiva pela simples validade objetiva da lei, tampouco pelo consenso. Essa relação do direito, originária em pactos se refere ao sentido argumentativo até então exposto, “pactos são rituais que põem fim temporariamente a um conflito que permanece latente”²⁰⁴.

4 A TEORIA PSICOLÓGICA DA VINGANÇA E DO RESSENTIMENTO DE NIETZSCHE

A proposta de identificação da gênese do processo de formação do direito, da

²⁰² Ibidem. § 112, p. 83.

²⁰³ GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 37.

²⁰⁴ Ibidem. p. 37.

existência originária do vínculo jurídico possibilita também uma hipótese interpretativa no pensamento de Nietzsche em sua reflexão sobre a teoria psicológica da vingança e do ressentimento.

Sua relevância - no contexto do que vem se apresentando no decorrer dos argumentos - surge como conseqüência da pesquisa etnológica de Nietzsche e de sua importância em resgatar desde as sociedades primitivas a representação da *obligatio* enquanto princípio normativo de organização social.

No entanto, na tentativa de evitar um possível diletantismo intelectual com relação à profunda e complexa teoria psicológica de Nietzsche sobre o ressentimento, levando em conta sua inicial e mais densa exposição na Primeira Dissertação de *Para genealogia da moral*, que se estende explicativamente nas outras duas dissertações, cumpre inicialmente ressaltar a sua proveniência na esteira do pensamento de Oswaldo Giacóia Junior.

Por volta de fevereiro de 1887 Nietzsche toma contato, pela primeira vez, com a obra *Memórias do subsolo* de Dostoiévski, cuja leitura nele produz um profundo impacto. Impacto que influencia decisivamente não apenas as reflexões que estão na origem da *Para a genealogia da moral*, texto no qual a psicologia do ressentimento recebeu seu mais aprofundado e extenso tratamento teórico, como também em grande parte de sua produção filosófica até seu surto mental em 1889.²⁰⁵

Para Oswaldo Giacóia Junior, o tema filosófico do ressentimento nietzscheano que encontra no personagem central da obra de Dostoiévski os contornos de uma figura prototipicamente ressentida no exato sentido nietzscheano,

²⁰⁵ GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche como psicólogo*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006. p. 76.

está intrinsecamente associada à celebre oposição proposta por Nietzsche entre os dois tipos de moral: a moral dos senhores (aristocrática) e a moral dos escravos (gregária). Ele faz, a partir delas, a impressionante avaliação de como cada uma dessas morais funda os respectivos conceitos de bem e mal, com base nos quais são feitos juízos sobre o valor moral das intenções e ações humanas.²⁰⁶

A moral aristocrática surge de uma auto-afirmação e justamente na sua contraposição está o traço distintivo da moral de escravos que brota de uma negatividade originária, sendo esse seu elemento primeiro e ato criador. Assim, ao passo que a valoração aristocrática tem como ponto de partida uma espécie de sensação de plenitude e força, de auto-satisfação, que tem na negação de seu bem não um mal moral mas um ruim. Já o processo de instituição dos valores pelos escravos tem por pressuposto um processo de inversão a esse sentido, pois simetricamente contrária é a perspectiva segundo a qual a moral dos escravos constitui sua oposição entre bom e mau.²⁰⁷

Além da identificação inicial da teoria psicológica do ressentimento de Nietzsche, o autor sugere ainda que a distinção entre os dois tipos de moral tem um outro fundamento, sem o qual o próprio conceito de ressentimento não pode ser compreendido. A distinção entre ação e reação que em Nietzsche tem por base menos um conceito mecânico do que um conceito dinâmico de força que, por sua vez, introduzirá o par de opostos forte e fraco, complementar a ativo e reativo, nobre e plebeu. Desse modo observa-se que o pensamento da teoria psicológica do ressentimento de Nietzsche deve ser tomado na base fundante da distinção

²⁰⁶ Ibidem. p. 77.

²⁰⁷ "Trata-se, aqui, de uma avaliação parasitária, reativa, que tem necessidade prévia de um elemento estranho a si para, por antítese, instituir pela via da negação sua própria identidade e seu universo de valores. É nessa inversão que radica seu parentesco originário com o ressentimento." Ibidem. p. 78-79.

psicológica entre os tipos do nobre e escravo, a espécie de distinção fisiológica entre ativo e reativo e, com ela, deixar-se guiar pelo fio condutor da teoria das forças²⁰⁸.

Nesse sentido é que ganha campo a crítica da idéia de vingança no pensamento de Nietzsche, que nada mais é do que a necessidade de anestesiar uma experiência do sofrimento nos seres aos quais é vedada uma reação autêntica, qual seja, a descarga externa de energias psíquicas em processos mais complexos do que a mera resposta reflexa²⁰⁹.

A teoria do ressentimento nietzscheana, que se funda na distinção entre o ativo e reativo, possibilita a Nietzsche dar consistência à sua reconstituição genealógica do tipo homem caracterizado pela moral dos fortes e dos fracos. Se o ressentimento não é uma mera reação reflexa, mas envolve um complexo processo psíquico e moções efetivas, “– provido de certa finalidade -, ele pode ser diferenciado dos processos mecânicos de manutenção do equilíbrio no interior de sistemas de forças”²¹⁰, de modo que pode servir como fator diferencial de certos tipos humanos, de configuração de forças psicológicas individuais ou coletivas.

A polêmica ao pensamento de Dühring se insere, justamente, na crítica do ressentimento como uma mera reação mecânica.

²⁰⁸ Ibidem. p. 80.

²⁰⁹ Ibidem. p. 82. Nesse sentido assim aduz Nietzsche no § 15 da 3ª Dissertação de *Para Genealogia da moral*: “Pois todo sofredor busca instintivamente uma causa para seu sofrimento; mais precisamente, um agente; ainda mais especificamente, um agente *culpado* suscetível de sofrimento – em suma, algo vivo, no qual possa sob algum pretexto descarregar seus afetos, em ato ou *in effigie* [simbolicamente]: pois a descarga de afeto é para o sofredor a maior tentativa de alívio, de *entorpecimento*, seu involuntariamente ansiado narcótico para tormentos de qualquer espécie. Unicamente nisto, segundo minha suposição, se há de encontrar a verdadeira causalidade [causalidade] fisiológica do ressentimento, da vingança e quejandos, ou seja, em um desejo de *entorpecimento da dor através do afeto* – de ordinário ela é procurada, muito erroneamente, me parece, em um contragolpe defensivo, uma simples medida protetora, um ‘movimento reflexo’ em resposta a uma súbita lesão ou ameaça, do tipo que ainda executa uma rã sem cabeça, para livrar-se de um ácido corrosivo”. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral*: uma polêmica. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007. § 15, Terceira Dissertação, p. 116. A palavra causalidade entre colchetes segue a tradução de Oswaldo Giacóia Júnior, para nós melhor identificada que a palavra causalidade.

²¹⁰ GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Nietzsche como psicólogo*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006. p. 86.

Portanto, o enfoque merecido ocorre em razão de sua teoria psicológica da vingança e do ressentimento possibilitar além do entendimento importantíssimo de que as categorias que ela trabalha não se recobrem em categorias sócio-políticas, pois os tipos senhor e escravo não designam indivíduos singulares, porém *figuras culturais, tipos psicológicos*²¹¹, uma hipótese interpretativa, pela polêmica que desperta Nietzsche, fundada em categorias jurídicas, mais especificamente no direito penal, referente à interpretação sobre a origem de pena de Eugen Dühring.

A oposição nietzscheana sobre a tese de Dühring que interpreta o sentimento de vingança como algo natural aparece energeticamente no conhecido parágrafo 11 da Segunda Dissertação de *Para a genealogia da moral*. Nele Nietzsche propõe reconstituir a genealogia da lei, ou seja, uma genealogia do direito e da justiça.

Dühring enfaticamente deixa clara sua tese sobre a origem da pena aplicando os princípios de mecânica racional, enquanto advinda do ressentimento e provocadora da vingança.

Com a mesma necessidade com a qual ocorre a reação a uma ação mecânica, assim também a lesão espontânea e hostil tem por resultado o ressentimento, e com isso o aguilhão da vingança. O impulso para se vingar da lesão sofrida é manifestamente também uma disposição da natureza atuando em função de sua auto-conservação²¹².

Para Nietzsche a origem da justiça não está no ressentimento, tampouco, portanto, pode “se sacralizar a *vingança* sob o nome de *justiça* – como se no fundo a justiça fosse apenas uma evolução do sentimento de estar-ferido – e depois promover, com a vingança, todos os afetos *reativos*”²¹³.

²¹¹ Ibidem. p. 88.

²¹² DÜHRING *apud* GIACOIA JUNIOR, *op. cit.* p. 22.

²¹³ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007. Segunda Dissertação, § 11, p. 62.

Nessa passagem se nota a base na qual Nietzsche a isso se opõe, alertando para a pretensão e conseqüência da justificação da vingança como reação natural do homem e fundamenta sua crítica explícita a Dühring, nos seguintes termos:

Apenas isto a dizer contra essa tendência em geral; mas quanto à afirmação específica de Dühring, de que a nascente da justiça se acha no terreno do sentimento reativo, é preciso, em prol da verdade, contrapor-lhe bruscamente a afirmação inversa: o *último* terreno conquistado pelo espírito da justiça é o do sentimento reativo! Quando realmente acontece de o homem justo ser justo até mesmo com os que o prejudicam (e não apenas frio, comedido, distante, indiferente: ser justo é sempre uma atitude *positiva*), quando elevada, clara, branda e também profunda objetividade do olho justo, do olho que *julga*, não se turva sequer sob o assalto da injúria pessoal, da derrisão e da calúnia, isto é sinal de perfeição e suprema maestria – algo, inclusive, que prudentemente não se deve esperar, em que não se deve facilmente acreditar²¹⁴.

Contraopondo a atitude reativa da justiça sob a forma de vingança, Nietzsche evidencia que ser justo é sempre uma atitude positiva, e que o homem ativo está sempre muito mais próximo da justiça do que o homem reativo. A contextualização desse argumento engendra sua caracterização do “homem nobre”, um homem mais ativo, livre e de consciência melhor, e do “homem de ressentimento” que carrega na consciência a invenção da “má-consciência”.

Dessa maneira a investigação sobre o sentido do direito se aprofunda ao se lançar um olhar sobre sua história.

Afinal, consultemos a história; a qual esfera sempre pertenceu até agora a administração do direito, e também a própria exigência do direito? À esfera dos homens reativos, talvez? Absolutamente não; mas sim à dos ativos, fortes, espontâneos, agressivos. Historicamente considerado, o direito representa – seja dito para desgosto do já mencionado agitador (o qual faz ele mesmo esta confissão: “a doutrina da vingança atravessa, como um fio vermelho da justiça, todos os meus trabalhos e esforços”) – justamente a luta *contra* os sentimentos reativos, a

²¹⁴ Ibidem. Segunda Dissertação, § 11, p. 63.

guerra que lhes fazem os poderes ativos e agressivos, que utilizam parte de sua força para conter os desregramentos do *phatos* reativo e impor um acordo²¹⁵.

Nesse ajustamento no exercício e na manutenção da justiça há de maneira característica determinados elementos que lhe compõem e imprimem forma. O exercício e a manutenção da justiça impõem um poder mais forte que busca meios de pôr fim entre os grupos ou indivíduos a ele subordinados, ao desmedido influxo do ressentimento. A forma mais decisiva desse exercício que se dá pela atitude da autoridade suprema contra os sentimentos de reação e rancor é a instituição da lei.

...é a instituição da lei, a declaração imperativa sobre o que a seus olhos é permitido, justo, e proibido, injusto: após a instituição da *lei*, ao tratar abusos e atos arbitrários de indivíduos ou grupos inteiros como ofensas à lei, como revoltas contra a autoridade mesma, ela desvia os sentimentos de seus subordinados do dano imediato causado por tais ofensas, e assim consegue afinal o oposto do que deseja a vingança, a qual enxerga e faz valer somente o ponto de vista do prejudicado -: daí em diante o olho é treinado para uma avaliação sempre *mais impessoal* do ato, até mesmo o olho do prejudicado (mas este por último, como já se observou. – Segue-se que “justo” e “injusto” existem apenas a partir de instituição da lei (e *não*, como quer Dühring, a partir do ato ofensivo. Falar de justo e injusto *em si* carece de qualquer sentido...²¹⁶ .

Com a instituição da lei, Nietzsche afasta a idéia de que a justiça possa ser derivada de sentimentos negativos e reativos como a vingança e afasta também a hipótese de que teria algum sentido considerar algo *em si mesmo* como justo ou injusto, algo como uma justiça *em si*, um direito *em si*.

A proposição de Nietzsche no contexto do que se intenta apresenta uma

²¹⁵ Ibidem. Segunda Dissertação, § 11, p. 64.

²¹⁶ Expressamente no parágrafo 11 de *Para a genealogia da moral*, Nietzsche se refere à crítica sobre o conjunto da obra de Eugen Dühring na seguinte passagem: “Pois essa “equidade científica” de pronto se detém e dá lugar a inflexões de parcialidade e inimizade mortal, quando se trata de um outro grupo de afetos que são, me parece, de valor biológico bem mais elevado que os reativos, e portanto mereceriam ser *cientificamente* avaliados e muito estimados: os afetos propriamente *ativos*, como ânsia de domínio, a sede de posse, e outros assim (E. Dühring, *Valor da vida, Curso de filosofia*, e no fundo todas as suas obras)”. Ibidem, Segunda Dissertação, § 11, p. 63.

relevante e fundamental relação com a forma e o exercício da justiça na sociedade primitiva sob a estrutura do princípio da retribuição.

Apesar de sua análise partir especificamente da argumentação mecânica de Dühring, uma pesquisa mais detalhada e uma reflexão mais aprofundada permitem a hipótese interpretativa afirmada, que complementa a explicação da justiça primitiva sob a base do princípio da retribuição. Esse é fundamentalmente o escopo pelo qual se motiva essa análise; uma extensão do reconhecimento da tese nietzscheana da reconstituição da (pré)história da humanidade determinada por conceitos e categorias jurídicas que complementa e justifica a crítica da justiça primitiva derivada numa proposta mecânica, sentimental e psicológica.

No fragmento póstumo *O valor da vida de E. Dühring* do verão de 1975, Nietzsche comenta a obra de Eugen Dühring: *O valor da vida: uma consideração filosófica*. Nele além de discutir sobre as relações da vida com os sentimentos, a infância, o sexo, a morte, a punição, o amor, a vida coletiva e o conhecimento, discute o tema da vingança²¹⁷.

Nesse fragmento Nietzsche toma a questão da vingança e da justiça no pensamento de Dühring em várias passagens, debruçando-se mais especificamente e com maior vigor no final do fragmento, oportunidade em que desvela indigitadamente sua crítica.

No primeiro tópico, *A vida como totalidade das sensações e dos movimentos do sentimento*, Nietzsche ao fazer referência ao *pathos* e a moral demonstra a maneira como Dühring pressupunha a justiça num plano metafísico dualista de bem e mal.

²¹⁷ Ibidem. Segunda Dissertação, § 11, p. 62.

Para Dühring a injustiça é o maior mal que o mundo conhece e foi um instinto que engendrou o conceito de injustiça, o instinto de represália, de vingança e, portanto, é a esse afeto que se remetem os conceitos exangues de justiça e dever²¹⁸.

No quarto tópico, *O curso de uma vida humana*, o conceito de justo e injusto recebe um novo contorno sentimental ao se basear na distinção entre o justo e o injusto como algo simples para os que sofrem e algo de maior dificuldade para aqueles que cometem uma injustiça. A explicação de Dühring é de que aqueles que sofrem se vingam e, assim, eles professam a justiça para todos. Há uma pressuposição de força de resistência naqueles que sofrem uma injustiça: não existe direito igual senão para forças iguais, portanto entre os iguais²¹⁹.

A pressuposição dessa força de resistência como autodefesa é para Dühring a forma originária da justiça. É o fundamento originário que não pode jamais desaparecer completamente. A justiça oficial é somente a autodefesa organizada em vista da vingança e da injustiça. Por assim ser é que as penas infamantes não bastam absolutamente para a consciência natural da justiça²²⁰.

Nessa identificação originária da justiça, parece ser que Dühring se vê forçado a uma justificação que determine de vez sua proposta. Ao fazer referência ao conceito de honra ao modo germânico como diferente dos antigos, ele alerta que não se pode esquecer de que a representação natural da necessidade de vingar a injustiça não estava ainda cristalizada neles por um princípio antagônico. A vida em comum vinha no primeiro plano, e as relações privadas estavam ao abrigo de um

²¹⁸ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *O valor da vida de E. Dühring*. Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Comum, Rio de Janeiro, v. 11, n. 26, janeiro/junho 2006. p. 12.

²¹⁹ Ibidem. p. 20.

²²⁰ Ibidem. p. 21.

refinamento artificial do conceito de justiça²²¹.

Nesse deslinde o conceito de função do direito surge para Dühring ao tratar sobre a vida coletiva.

O direito não tem em última análise qualquer outra garantia senão a intervenção da força física [lá, onde a justificação da vida não passe como monstruosa e animalesca, é aí que fica cego!]. Na verdade, a consciência do direito se funda somente na luta [e não no começo do convívio entre os homens]. A menos que se renuncie a qualquer instalação efetiva do direito [- !], não se pode evitar o emprego da força. [E era o próprio Dühring que, mais alto, moralizava da maneira mais edificante contra Malthus a favor da liberdade da pulsão sexual]²²².

No apêndice do fragmento Nietzsche retoma no seu segundo tópico a idéia de *satisfação transcendente da vingança* de Dühring.

O sentimento da justiça é um ressentimento, e ele está ligado à vingança tal como a representação de uma *justiça no além* está ligada ao sentimento de vingança.

A justiça consiste na represália, na ofensa como retaliação, expressada na forma da lei de talião. À ofensa deve se corresponder um ferimento recíproco, a mais antiga e predominante concepção sobre a justiça que em seu desenvolvimento na busca de uma razão se chegou numa idéia de justiça oficial, aquele que apresenta a razão final apresentada como prevenção da ofensa pela intimidação²²³.

A inteligência guiada por motivos práticos não conhece qualquer justiça que seja desprovida do sentimento de vingança. Duas classes no direito penal: em primeiro lugar, puras finalidades [isto não tem nada a ver com a justiça], em seguida, as deferências que o homem deve ao homem, a ofensa como retaliação. Isso vale também para o direito civil. Somente na medida em que a falta de deferência em relação ao que está estabelecido, ou

²²¹ Ibidem. p. 21.

²²² Ibidem. p. 34.

²²³ Ibidem. p. 40.

a sua perturbação, é uma ofensa, é que o conceito de segurança se torna um conceito jurídico. O direito jamais prescreve um comportamento positivo. A sanção transcendente: o bem deve trazer a bênção, o mal a maldição. O instinto [*Trieb*] de reconhecimento é o fundamento das representações da recompensa: tal como o instinto [*Trieb*] de vingança o é para a justiça. Assim, ódio e amor possuem igualmente os seus outros mundos²²⁴.

A reflexão que compreende a idéia primitiva de justiça como retribuição na crença da uma autoridade sobre-humana tal como a justiça ligada ao ressentimento se estende na análise nietzscheana sobre a obra de Dühring.

A representação de um tribunal transcendente é uma ficção que combate enquanto produto do sentimento de vingança a atitude mais nobre da consciência. A apelação para a autoridade de Deus ocorre quando freqüentemente os homens se revoltam com uma injustiça sofrida.

É nele que reside o último sustentáculo da crença vacilante: seria preciso um complemento para o mundo moral, caso contrário, a nossa necessidade de uma ordem justa das coisas não seria saciada. Para isso, deveria existir uma justiça eterna situada para além das coisas terrestres. Para isso, se recorreu a Deus como exigência do instinto [*Trieb*] de sanção: o vingador, o representante da justiça eterna. Por isso, a imortalidade individual. O pressuposto de uma verdadeira sanção metafísica é a falta metafísica, e esta não é pensável sem liberdade metafísica. O segundo pressuposto de uma sanção metafísica é a sobrevivência metafísica do culpado; o terceiro – um juízo metafísico que seja o executor. Esta é a *religião da vingança*. Foi assim que Kant compreendeu a religião. A versão mais sutil foi aquela de Schopenhauer. A história do mundo, o tribunal do mundo, porém de tal maneira que, acima da significação do curso das coisas, haveria ainda uma significação metafísica. Uma causalidade mística da marcha do mundo. O que vemos diante de nós é somente o exercício de um julgamento e, de fato, na forma da marcha do mundo, uma existência regulada por um determinismo: injustiça e falta estão para além da existencia do mundo em geral. “De fato, os homens são muito poéticos quando se trata de confundir, em relação a seus inimigos, a infelicidade e a falta verdadeira ou suposta”. São precisamente a covardia e a fraqueza

²²⁴ Ibidem. p. 40-41.

que levam à sua predileção pela invenção de pretensos “tribunais”. É uma conseqüência odiosa da vingança interpretar os acontecimentos nos sentido de uma suposta justiça²²⁵.

A investigação nietzscheana enquanto crítica da proposta de Dühring sobre o ressentimento e a vingança se projeta no conteúdo do seu pensamento sobre o conhecimento e a vida.

O auto-conhecimento provém da justiça para consigo mesmo, e a justiça é no fundo sentimento de vingança. Nesse sentido o sentimento de vingança pode ser experimentado para consigo mesmo.

A abordagem psicológica que Nietzsche empreende no tema é impressionante. Se alguém se feriu o bastante por causa de si próprio, então começa a experimentar contra si próprio o sentimento de vingança: “o resultado disso é uma penetração aguda de si e o resultado disso é o auto-desprezo. Em muitos homens observamos mesmo a ascese, quer dizer, a *vingança contra si próprio* pelas vias de fato da repugnância e do ódio. [Na pressa excessiva e também no trabalho excessivo se mostra freqüentemente a mesma inclinação -]”²²⁶.

Para Nietzsche a superação desse dualismo metafísico, indicado por ele inclusive por uma compensação psicológica que se nutre religiosamente em Deus, pode ocorrer pela abolição da vingança e pela superação da crença na manutenção da igualdade entre os iguais.

Em *Assim falou Zaratustra*, na segunda parte, nas passagens *Dos virtuosos* e *Das tarântulas*, Nietzsche retoma essa reflexão de maneira mais aprofundada, tocando em pontos cruciais de sua crítica que ensejam caracteristicamente seu pensamento.

²²⁵ Ibidem. p. 41.

²²⁶ Ibidem. p. 43.

Na passagem *Dos virtuosos* a relação que Nietzsche empreende entre os virtuosos e a sua pretensão supostamente virtuosa revela um interessante exame psicológico que encontra sua base em antigas relações humanas. “Ai de mim, é este o meu desgosto: introduziram, mentindo, prêmio e castigo no fundo das coisas – e, agora, também no fundo de vossas almas, ó virtuosos”²²⁷.

A crítica é profunda e trata de uma herança psicológica humana que necessariamente precisa ser superada, uma herança usurpada pela desqualidade do homem enquanto um ser que se faz virtuoso e se mostra hipócrita diante dessa sua velada realidade.

Nietzsche quer romper com essa postura e desfere fortes investidas contra ela. O interessante da análise é que Nietzsche compreende a grande capacidade humana de moldar e de se acomodar diante daquilo que vem de um sentido histórico diferente da realidade que o próprio ser humano passa a empregar em outra circunstância histórica.

O sentido primitivo e mítico-religioso da relação prêmio e castigo é estendido como um elemento que traz ao homem uma capacidade de se considerar como melhor, como amparado pela força inquestionada sagrada daquilo que ele mesmo criou.

Porque esta é a vossa verdade: sois demasiado *limpos* para a sujeira das palavras tais como – “vingança”, “castigo”, “prêmio”, “recompensa”. Amais a vossa virtude como a mãe ama o filho; mas quando já se viu qualquer mãe querer ser paga pelo seu amor? [...] Ah, como lhes sai mal da boca a palavra “virtude”! E, quando dizem: “Sou justo”, isto soa sempre como: “Estou vingado!”[...] Mas não para isto, veio Zaratustra, não para dizer a todos esses mentirosos e néscios: “Que sabeis vós a virtude! Que

²²⁷ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Assim falou Zaratustra*: um livro para todos e para ninguém. Tradução de Mário da Silva. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. Segunda parte, *Dos Virtuosos*, p. 123.

poderíeis, vós, saber da virtude!” – Senão para que vós, meus amigos, fiqueis cansados das velhas palavras que aprendestes dos mentirosos e néscios: Cansados das palavras “prêmio”, “recompensa”, “castigo”, “justa vingança”²²⁸.

A forte crítica de Nietzsche é ainda mais enfática na passagem *Das tarântulas*. Nela pode se afirmar que se encontra uma das críticas mais importantes do pensamento filosófico contemporâneo sobre a tão discutida igualdade natural dos homens.

Sua contextualização com o trabalho reforça a pretensão de inserir Nietzsche como um filósofo imprescindível em qualquer discussão séria acerca das teorias jus-filosóficas da justiça, em alguns casos como um grande opositor, em outros como um grande aliado.

Nietzsche inicia a passagem com uma representação metafórica apresentando a morada da tarântula e procurando chamar a sua atenção e ter sua presença, alertando prontamente da sua sagacidade.

*Aí vem ela, prontamente. Bem vinda, tarântula! [...] Vingança é o que trazes na alma: onde quer que mordas, cresce uma negra escara. Com vingança faz teu veneno a alma rodopiar! Assim falo convosco por imagens, vós que fazeis a alma rodopiar, vós pregadores da *igualdade*! Não passais de tarântulas e bem ocultas almas vingativas! [...] “Vingança, queremos exercer, e lançar injúrias contra todos os que não são iguais a nós” – assim juram os corações das tarântulas. [...] Ó pregadores da igualdade, é o delírio tirânico da impotência que assim clama, em vossa boca, por “igualdade”: os vossos mais secretos desejos de tirania disfarçam-se em palavras de virtude!²²⁹.*

A oposição nietzscheana sobre a máscara da justiça sob a forma da vingança e da tirania é dada instantaneamente. A proposta de Nietzsche rompe de maneira paradigmática com esse velho ideal que em seu exercício nada mais afigura do que

²²⁸ Ibidem. Segunda parte, Dos virtuosos, p.123-124.

²²⁹ Ibidem. Segunda parte, Das Tarântulas, p. 129-130.

a satisfação pessoal ou de reconhecimento pessoal, que pacifique compensando a suposta dor sofrida o psicológico. Ele evidencia a torpeza do homem criada por ele mesmo por um longo caminho que tem em suas primeiras manifestações uma forte influência primitiva, totalmente renegada e diferenciada do que era para os povos primitivos.

Nesses pontos é que se revela a importância da metodologia genealógica nietzscheana. Se fosse atribuída a responsabilidade da atitude do homem moderno pela constatação histórica de que primitivamente ele agia assim, o máximo a se alcançar seria a perniciosidade da consideração virtuosa sobre a qual Nietzsche investe ferrenhamente.

Nietzsche se coloca na contramão dessa idéia de igualdade esculpida sobre um longo caminho tortuoso de sacrifícios. Para ele os homens não são iguais, e qualquer tentativa que nesse sentido se direcione provoca teoricamente uma tautologia e praticamente o despenho do ser humano.

*Pois que o homem seja redimido da vingança: é esta, para mim, a ponte que conduz à mais elevada esperança e um arco-íris após longos temporais [...] Não quero ser misturado e confundido com esses pregadores da igualdade. Porque, a mim, assim fala a justiça: "Os homens não são iguais" E, tampouco, o devem tornar-se!*²³⁰.

Conclusivamente o que se apreende dessa abordagem contextualizada de Nietzsche é o seu pensamento sobre a justiça e sobre a capacidade normativa do direito de não suprimir o conflito efetivo e constante, tampouco a violência das relações de domínio, mas sim pressupô-las para se estabelecer e formar seus planos de regramento. É que a justiça "é uma virtude que se funda numa perspectiva acurada para a detecção de graus de poder, assim como um senso cultivado para

²³⁰ Ibidem. Segunda parte, Das Tarântulas, p. 129-131.

medir equivalências. Pois é justamente no equilíbrio de forças que se encontra para ele, o pressuposto da justiça”²³¹.

O “homem justo” requer, continuamente, a fina sensibilidade de uma balança: para os graus de poder e direito, que, dada a natureza transitória das coisas humanas, sempre ficarão em equilíbrio apenas por um instante, geralmente subindo ou descendo: - portanto, ser justo é difícil, e exige muita prática e boa vontade, e muito *espírito* bom.
-²³².

Todo esse esforço de denotar de maneira delimitada no pensamento de Nietzsche o esboço de uma filosofia do direito alcança seu objetivo com as suas impressões e revelações.

As linhas de uma filosofia do direito em Nietzsche perceptivelmente se constroem em oposição direta às doutrinas tradicionais do direito, principalmente em relação ao pensamento contratualista e do direito natural, bem como do exacerbado das escolas racionalistas e das manifestações do utilitarismo e do positivismo. Justamente nesse sentido se compreende a intensa crítica nietzscheana sobre a moderna doutrina de igualdade de direitos. Se a própria noção de direito se estabelece na pretensão de regularização e ação social fundada no reconhecimento de vários graus de poder que vigem entre os homens, é preciso então que a desigualdade seja pensada como uma das próprias condições para que hajam direitos, pois a suposição ideal de uma sociedade universal é no mínimo irrazoável ao passo em que o mundo é formado por relações de dominação e poder²³³.

²³¹ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 26.

²³² NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2004. p. 83.

²³³ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 38-39.

CAPÍTULO 3. O DIREITO ENTRE KELSEN E NIETZSCHE: IMPRESSÕES SOBRE AS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS COMO DETERMINANTES DE UMA POSSÍVEL COMPLEMENTAÇÃO

1 CONSIDERAÇÕES ESTRUTURAIS SOBRE A CONFRONTAÇÃO DO PENSAMENTO DE KELSEN E NIETZSCHE

A exposição desenvolvida da confrontação do pensamento sobre a gênese do direito em Kelsen e Nietzsche revela em si pontos muito próximos entre seus pensamentos e, devido à originalidade e propósito de cada um, a hipótese interpretativa mais forte que se sugere é a de complementaridade.

Para se averiguar essa complementaridade também é preciso delimitar a maneira em que determinado momento o pensamento de ambos se afastam. É uma complementaridade delimitada pelo tema proposto. O intuito não é forçar uma aproximação, mas da abordagem empreendida deixá-la surgir e a partir dessa abertura situar os contornos que permeiam a caracterização do direito em sua base histórica primitiva.

Inicialmente pode se relatar que os dois autores partem do estudo de bases etnológicas e apesar de, aparentemente, o propósito desse estudo se desenvolver de maneira diferenciada em cada um, há momentos em que se coincidem e caminham *pari passu*.

Sob essa base investigativa etnológica os autores também tiram conclusões semelhantes. Tanto Kelsen quanto Nietzsche afastam suas idéias do pensamento

contratualista, de que o homem vivia inicialmente num estado de natureza, deferindo críticas certas cada qual com seu entusiasmo crítico.

Conseqüentemente as conclusões de seus pontos de vista sob a formação do Estado também são distintas do pensamento contratualista. Kelsen oportunamente se reporta à falência da interpretação do homem no estado natural, e Nietzsche contextualizadamente expõe sua idéia a partir dessa mesma opinião, das relações de poder que ensejam a formação do Estado.

Enfaticamente, do estudo das comunidades primitivas, os dois autores concordam na formatação inicial sob a forma jurídica originária entre as relações de troca, escambo, débito e crédito.

Nesse sentido, a abordagem mítico-religiosa que envolvia a estrutura dessa crença também é articulada. Kelsen propõe um acompanhamento histórico que objetiva o alcance de sentido do princípio da causalidade e juridicamente do princípio da imputação. Já Nietzsche desenvolve sua idéia repousando sua análise crítica, característica de sua obra, no pensamento e atitude cristã que envolvem o mundo. O relevante a se destacar é a identidade da qual ambos partem.

A partir dessas aproximações se nota que a inclinação filosófica e teórica de cada autor ao passo que guardam devidas exceções, combinam em pontos comuns. Apesar da matriz kantiana em que Kelsen irá desenvolver posteriormente seu pensamento sobre ser e dever-ser, nessa abordagem crítico-ideológica sobre a justiça, conforme ele mesmo expõe, há um afastamento completo do pensamento kantiano sobre o “conceito inato” de causalidade, direcionando totalmente seu estudo sem considerar como válido o pensamento kantiano, inclusive apresentando críticas claras à sua base. Nesse sentido também o faz Nietzsche, que por alguns é

retratado sob a bandeira de ser e de querer se apresentar como um opositor ferrenho ao pensamento kantiano, mas não levando apenas isso em consideração, nota-se que o direcionamento de seu pensamento sobre a promessa e a causalidade é explicitamente formulado em base distinta da kantiana.

Apesar dessa inicial identificação, que é a mais importante para a proposta que se segue, o ponto de afastamento caminha justamente no sentido inverso. Kelsen ao considerar o princípio da imputação sob o dualismo de ser e dever-ser encontra uma caminho diferente do que segue Nietzsche. É, inclusive, nesse deslinde que Nietzsche passa a figurar como um pensador que se projeta na contracorrente do pensamento positivista.

Todas essas conexões propostas não são prejudicadas pelo momento em que há o afastamento, nem pelas suas conseqüências. Ao contrário: delas se vislumbram pontos complementares que podem ser refletidos a partir da originalidade e da proposta do pensamento de cada um.

A abordagem histórica de Kelsen se complementa com a abordagem genealógica de Nietzsche. Ao desenvolver o trabalho delimitando o sentido de sua investigação histórica, Kelsen não permanece no lugar comum dos estudos históricos generalizados, e isso possibilita a identificação do seu pensamento com Nietzsche na atribuição característica dos atos e formas jurídicas no processo de humanização.

O conteúdo sobre o qual versa o estudo kelseneano sobre a mentalidade primitiva também encontra uma forte complementação, mais aprofundada psicologicamente em Nietzsche.

Nietzsche empreende um resgate psicológico em sua investigação sobre a

(pré)história da humanidade enquanto Kelsen apresenta características importantíssimas em sua análise etnológica sobre a psiquê primitiva, ponto inicial de seu exame.

Desse conjunto de elementos que se identificam e possibilitam tal complementação, cujo desenvolvimento seguinte revelará outros pontos além dos quais aqui estruturalmente se apresentou, desvela-se o objetivo do trabalho da necessidade de renovação das formas jurídicas, que a partir da sugestão complementar que nele se propõe, adquirem novo foco de discussão e entendimento, principalmente no sentido da necessidade que se descobre pela análise psicológica do tema, de atitudes dos próprios homens enquanto fomentadores e criadores do direito, capazes de criar a possibilidade do próprio homem e do próprio direito de ingressar em outro estágio de organização social menos predatório do que o atual.

2 APROXIMAÇÕES E COMPLEMENTAÇÕES ENTRE KELSEN E NIETZSCHE

2.1 A superação do dualismo sociedade-natureza e o entrecruzamento dos pensamentos sobre a gênese do direito

A proposta de Kelsen na obra objeto principal de exame do trabalho é empreender uma investigação baseada em material etnológico, examinando como o homem primitivo interpretava a natureza que estava à sua volta, e como a partir dos resultados dessa investigação - o surgimento do princípio da causalidade a partir do

princípio da retribuição e a emancipação social da natureza - surge a relação entre ciência social e ciência natural apresentada sob uma perspectiva histórica que revela importantes constatações que superam algumas tradicionais maneiras de se compreender o direito e a justiça.

Essa é a razão pela qual Kelsen se reporta ao dualismo sociedade-natureza. A partir da maneira de se considerá-lo surgem interpretações diferentes que revelam metafisicamente as condições em que se encontra a humanidade. A projeção de Kelsen é de superação dessas dicotomias, é de se projetar além desses dualismos, em especial do dualismo sociedade-natureza.

Todo o esforço de superação desse dualismo rende importantes constatações à investigação kelseneana. Vale lembrar, porém, a separação inicial que acompanha a proposta da obra. Como se nota no desenvolvimento de seu pensamento jurídico, principalmente com a tomada da matriz kantiana e a dicotomia ser e dever-ser, Kelsen acaba criando seus próprios dualismos que se enquadram em manifestações metafísicas do direito.

Enfatizando a intenção de superação do dualismo sociedade-natureza e os contornos que ele ganha no desenvolvimento da interpretação de Kelsen, pode-se dizer que, especificamente no limite do tema da superação desse dualismo, apresenta-se o primeiro ponto de aproximação com Nietzsche.

Nietzsche muito precocemente apresenta uma profunda preocupação com a necessidade da superação dos dualismos formais criados em geral para justificar decorrências entre as relações humanas, o que representa a maneira em que

propõe seu pensamento cosmológico²³⁴.

De se notar, portanto, a razão pela qual embrionariamente, em que pese a preocupação teórica jurídica em um e a preocupação filosófica e psicológica em outro, Nietzsche e Kelsen revelam a gênese do direito e da justiça a partir de uma postura que supera as bases tradicionais empregadas.

Com o afastamento do pensamento kantiano, no sentido delimitado, os autores justificam suas teses que se complementam enquanto sendo justificadas e se encontram no ponto fundamental no sentido do processo de formação da gênese do direito e do sentimento de justiça.

A intenção de Nietzsche na Segunda Dissertação de *Para a genealogia da moral* é reconstituir a gênese da consciência²³⁵ moral.

²³⁴ Nesse sentido, de maneira esclarecedora Scarlett Marton indica como essa preocupação se mantém no pensamento de Nietzsche. “[...] Suas preocupações, por vezes, são ditadas muito mais pelas questões candentes da investigação científica de seu tempo que pelos problemas filosóficos ou filológicos, como seria de se esperar. Charles Andler é um dos primeiros a alertar para o interesse que nutre pelas ciências da natureza. Faz ver que, muito cedo, ele iniciou os estudos científicos. Em 1868, nos trabalhos sobre Demócrito, já acreditava que o pensamento grego inventara quase todas as hipóteses da ciência moderna. A partir de 1872, passou a dedicar-se à física geral, à química e à biologia; por volta de 1881, emprestou novo alento às pesquisas científicas. Karl Schlechta também salienta o importante papel que as ciências naturais e experimentais desempenharam em sua filosofia. Mostra que, na juventude, ele foi fortemente marcado pela História do Materialismo de Lange, entrando em contato com as diversas correntes que permeavam a investigação científica. Lembra, ainda, a influência decisiva que o amigo Peter Gast exerceu quanto às suas leituras nessa área. Além de Andler, encarado por alguns, sobretudo como biógrafo, e Schlechta, visto por outros como editor da obra, Karl Löwith, comentador respeitável, aponta as relações de Nietzsche com as ciências da natureza. Refere-se a seu projeto de voltar à universidade, em Viena ou Paris, para estudar física e matemática, tendo em vista embasar nas ciências as suas idéias. E ressalta o fundamento científico (*naturwissenschaftliche Begründung*) da doutrina do eterno retorno, fornecido provavelmente por Dühring, Mayer, Boscovich e talvez até Helmholtz”. MARTON, Scarlett. *Das forças cósmicas aos valores humanos*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000. p. 24. Sobre o pensamento cosmológico de Nietzsche, inclusive no que se refere a alusão anteriormente apresentada, traz importante contribuição Alexandre Antonio Bruno da Silva. SILVA, Alexandre Antonio da. *Nietzsche: justiça e direito*. 262 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo. p. 5-40.

²³⁵ Para uma compreensão adequada do problema que Nietzsche coloca é preciso apontar a ambigüidade do termo “consciência”. “Esta palavra constitui a versão portuguesa do latim *conscientia*, que, por sua vez, é a tradução do grego *syneidésis*. Desse último termo deriva, no alemão antigo, *gewizzenique*, que dá origem a *Gewissen*, ‘consciência moral’. Esta se diferencia de *Bewusstsein*, uma outra acepção de consciência em alemão, no sentido de ‘faculdade psicológica da consciência’. *Gewissen* designa, pois, a consciência *moral*, testemunho interior do ato justo ou injusto praticado em relação aos homens ou aos deuses; é dessa *com-scientia* que deriva a acepção “a voz da

Esse processo de reconstituição identifica dois importantes sentimentos: de culpa e de dívida. Ambos esboçados no capítulo anterior, inclusive na perspectiva nietzscheana com relação à polissemia da palavra *Schuld* em alemão.

Nesse sentido, deve ser ressaltada também – a já discutida - idéia da “má consciência”. Na verdade, o sentimento de culpa, que se nos apresenta como “má consciência” “- de *remorsus* ou *morsus conscientiae* (literalmente, ‘mordedura de consciência’) – tem sua origem ligada ao domínio material do direito das obrigações, mais particularmente, das relações contratuais de troca, escambo, compra, venda, débito, crédito”²³⁶

Na seara dos sentimentos e das avaliações correspondentes às categorias referidas é que se desenvolve e se espiritualiza a culpa moral. Na extensão da polissemia da palavra *Schuld*, Nietzsche reconhece que o sentimento de dívida, de obrigação pessoal, tem sua origem na mais antiga e originária relação pessoal existente, justamente entre credores e devedores, compradores e vendedores²³⁷.

Especificamente nesse ponto se entrecruzam as propostas de Kelsen e Nietzsche. Ambos reconhecem nas relações de troca, escambo, débito e crédito a primeira noção jurídica, de vínculo jurídico que representa o sentido do que aqui se considera como sendo originário ao processo de formação do direito e da idéia de

cosciência”, acompanhando e julgando nossas ações. Do mesmo modo como os conceitos morais “Bem” e “Mal” surgiram na história a partir da concreção das relações de poder e dominação, assim também as faculdades morais do homem – basicamente sua consciência do *Bem* e de seu contrário, a suscetibilidade a valores, os sentimentos ligados à moralidade, como, por exemplo, obrigação, remorso e a culpa. Ele não são atributo inato da humanidade, uma espécie de marca di duvuno na natureza, atestando a dignidade específica de sua origem. Como qualquer outro fenômeno, tais informações psíquicas não são independentes de um processo de engendramento, histórico ou pré-histórico, que deve ser hipoteticamente reconstituído” GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Para genealogia da moral*. São Paulo: Scipione, 2001. p. 37-38. Sobre a idéia de consciência moral também é válida a acepção do termo pelo mesmo autor na obra *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006. p. 50.

²³⁶ GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Para genealogia da moral*. São Paulo: Scipione, 2001. p. 38.

²³⁷ *Ibidem*. p. 38.

justiça.

Nesse ponto, há também, claramente, a construção do entrecruzamento de direito e moral, sob o qual se criou um outro dualismo que necessariamente, do mesmo modo, deve ser superado.

Não sem razão Kelsen adverte no início de sua obra a separação entre direito e moral, pois suas revelações provocam a idéia da possibilidade de se superar esse dualismo que poria em cheque a consistência de sua pureza metodológica²³⁸.

O entrecruzamento da gênese do direito e da consciência moral, representado nas relações de troca, escambo, débito e crédito entre compradores e vendedores é tão expressivo que ainda não se encontrou nenhum grau tão baixo de civilização em que não fosse possível observar algo dessa relação primitiva.

Essa é a grande revelação que nos fornecem os dois autores e que denota a gênese do direito como elemento constitutivo do engendramento do processo civilizatório.

Sob essa base pode se explorar, então, a construção dos sentidos do direito e da justiça e denunciar em seus percursos suas inclinações ideológicas, históricas e de formação social, e precipuamente seu aprisionamento metafísico.

Com base nessa análise pode-se afirmar enfaticamente que a consciência de culpa se afigura a partir da matriz originária da dívida, oriunda das relações obrigacionais de débito e crédito, compra e venda. Pode-se afirmar ainda que as próprias pessoas envolvidas nessas relações, enquanto sujeitos de direito, são

²³⁸ Nesse sentido no prefácio da obra explicitamente aduz Kelsen: "Obediente al principio austero de la pureza del método, me vi obligado a separar en esa obra el derecho de la justicia en cuanto sistema de normas diferentes, a saber, Morales, y el análisis estructural del derecho". KELSEN, Hans. *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau, Buenos Aires: De Palma, 1945. p. VIII.

também produto da (pré)história da humanidade, o resultado de um longo e sofrido processo de autoconformação²³⁹.

Para Nietzsche essa consciência de um débito, representado no sentimento permanente de responsabilidade para com alguém, a noção de *obligatio* de direito privado, implica saber-se detentor de uma vontade própria superior às forças da natureza.

Ser capaz de autodomínio; de poder manter intacta a cadeia da vontade, isto é, o nexos causal entre um “eu quero” e um correspondente “eu farei” - a saber, a desgraça efetiva desse proferimento numa ação futura, interpondo-se entre tais termos uma longa seqüência de outras vivências, estados, afetos, circunstâncias, sem que se rompa a cadeia causal do querer e do continuar querendo. É neste sentido que *consciência do dever* significa, em sua origem, *consciência de poder e liberdade*, e de modo algum consciência de culpa. Ela é o privilégio distintivo do indivíduo soberano, da autarquia consistente no domínio da vontade²⁴⁰.

Ao passo que Nietzsche descobre a consciência de autodomínio do sujeito como um privilégio raro que origina a figura de uma soberania que só teve possível seu surgimento à medida que a própria humanidade exerceu sobre si mesma um violento trabalho de conformação, como a aquisição de hábitos regulares, usos e costumes, ajustamento à representação de valores, leis, comandos e obrigações, um trabalho (pré)histórico que recebe o nome de *eticidade dos costumes*²⁴¹, Kelsen investiga as próprias bases anteriores a essa consciência de autodomínio, anunciando-a ao demonstrar o nível de desenvolvimento da mentalidade primitiva e o quanto nesse desenvolvimento a idéia do princípio da causalidade se afigura como uma idéia moderna. Tal pensamento de Kelsen e de Nietzsche se apresenta com uma perquirição psicológico fundamental para a compreensão do processo de

²³⁹ GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Para genealogia da moral*. São Paulo: Scipione, 2001. p. 38.

²⁴⁰ Ibidem. p. 42.

²⁴¹ Ibidem. p. 42.

formação do direito.

Na continuidade dessa idéia complementar, no que tange à eticidade dos costumes está vinculada a idéia das formas rudimentares de Estado, que conseqüentemente acaba encontrando um sentido muito próximo em ambos os autores.

Tanto para Nietzsche quanto para Kelsen, no contexto da argumentação desenvolvida, a hipótese do contrato social não pode dar conta da origem da sociedade, pois esta não emerge da tautologia do acordo de vontade entre idealizados sujeitos de iguais direitos, mas das relações de conquista e poder.

A constatação de Kelsen sobre esse assunto vem de seu estudo sobre a psiquê e formação das comunidades primitivas, revelando que as formas mais rudimentares de Estado não surgem dos pactos sociais, mas da atuação de comunidades primitivas conquistadoras. Da mesma forma, Nietzsche, que por um processo um tanto diferenciado - o processo de humanização que se inicia com a memória - descobre nas comunidades de estirpe, fundadas em parentesco sangüíneo, nas formas de organização gentílica, mais dotadas para a guerra e com maior poder de organização relativamente aos outros grupos, a capacidade de se apropriarem das comunidades mais fracas dominando-as e imprimindo os contornos iniciais de uma idéia de sociedade.

A crítica de Nietzsche à idealização do pacto social é bem exposta na obra de Francisco Puy, quem explicita que esse foi o seu primeiro grande acerto crítico em matéria social.

Su primer gran acierto crítico en matéria social es su combate contra la hipótesis culturalista de la explicación contractual de la sociedad que propalaron los racionalistas europeos del siglo XVIII

y canonizó Kant afinando las ideas de Rousseau. El contrato social es para Nietzsche una idealización falaz, una palabra engañosa, una mentira inventada capaz de ocultar la verdad, una ficción aniquiladora de la naturaleza que nos muestra evidentemente el carácter natural que tiene la sociabilidad humana²⁴².

Essa crítica de Nietzsche representa a importância de *Para genealogia da moral* como um texto fundamental para a compreensão de seu pensamento político. Nietzsche rejeita a abordagem da tradição de lei natural do pensamento moderno, como feito em Hobbes, Locke, Rousseau e outros, que procuram estabelecer a legitimidade da dominação política por meio da noção do contrato social²⁴³.

A oposição de Nietzsche se revela na suspensão das questões da obrigação política e da legitimidade em favor de uma análise histórica e psicológica da evolução do homem como um animal moral. Assim é que para Nietzsche o homem não é naturalmente um animal político, mas tem sido submetido a um processo de aprendizado e cultivo através da evolução da moralidade e de séculos de desenvolvimento social. Processo este que tem como produto o indivíduo soberano, o orgulhoso possuidor de consciência e livre-arbítrio, que pode ligar-se aos contratos sociais e se manter responsável por seus atos²⁴⁴.

De modo próximo a Nietzsche se evidencia a crítica de Kelsen. Para este a habitual interpretação de que o homem primitivo é um homem no estado de natureza é totalmente desprovida de sentido e incoerente. O homem primitivo não é um homem natural, é um homem social. Essa é razão pela qual não há que se idealizar a gênese da formação do Estado sob a base do pacto social enquanto se entender o homem num estado originário de natureza.

²⁴² PUY, Francisco. *El derecho y el Estado en Nietzsche*. Madrid: Editora Nacional, 1966. p. 88.

²⁴³ ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche como pensador político: uma introdução*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 136.

²⁴⁴ Ibidem. p. 136-137.

Em *A democracia*, Kelsen retoma de maneira muito interessante sua concepção sobre o homem primitivo originariamente como um homem social e não natural. Ao retornar ao dualismo causalidade e imputação Kelsen caminha para analisar a doutrina da democracia de Rousseau. Nela ele identifica que a liberdade é definida como um estado em que o indivíduo obedece unicamente a si próprio, ou seja, submete-se apenas à própria vontade. Com isso ele demonstra que Rousseau parte da idéia de liberdade natural, a liberdade da anarquia, incompatível com a sociedade, de maneira que é evidente não se poder sustentar tal definição, uma vez que Kelsen vê a idéia ilusória da vontade humana como *prima causa* o resultado da confusão metafísica entre realidade e valor, natureza e sociedade, causalidade e imputação²⁴⁵.

Desse modo, conseqüentemente, evidencia-se a conclusão de que os dois autores trabalham com uma idéia muito próxima sobre os primeiros “sujeitos de direito”. Eles não são pessoas individuais, mas, sim, clãs, *gens*, organizações coletivas de cujo desenvolvimento surgem as comunidades tribais e posteriormente os povos inteiros.

Nesse sentido a pesquisa etnológica dos autores também se identifica. Kelsen a revela historicamente. Já Nietzsche o faz de maneira diferente, no contexto da utilização de seu método histórico-genealógico.

No interior desses grupos a identidade é definida pelo laço de sangue, afirma Nietzsche, e nesse sentido, para Kelsen, o grupo passa a ser uma “substância”. Razão pela qual qualquer lesão a um membro do grupo constitui ofensa ao grupo como um todo, que pode e deve exigir reparação em nome do sangue comum.

²⁴⁵ KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 171-173.

Desse modo não está obrigado à reparação o indivíduo que praticou a ofensa, mas todo o grupo a que ele pertence, respondendo como uma única pessoa.

No deslinde do relacionamento mútuo entre essas comunidades é que surge a primeira noção de justiça implicada na equivalência da relação obrigacional de credor e devedor.

Kelsen revela essa noção de maneira bem apontada na consagração da justiça como um princípio fundamental da vida social, concebida essencialmente em distintas épocas e entre distintos povos a partir da idéia de retribuição.

Nietzsche também denuncia, de maneira mais crítica e aprofundada, esse velho cânon moral da justiça e procura afastar a sua idéia da vingança, valendo lembrar que ao passo em que Nietzsche o faz a partir da obra de E. Dühring, Kelsen se ocupa sobre a relação entre justiça e vingança a partir da obra de Steinmetz, sendo que ambas se referem à origem da pena.

Do mesmo modo, nesse ponto, há uma complementação entre o pensamento dos autores. Nietzsche é mais enfático do que Kelsen. Ambos, no entanto, colocam-se no reconhecimento dessa forma que toma a justiça no intuito de superá-la.

Essa abordagem é tão interessante que seu objetivo fundamental parece ser liberar a idéia da justiça de um tipo de interpretação dominante até os dias atuais na filosofia do direito. A idéia de que a justiça é pensada como retribuição reparatória de um dano anterior como um ato de vingança que tem por objetivo restaurar os equilíbrios das relações sociais.

2.2 Justiça e poder: o desfecho da interpretação do princípio da retribuição e o desenvolvimento do dualismo metafísico na interpretação da justiça

Historicamente, a noção de justiça sob essa base de retribuição recebeu diversos contornos²⁴⁶. Nesse sentido, passa a ser de fundamental importância para complementação e finalização do assunto do princípio da retribuição até aqui desenvolvido e para a compreensão das conseqüências da justiça na forma de retribuição a análise de Tércio Sampaio Ferraz Junior sobre o texto “*Vergeltung zwischen Ethologie und Ethic*” (“Retribuição” entre Etologia e Ética) de Walter Burkert²⁴⁷.

As bases sob as quais Burkert estrutura seu estudo sobre retribuição fornecem importantes revelações sobre os contornos em relação a elaboração dos modelos de justiça e especialmente das relações entre justiça e poder que se revelam nos posicionamentos de Kelsen e Nietzsche.

A maneira como se reporta Burkert se assemelha à abordagem de Kelsen. Ele retorna a textos e mitologias da Antigüidade alcançando importantes apontamentos atuais que merecem relevo. Por mais que a aceitabilidade da agressão, repressão e violência como base da retribuição justa pareça algo das sociedades primitivas, a expressão latina *vindex*, os princípios islâmicos vigentes da pena e mesmo a pena de morte, que não se divide necessariamente entre Ocidente e Oriente, apresentam a sutil presença desse modo primevo de manifestação da

²⁴⁶ Sobre uma visão mais detalhada da experiência histórica da justiça, cf. DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 83-93.

²⁴⁷ FERRAZ JUNIOR. Poder e justiça. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri: Manole, 2005. p. 168-182.

justiça como retribuição²⁴⁸.

Burkert assinala uma analogia etológica entre retribuição animal e sua aproximação ao comportamento humano. Suas principais referências são os chimpanzés da Tanzânia e uma passagem da obra *Out of Africa* de Tania Blixen, que ao retratar o comportamento dos Kikuyus no Quênia descobre que as noções de justiça e pena se dão por um único modo: o dano deve ser indenizado, qualquer que ele seja. Essa retribuição se estabelecia por longas deliberações dos anciãos, que por meio de negociações buscavam determinar a indenização correspondente. Desse modo não há nenhum exercício da retribuição “olho por olho, dente por dente”, não há pena no sentido criminal, apenas civil²⁴⁹.

A importância dessas duas referências traz um contorno mais aprofundado da idéia do princípio da retribuição. Isso porque se baseiam nas relações da retribuição entre animais e animais, e na relação de uma tribo com a predisposição da retribuição de forma indenizatória, pecuniária e não criminal.

No contraste da sua análise entre os animais e suas relações, desde a vingança até a obediência hierárquica ao chimpanzé dominante, com a tribo Kikuyus ou mesmo os povos germânicos, ele encontra uma espécie de “procedimentalização” das reações.

Em contraste com o comportamento animal, os Kikuyus ou os povos germânicos desenvolvem uma espécie de “procedimentalização” das reações, o que, de um lado, permite a sociabilização dos processos (que corresponde ao sentido de *sanção* como estabelecimento cerimonial de retribuição) e, de outro, o contato com meios de pagamento que possibilitam a indenização como troca. Ambas, a sociabilização e a indenização, pressupõem a língua (código significativo) e, com isso, uma homeostase por meio de um mundo objetivamente estabilizado

²⁴⁸ Ibidem. p. 169.

²⁴⁹ Ibidem. p. 169.

(criado pela linguagem) em que as negociações ocorrem. Assim, os procedimentos retributivos dos africanos não são primitivos nem desenvolvidos. Primitivismo e desenvolvimento são conceitos impróprios ao caso. No ser humano, mesmo a vingança, pro meio de *procedimentos com base lingüística*, torna-se orientada e dirigida, não obstante seu fundamento emocional²⁵⁰.

Nessa esteira Burkert propõe um levantamento filológico do campo significativo de palavras como “retribuição”, “pena” e “vingança” a partir do vocabulário dos gregos antigos. Dessas observações filológicas o autor cria dois modelos de retribuição: um vertical e outro horizontal. Ao passo em que um visa a equiparar uma pretensão e uma contraprestação o outro se fixa numa hierarquia protegida e mantida²⁵¹.

O modelo vertical, a *timoria* e a *kolasis*, parece prolongar um modelo (pré)humano, que pressupõe hierarquia e retribui agressivamente uma ameaça agressiva. De maneira contrária está o modelo horizontal, a *poine*, que parece pertencer exclusivamente ao gênero humano, na medida em que se liga à língua e a um mundo construído objetivamente. Dessa forma as grandes emoções vinculam-se ao modelo vertical (*timoria*) e não ao estabelecimento da *poine*, que ocorre por meio de negociações, modelo horizontal. Nesse sentido o autor entende que, do ponto de vista humano, o modelo horizontal é um dos *universalia* antropológicos. A base de um fenômeno largamente discutido, o do princípio da reciprocidade que se apresenta como um dar e receber²⁵².

Com isso vem a lume a mais importante constatação. A de que na prática da

²⁵⁰ Ibidem. p. 170.

²⁵¹ Para essa distinção o autor constata que o grupo vocabular referente a *poine* e os verbos *timein* e *teisasthai* são de tradição indo-germânica. O *poine* somente tinha o sentido de indenização negociada como compensação de um dano, que nesse contexto ocorria, obviamente, se aquele que sofre o dano aceita a oferta. Já a palavra *zemia* é forma dialetal de *demia* de demos, povo, entendida como sanção sociabilizada, aquilo que cabe ao povo e nesse sentido vingança e pena se confluem. Na mesma direção está a palavra *kolasis*, que tecnicamente tem uma conotação menos emocional que *timoreo*. Ibidem. p. 172.

²⁵² Ibidem. p. 172.

retribuição os dois modelos implicam-se, indicando que o modelo horizontal precisa do vertical e até se subordina a ele. Assim, de algum modo eles se interpenetram. A pena (*poine*) é quitada pela satisfação resultante da compensação, por isso a idéia de que se vingar de alguém que faz uma maldade é algo justo. “Assim, ambigualmente, a contra-reação enquanto contra-agressão toma também o caráter de câmbio, pagamento, compensação, indenização e reconciliação”²⁵³.

O que se conclui, portanto, de maneira geral da análise empreendida do princípio da retribuição é que a interpenetração entre os dois modelos de retribuição²⁵⁴ tem a ver com as dificuldades experimentadas na definição da justiça, em especial, em relação ao poder, que ganham importantes revelações nas aproximações do pensamento de Kelsen e Nietzsche.

Essas dificuldades se revelam na análise de Burkert sobre a elaboração dos modelos de justiça.

Ordinariamente, a maneira tradicional de se ressaltar o sentido originário da

²⁵³ Ibidem. p. 172.

²⁵⁴ Nesse ponto cumpre ao mesmo tempo em que se faz uma complementação à nota 68 do trabalho esclarecer de forma simbólica, a interpenetração dos modelos de Burkert. “Desde as tradições mais antigas, a balança é um dos símbolos mais constantes da justiça [...] A balança, porém, não apenas mostra o equilíbrio, mas é também instrumento apto, tecnicamente, para alcançá-lo. Isso significa que faz parte do sentido nuclear da justiça o procedimento de sopesar os atos e as compensações, portanto, o processo de dar e receber. A balança traz para a justiça o ritual da retribuição conforme o modelo horizontal. Implica assim, a palavra, a discussão, a negociação. A importância da palavra na negociação das compensações, em vista da obtenção do equilíbrio, é ressaltada na representação romana da *justitia*, cuja estátua apresenta a deusa sentada, segurando a balança com as duas mãos e de olhos vendados. Este último detalhe se contrasta com as estátuas gregas, em que *Diké* tem os olhos abertos, mostra a importância do *ouvir* para o romano e, portanto, do exercício da palavra na discussão das retribuições. Por sua vez, o equilíbrio é alcançado quando o fiel da balança está reto de cima a baixo (*de recto*, palavra que no baixo latim, substituía o termo *jus*, dando origem às palavras *direito*, *droit*, *diritto*, *right*, *Recht*, *derecho*) [...] na representação grega de *Diké*, há um detalhe significativo: a deusa segura a balança com a mão esquerda e tem, na direita, uma espada. [...] Se a balança traz para noção de justiça o modelo horizontal da retribuição, a espada parece ter a ver com o modelo vertical [...] Talvez se possa distinguir aí justiça de poder, como faz Foucault ao ver na aplicação de penas suplicantes, nas monarquias do século XVIII, um cerimonial de restabelecimento da *soberania* ferida, e não da justiça. [...] A interpenetração dos dois modelos pode ser vista, com propriedade, na noção romano de guerra justa. A exigência de uma indenização (*res repetere*) era um pressuposto do *bellum justum*, conquanto, ao final, servisse ao estabelecimento e à expansão do *Imperium Romanum*. Embora um povo guerreiro, o romano separava a função do *praetor*, que tinha a ver com o exercício de autoridade na distribuição de justiça, da função do *judex*, que fazia cumprir a pena. Ibidem. p. 173-175.

justiça se dá a partir de Aristóteles, que foi, na verdade, o primeiro filósofo a formular uma teoria consistente sobre a justiça. Apoiado no princípio da igualdade, a partir das idéias pitagóricas da justiça e também da idéia platônica da justiça como virtude, Aristóteles emprega o realismo do meio termo na análise dos fatos como investigação da justiça²⁵⁵.

A partir desta concepção tradicional da justiça em conjunto com a proposta dos romanos (*suum cuique tribuere*) e de Santo Tomás de Aquino²⁵⁶ e de Santo Agostinho, da justiça verdadeira construída no cristianismo pela prática do amor, da caridade e da devoção, passou-se, então, a delimitar nos contornos das teorias do direito e das teorias políticas uma maneira de se dividir o estudo de justiça de um ponto de vista formal e material.

Imprescindivelmente se deve relatar que, apesar da predominância até mesmo atualmente de se identificar a justiça nesses moldes, há esforços em contrário que corroboram a argumentação aqui empreendida.

Neste sentido de maneira acertada se refere Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Nas teorias jurídicas e políticas, dominantes na atualidade, a justiça costuma ser tratada nos termos seguintes. Em seu aspecto formal, é concebida como um valor ético-social positivo, em conformidade com o qual, em situações bilaterais normativamente reguladas, se atribui a uma pessoa aquilo que lhe é devido. O conceito de justiça formal, assim, é instrumento para a comunicação entre os homens, o qual permite que os problemas de relacionamento

²⁵⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Ed. UNB, 2001. O livro V da referida obra contém o estudo sobre A Justiça, que se inicia do seguinte modo: “com vistas à justiça e à injustiça, devemos indagar quais são as espécies de ações as quais eles se relacionam, que espécie de meio termo é a justiça, e entre que extremos o ato justo é o meio termo”.

²⁵⁶ Santo Tomás de Aquino pode ser considerado o verdadeiro precursor da reflexão sobre a justiça a partir de Aristóteles e dos romanos. Sobre a proposta de Santo Tomás de Aquino importante o estudo dos capítulos I, II e III da *Summa Theológica* que se referem ao tema justiça, especificamente no que remonta a Ulpiano, no mesmo livro, II, II, 58, 1. TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2002. Também é importante a reflexão, nesse sentido, de Santo Agostinho, na obra *Cidade de Deus* no livro IV, capítulo IV. SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. Tradução de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

social sejam discutidos racionalmente. Trata-se da idéia clássica do *suum cuique tribuere*, que exige, porém, um conteúdo concreto, a determinação, por meio de critérios, daquilo que é devido. A conformidade ou desconformidade com os critérios para determinar aquilo que é devido e a quem é problema que se refere ao aspecto material de justiça. Os critérios, de acordo com os quais é decidido aquilo que é devido a alguém, são freqüentemente formulados com base em concepções metafísicas. Ora, isso nos conduziria, ao tratarmos da questão da justiça material, a um exame daqueles critérios e de suas diversas formulações, bem como da pretensão de se encontrar um critério, senão único, ao menos determinantes dos demais. Não é este, porém o caminho que desejamos seguir. Interessa-nos o papel, mais ou menos relevante, desempenhado, na comunicação normativa, pela justiça material e seus critérios em face da justiça formal²⁵⁷.

Essa dualidade metafísica reportada é bem exposta por duas questões principais que remetem ao tema da justiça no direito.

Elas podem ser expostas na forma de duas perguntas: O que é a justiça? Como conhecemos ou realizamos a justiça?²⁵⁸

As questões colocadas remetem a um novo contexto filosófico que encontra em Nietzsche o seu precursor. Este contexto propicia o surgimento da viragem lingüística (*linguistic turn*) em autores como Wittgenstein, Heidegger e Gadamer. Tais questões para serem analisadas devem receber um novo contorno filosófico, pois a partir do entendimento de que o direito é criado, é criação humana e produzido pela linguagem, o esquema cognitivo sujeito/objeto já foi superado, implementando-se nos últimos tempos cada vez mais as teorias processuais da

²⁵⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 232.

²⁵⁸ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 228.

justiça²⁵⁹, que concebem a justiça e o direito justo como produto do processo de determinação do direito.

Como já afirmado, essencialmente, a questão da justiça responde-se freqüentemente como sendo em seu cerne igualdade, o que importa dizer o óbvio, de que, se justiça é essencialmente igualdade, ela não é apenas igualdade.

Ocorre que, até antes de Kant, a justiça foi reduzida exclusivamente ao princípio da igualdade, ou seja, o igual deve ser tratado de maneira igual e o desigual de maneira desigual.

Na verdade Kelsen considera essa questão tautológica, pois segundo sua separação metodológica os conteúdos sobre o conceito de justiça deveriam ser tratados pela política e não pelo direito. Para Kelsen a justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária de uma ordem social, e a proposta de tipo racionalista de dar a cada um o que é seu é totalmente vazia de sentido, pois justifica toda e qualquer ordem social²⁶⁰.

Para Nietzsche a questão da mesma maneira é tautológica, no entanto sem a preocupação de manter um rigorismo metodológico purificador do direito.

Contras ambas as assertivas “o igual só poder ser entendido pelo igual e “o igual só pode ser entendido pelo desigual” – em torno das quais já na antigüidade

²⁵⁹ Sobre o tema das teorias processuais da justiça, que não será aqui abordado, pois foge do escopo do trabalho é instigante a abordagem de Robert Alexy apresentada por Kaufmann. Ibidem. p. 425-391. Também é muito interessante os contornos apresentados por Alexy na obra *La institucionalización de la justicia*. Cf. ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Tradução de J.A. Seoane, E.R. Sodero e P. Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 55-67. Sobre uma importante e atual discussão sobre a justiça também são fundamentais os apontamentos de John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen e Robert Nozick. Cf.: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 57-115. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000. p. 72-108. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 79-251.

²⁶⁰ KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 2.

foi travada uma luta de séculos – pode-se hoje objetar, a partir de um rigoroso e cauteloso conceito de conhecimento: *nem sequer é possível entender* – e justamente porque o igual não pode conceber o igual e porque tampouco o desigual pode ser concebido pelo desigual. -²⁶¹.

É justamente nesse sentido que se argumenta o encontro das opiniões de Kelsen e Nietzsche no retorno investigativo das comunidades primitivas sobre o tema da justiça.

Enfaticamente nota-se que a origem da justiça deve ser buscada no domínio obrigacional do débito e do crédito e não como costumeiramente se faz a partir das primeiras idéias do direito penal.

2.3 Da antropomorfização primitiva da natureza à religião, genealogia do direito e crítica da causalidade

A continuidade desse pensamento faz surgir o encontro de outro ponto entre os autores. Reconhecer a matriz obrigacional de débito e crédito como sentido originário da justiça nas comunidades primitivas demonstra ao mesmo tempo o rígido esquema organizacional em que elas viviam.

Kelsen é enfático ao retratar a falta de consciência do “eu” nos povos primitivos e nesse liame deixa clara a função do reconhecimento do grupo como um todo, da identificação do indivíduo com o grupo, o que conseqüentemente criou a figura do chefe.

²⁶¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Fragmentos finais*. Tradução de Paulo R. Kothe. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 159.

Esse processo de reconhecimento do indivíduo com um todo inserido ao grupo foi bem exemplificado por Kelsen nos atos de vingança e de enfermidade. Nesse mesmo percurso segue a análise de Nietzsche. Este aprofunda ainda mais o sentido do que ocorria com aquele indivíduo que restava em débito com o grupo.

A dívida contraída pelo devedor para com a comunidade de origem tem valor especial: se o medirmos com o metro do homem moderno, não poderemos apreciar adequadamente o valor representado, na infância da humanidade, pela proteção contra as forças da natureza e a cólera selvagem dos outros homens e animais. O resgate desse débito se faz pela manutenção dos pactos no interior da comunidade, bem como pela obediência aos usos e costumes. Quebrando sua palavra, seja por não honrar os pactos, seja por violar o costume, o devedor se transformava em *infrator*. Sobre ele podia então ser descarregada a cólera do credor ferido. Tem origem a instituição do banimento: expulsão da proteção do grupo, o indivíduo era deixado à mercê de violência e do arbítrio de qualquer outro indivíduo do grupo²⁶².

Sobre o banimento Nietzsche complementa o sentido psicológico dessa atitude entre os homens primitivos e indica as suas conseqüências na intenção da manutenção da comunidade.

O banimento era utilizado para demonstrar a necessidade de ajustamento do indivíduo à rigidez dos costumes. Era uma repressão que visava domar os impulsos hostis e agressivos.

Acontece que o represamento desses sentimentos, impulsos e reações humanas e o processo de minimização sofrido nesse contexto forçavam a utilização de meios substitutivos que acabaram invertendo a direção natural dos próprios impulsos que se voltavam contra o próprio homem, interiorizados como uma via de descarga.

²⁶² GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Para genealogia da moral*. São Paulo: Scipione, 2001. p. 46.

Na extensão dessa constatação percebe-se a razão pela qual Nietzsche sustenta a idéia de que a origem da justiça deve ser buscada no campo das obrigações e não no campo do direito penal.

A partir dessa ocorrência no conjunto das guerras entre as comunidades é que se passa a fazer uso dos castigos e das penas, que são os baluartes com que a organização social protegia impulsos de liberdade. Sob esse processo de pressão “da camisa-de-força da sociedade e da paz”, não era mais possível - a não ser sob a forma regulamentada dos castigos penais – exercer a agressividade voltada para o exterior, hostilidade, que não pode ser simplesmente erradicada e é, por isso, internalizada, assumindo a forma de autopunição”²⁶³. Esse processo é tão intenso que no seu desenrolar acaba envolvendo os próprios povos conquistadores.

A aproximação e complementação dos autores não se encerram aqui. No esforço de sua reflexão sobre a derivação da consciência do dever para a consciência moral Nietzsche faz intervir nesse contexto a noção da (pré)história da religião. A gênese do sentimento religioso também tem sua origem na matriz obrigacional do débito e do crédito.

Nesse ponto Kelsen e Nietzsche novamente se aproximam. Cuidadosamente Kelsen retorna às bases mítico-religiosas que envolvem os povos primitivos, acentuando especificamente o fenômeno do animismo e a força do legado dos ancestrais. O homem primitivo assegurava sua vida próspera e feliz no interior de sua comunidade a partir do reconhecimento de sua dívida com seus ancestrais.

Nietzsche tal como Kelsen explicitamente reconhece o fenômeno do animismo nas comunidades primitivas. A evidência de seu reconhecimento ocorre no

²⁶³ Ibidem. p. 46.

patamar de sua crítica e problematização da vontade. Nietzsche demonstra que na geração do conceito de sujeito, compreendido como um “espírito” atuante na natureza, há um resíduo animista que se infiltra na linguagem, uma mistificação que acredita que todos os seres do mundo são entidades animadas.

Para Barrenechea, esta interpretação fantasiosa influenciará também a explicação do próprio processo de geração de eventos. De acordo com Nietzsche, o conceito de vontade nasce de antigos fetichismos que a consideram um atributo que opera de modo mágico²⁶⁴. Em *A gaia ciência* Nietzsche relata que a suposta “causalidade” da vontade é caracterizada como um preconceito derivado da mais antiga religiosidade. “Todo homem irrefletido acha que somente a vontade é atuante [...] para ele, a vontade é uma força magicamente atuante: crê na vontade como causa de efeitos é crê em forças magicamente atuantes.”²⁶⁵

Para Nietzsche, como para Kelsen, há uma compreensão antropomórfica da natureza que opera desde as épocas mais remotas com a crença animista. Afirmava-se, assim, a existência de espíritos operantes que governavam o mundo.

Nota-se pela exposição desenvolvida que há uma distinção que motiva a interpretação de cada autor. Kelsen com ela nega a idéia do homem no estado natural e descobre a causalidade como uma invenção moderna. Nietzsche também formula uma crítica na causalidade e na extensão dessa análise chega à sua crítica da função da gramática, sendo inegável a sua aproximação e complementação no seu sentido histórico e psicológico que aqui se propõe.

²⁶⁴ BARRENECHEA, Miguel Angel de. *Nietzsche e a liberdade*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2000. p. 55.

²⁶⁵ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A gaia ciência*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007. § 127, p. 149.

Para Nietzsche, essa crença primitiva outorgava a todo evento uma feição humanizada. “Primeiro os homens projetaram-se na natureza: em toda parte viram a si mesmo e seus iguais, isto é, suas características más e caprichosas, como se estivessem escondidas entre nuvens, temporais, animais de rapina, árvores e plantas: naquele tempo inventaram a natureza má”²⁶⁶.

Também é justamente no âmbito das relações primitivas, mais especificamente na relação entre os antepassados primitivos e as gerações existentes, que Nietzsche busca a gênese do sentimento religioso sob a matriz obrigacional de débito e crédito.

O culto aos antepassados como espíritos que garantem a segurança e a prosperidade das comunidades origina um sentimento constante de uma dívida a ser resgatada que se desenvolve gradativamente conforme progredem e se fortalecem as comunidades primitivas, “abrindo assim um caminho simbólico paralelo para o aprofundamento do sentimento religioso e para a instituição de divindades locais, regionais, universais”²⁶⁷.

Com a intensificação do poder das comunidades maximiza-se o poder de seus deuses. Para Nietzsche nesse caminho do processo civilizatório chega-se à figura acabada da onipotência do deus único dos monoteístas e nesse ponto paralelamente é que se intensifica ao máximo o sentimento de dívida a ser resgatada.

Trata-se, assim, de um sentimento de débito permanente, porém, ainda jurídico. Sua característica principal é que, nesse vínculo, credor e devedor se mantêm em posição de exterioridade. Em tempos mais recuados, ainda vigoram formas

²⁶⁶ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora*: reflexões sobre os preconceitos morais. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2004. § 17, p. 24.

²⁶⁷ *Ibidem*. p. 47.

bárbaras de resgate e jubileu, como, por exemplo, os sacrifícios humanos. Mais tarde, também este resgate se espiritualiza, embora permanecendo jurídico em sua essência: a um legado de valor inestimável corresponde um crédito equivalente e uma retribuição sublime, ou seja, um sentimento *perpétuo* de dever que assume à vontade dos ancestrais, com a sacralidade das leis, dos usos e costumes, que são a objetivação da vontade deles²⁶⁸.

Conclusivamente resta demonstrar que o método histórico-genealógico de Nietzsche complementa a proposta de Kelsen ao passo que supera a explicação metafísica que busca a origem e a finalidade, que faz da utilidade atual do fenômeno a razão de sua origem.

O exemplo do castigo penal que fornece Nietzsche é perfeito para esse reconhecimento metafísico. Ao longo da história humana, mesmo da (pré)história, o castigo foi utilizado pra uma grande variedade de finalidades distintas.

Nesse sentido cabe a crítica de Nietzsche ao social-darwinismo e ao historicismo positivista que se direciona como esclarecedora do próprio método histórico-genealógico.

De modo que, não havendo *uma* finalidade do castigo, sua utilidade atual não pode explicar a sua origem, a não ser para a miopia utilitarista do social-darwinismo, ou então para o historicismo positivista, que, fascinado pela ideologia do progresso, acredita discernir na história o trajeto linear e contínuo do espírito, isto é, a marcha triunfal da evolução dirigida pela capacidade de adaptação aos fins da natureza. Porém, ao contrário, a causa do surgimento de uma coisa e sua utilidade final, seu emprego e ordenação de fato em um sistema de fins, estão um fora do outro. Algo existente, algo que de algum modo se instituiu, é sempre interpretado outra vez por uma potência que lhe é superior para novos propósitos, requisitado de novo, transformado e transposto para uma nova utilidade e a história inteira de uma “coisa”, de um órgão, de um uso pode ser, dessa forma, uma continuada série de signos de interpretação sempre novas e ajustamentos, cujas causas não precisam estar em conexão entre si, mas antes, em certas

²⁶⁸ Ibidem. p. 47.

circunstâncias, se seguem e se revezam de um modo meramente contingente²⁶⁹.

Reforça-se, assim, a junção complementar do pensamento sobre a gênese do direito em Kelsen e Nietzsche. Na afirmação do § 12 da Segunda Dissertação de *Para genealogia da moral*, Nietzsche deixa clara a importância da necessidade de se empregar o método histórico-genealógico no direito.

Sua importância revela uma longínqua tradição de interpretação conceitual histórica do direito que se vale de suas finalidades momentâneas para se explicar. Tanto é verdade que a referência que segue Nietzsche - conforme se apresentou - é Rudolf von Jhering na obra *Der Zweck im Recht* (A finalidade no direito), que indica um outro profundo campo de exploração sobre o direito no pensamento filosófico de Nietzsche.

De qualquer maneira, a eficiência da junção dos pensamentos de Kelsen e Nietzsche sobre essa busca da gênese do direito se revela impressionante, pois como demonstrado o método histórico-genealógico nietzscheano não prescinde da história, mas faz uso dela de maneira diferente de como simplesmente faziam, principalmente, os genealogistas ingleses. E esse aporte é fornecido de modo completamente satisfatório por Kelsen na razão que o faz remeter a seus estudos etnológicos.

A razão que motiva os estudos kelseneanos e esclarece a idéia do surgimento e desenvolvimento do princípio da causalidade encontra guarida na introspecção nietzscheana sobre o pensamento da vontade e na abordagem psicológica da relação entre promessa e causalidade.

²⁶⁹ Ibidem. p. 52.

Kelsen é enfático em sua crítica a Hume e Kant no mesmo sentido em que se situa a crítica nietzscheana com relação à proposta que permeia a idéia de causalidade. Nesse sentido ambos se projetam além do ambiente metafísico que envolve esse conceito.

Na coletânea de fragmentos do último período produtivo de Nietzsche, entre o outono de 1885 e janeiro de 1889, há um fundamental fragmento que demonstra a importância do tratamento do princípio da causalidade que Nietzsche apresenta sobre o pensamento de Hume, tal qual o faz Kelsen, estendendo, no entanto, a crítica também a Spinoza.

– A pergunta “por quê?” é sempre uma pergunta voltada para causas finalis, para um “para que?”. De um “sentido da causa efficiens” não temos nada: nisso Hume tinha razão, o hábito (mas não só o indivíduo!) faz-nos esperar que certo procedimento muitas vezes observado venha depois de um outro: nada mais! O que nos dá extraordinária firmeza da crença na causalidade *não* é o grande hábito da seqüência de eventos, porém a nossa *incapacidade* de conseguirmos *interpretar* um acontecimento de outro modo que não seja a partir de *intencionalidades*. É a fé no vivente e pensante como único *agente atuante* – na vontade, na intencionalidade -, de que todo acontecer seja um agir, de que todo agir pressuponha um agente atuante: é a crença no “sujeito”. Será que essa crença no conceito de sujeito e de predicado não é uma grande b...? Pergunta: a intenção é causa de um evento? Ou também isso é ilusão? Não é ela o *próprio* acontecer? [...] Em suma: a coerção psicológica de acreditar em uma causalidade repousa na *incapacidade de conceber um acontecer sem intencionalidades*: com isso naturalmente nada está dito sobre verdade ou inveracidade (justificativa de tal crença). A crença em *causae* cai coma a crença em “ τ é \square \square ” (contra Spinoza e seu causalismo)²⁷⁰.

Quanto a Kant, certo é que Nietzsche vai mais longe. Seu projeto crítico em relação ao pensamento de Kant se estende muito além de Kelsen, que sustenta quase paradoxalmente seu rigorismo formal totalmente em Kant.

²⁷⁰ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Fragmentos finais*. Tradução de Paulo R. Kothe. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 155-156.

Nietzsche reconhece que Kant deixou um legado filosófico. Nesse sentido a questão que se coloca é quanto à administração desse legado. Para Kant o homem apresenta um duplo caráter: empírico e inteligível. Respectivamente, no primeiro suas ações acham-se submetidas às leis que regem o mundo natural; no segundo, elas são autodeterminadas. Assim, se, ao conhecer, o homem procura apreender os fenômenos nas malhas da causalidade, ao agir, ele exercita a liberdade. Juntamente com essa proposta inicial é que resta o legado kantiano inserido na discussão filosófica do séc. XIX entre a razão pura e a razão prática que é anteriormente introduzida por Kant e que se converte nas obras dos ingleses em outra discussão. A discussão entre as ciências da natureza e as ciências morais²⁷¹.

A proposta de Nietzsche, na objetivação de sua transvaloração dos valores, ao tornar operatória a noção de valor e inaugurar o procedimento genealógico, rejeita, a um só tempo, o ensaio kantiano de legitimar a moral num mundo supra-sensível e a tentativa utilitarista de derivar da experiência as diretrizes da conduta humana. No seu empreendimento genealógico a intenção de Nietzsche é estabelecer o ponto de intersecção das ciências da natureza e das ciências do espírito²⁷².

Conclusivamente, de toda a abordagem e complementação dos argumentos lançados no trabalho, para restar bem fundada a pretensão hermenêutica a que aqui se propôs, cabe ainda demonstrar de maneira mais aprofundada a já evidenciada distinção entre a conceituação do direito e o rigorismo formal-metodológico de Kelsen e a contribuição hermenêutica de Nietzsche, que apresentam outros importantes pontos de reflexão sobre a gênese do processo de formação do direito.

²⁷¹ MARTON, Scarlett. *Nietzsche: a transvaloração dos valores*. São Paulo: Moderna, 1993. p. 71.

²⁷² *Ibidem*. p. 72.

3 A MATRIZ KANTIANA DE KELSEN NA CONCEITUAÇÃO DO DIREITO E A IMPOSSIBILIDADE DE UM DIREITO *EM SI*/NO PENSAMENTO DE NIETZSCHE

A partir da análise proferida, principalmente no último tópico no final do primeiro capítulo, o pensamento kelseneano que se afastava inicialmente da idéia de causalidade “inata” de Kant, ao tratar sobre os princípios da retribuição e da causalidade, estrutura-se juridicamente no reconhecimento da matriz kantiana que sugere a separação dualista entre ser e dever-ser²⁷³.

O reconhecimento da pluralidade dos conceitos com os quais trabalha a ciência jurídica, principalmente desde o século passado, levou Kelsen a propor a sua *Reine Rechtslehre* (Doutrina pura do direito), na qual ele funda a pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão exclusiva e própria, capaz de ordená-los corretamente. Dimensão esta que ele considerada como sendo normativa.

Kelsen propõe nestes termos, uma ciência jurídica preocupada em ver, nos diferentes conceitos, o aspecto normativo, reduzindo-os a normas ou a relações entre normas. O princípio de sua resposta está numa radical distinção entre duas categorias básicas de todo o conhecimento humano: ser e dever ser, a partir da qual se distinguem o mundo da natureza e o mundo das normas. Kelsen reconhece que o direito é um fenômeno de amplas dimensões, sendo objeto de uma Sociologia, História, Antropologia, Psicologia, Ética, etc. Para a Ciência do Direito *strictu sensu*, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é *pela sua especial forma normativa*. Um dos conceitos-chave ao qual Kelsen dá um especial tratamento é o da vontade.

²⁷³ Cumpre ressaltar que a pretensão dessa constatação não é feita com o intuito de relacionar todo o pensamento de Kelsen sobre a vontade, liberdade, livre-arbítrio, responsabilidade, com o pensamento de Nietzsche sobre essas mesmas categorias. Este poderia ser o tema de uma outra pesquisa, razão pela qual a pretensão que se tem é de pontualmente evidenciar esta diferenciação que se apresenta muito importante para o contexto de toda argumentação desenvolvida. Sua importância revela o caminho traçado pelos teóricos do direito que acabaram após a afirmação e permanência da matriz kantiana a desenvolver todo o arcabouço jurídico sob o qual a maioria das concepções jurídicas foram desenvolvidas, o que reforça ainda mais a necessidade de interlocução do método histórico-genológico de Nietzsche no direito.

Para ele, a vontade é apenas o resultado de uma operação lógica fundamental para a compreensão da normatividade do direito: a chamada *imputação*. *Imputação* é o modo como os fatos se enlaçam dentro de uma conexão normativa: a pena é imputada a um comportamento, donde temos a noção de *delito*; o comportamento que evita a pena e não é imputado nos dá a noção de *dever jurídico*; assim, sujeitos de direito nada são mais do que centros de imputação normativa e *vontade*, juridicamente falando, é uma construção normativa que representa o ponto final num processo de imputação²⁷⁴.

O pensamento de Kelsen segue uma inclinação significativa para o ambiente em que estava inserido. O contorno do positivismo no século XIX, que imprime um forte modelo metodológico no estudo científico, e o fenômeno da positivação revelam a importante superação da causalidade que muito bem aponta Kelsen e que, inclusive, fá-lo retornar no estudo a que aqui se dedicou sobre o princípio da retribuição.

Ao passo que no séc. XIX se entendeu de maneira um tanto precária a positivação como uma relação *causal* entre a vontade do legislador e o direito como norma legislada ou posta, no séc. XX nota-se que o direito positivo não é criação da decisão legislativa (relação de causalidade), mas surge da *imputação* da validade do direito a certas decisões, sejam elas, legislativas, judiciárias ou administrativas²⁷⁵.

Desse modo há uma modificação no *status* científico da ciência do direito, que se preocupa agora com a determinação daquilo que *deve ser* direito, relação de imputação, deixando para trás a necessidade de determinar materialmente aquilo que sempre foi direito, com o intuito de descrever aquilo que então, pode ser direito,

²⁷⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas. p. 37.

²⁷⁵ *Ibidem*. p. 43.

relação causal. O que passa a estar em jogo não é mais a questão da verdade do direito, mas sim de sua decidibilidade²⁷⁶.

A influência kantiana no pensamento dessa época vem impregnada da relevância a ela dada pelo desenvolvimento da Escola Histórica do Direito, que como mostra Franz Wieacker²⁷⁷, terminou por contribuir menos para o estudo histórico do direito do que para a construção de uma sistematização conceitual, que fora iniciada pelo jusracionalismo tendo como base a civilística do direito comum europeu²⁷⁸.

Essa sistemática se desenvolve a tal ponto que autores como Windscheid, o expoente máximo da pandectística, defendem a aplicação do direito utilizando elementos jurídicos separados de quaisquer outros de ordem política, econômica, ética etc. Nota-se aí a idéia central do positivismo científico que reporta à rigorosa diferenciação operada por Kant entre as ordens moral e jurídica, que resulta no formalismo como princípio retor da prática jurídica²⁷⁹.

Na esteira desse desenvolvimento é que mais adiante Kelsen vai propor sua *Teoria Pura do Direito*, na qual reafirma o postulado fundamental do positivismo científico.

Kelsen propõe a sua idéia de dimensão normativa do direito, identificando o direito com a norma. Esta tem como elemento essencial a sanção e que se estabelece na relação do princípio de imputação.

Assim, nesta relação entre norma e sanção, surge a idéia de uma norma hipotética no pensamento de Kelsen, que indica em si sua primeira dúvida. Neste sentido extremamente válida é a crítica de Tércio Sampaio Ferraz Junior.

²⁷⁶ Ibidem. p. 44.

²⁷⁷ WIEACKER, Franz. *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Tradução de Francisco Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, 1957. p. 325-343, 404-436.

²⁷⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32.

²⁷⁹ Ibidem. p. 33.

Assim, por exemplo, Kelsen, depois de reconhecer a sanção como elemento essencial da norma e de distinguir entre normas independentes e dependentes, acaba por recorrer a uma norma última, hipotética, não sancionadora, que deve fundar toda a ordem jurídica: a *Grundnorm*, confundindo as duas formas de relação, a sistemática e a de conexão, sem esclarecer, de modo satisfatório, a questão de legitimidade do direito²⁸⁰.

A norma hipotética fundamental sustenta a estrutura kantiana da proposta de Kelsen. Para ele a norma hipotética fundamental (*Grundnorm*) fornece a consistência lógica do sistema jurídico, bem como a base última em que se assenta a estrutura hierárquica (*Stufenbau*) do ordenamento jurídico, que em sua teoria não era o resultado de um ato impositivo à vontade, mas, sim, uma condição *a priori* do conhecimento jurídico, no sentido transcendental kantiano²⁸¹.

A relação existente entre dimensão normativa do direito, imputação, sanção e norma fundamental em Kelsen, traz à tona a discussão empregada na quarta e última parte do primeiro capítulo. A discussão da diferenciação de que há um ponto terminal da imputação, mas que não há um ponto terminal da causalidade. Ela vem à tona, pois é este pensamento que conduz Kelsen à sua reflexão sobre o dualismo ser e dever-ser.

Sobre a base do princípio da imputação, quando um homem é responsabilizado por sua conduta moral ou imoral, jurídica ou antijurídica são respectivamente imputados um prêmio, um castigo ou uma conseqüência do ilícito, e esta imputação encontra o seu ponto terminal na conduta do homem interpretada como ato meritório, como pecado ou como ilícito.

²⁸⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 69.

²⁸¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007. p. 119. Nesse sentido é relevante a discussão empregada entre imperativismo e anti-imperativismo, que inclusive, faz Kelsen no final de sua longa carreira abdicar de sua tese da norma hipotética fundamental.

Essa é a razão pela qual, para Kelsen, o problema da responsabilidade moral ou jurídica está essencialmente ligado à retribuição. A retribuição é a imputação da recompensa ao mérito, da penitência ao pecado, da pena ao ilícito que representa a sua responsabilidade moral ou jurídica e encontra seu ponto final.

Daí que o significado de “homem livre”, seja numa ordem moral ou jurídica, dá-se porque ele é o ponto terminal de uma imputação apenas possível com base na ordem normativa em que está inserido.

Isso revela o sentido da afirmação kelseneana de que não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas sim, o contrário; o homem é livre porque se lhe imputa algo. Esta relação comprova que imputação e liberdade possuem de fato uma conexão.

Por essa via surge a concepção de livre-arbítrio em Kelsen que conforme demonstrado é relacionada ao posicionamento de Max Planck, cuja crítica leva para a sustentação do princípio da causalidade estrita interpretado como um postulado epistemológico.

Portanto, para Kelsen a asserção de que o arbítrio é livre, não se refere à esfera da realidade natural, mas à esfera de validade de normas jurídicas, pois a liberdade de arbítrio está ligada à responsabilidade jurídica.

Em contraposição ao conjunto desse pensamento kelseneano está a interpretação do direito em Nietzsche bem como suas idéias sobre vontade, liberdade, causalidade e livre-arbítrio.

Como evidenciado no segundo capítulo, para Nietzsche, não há um direito *em si*, não há uma justiça *em si*. Não há fatos, há interpretações de fatos. Esta revelação nietzscheana vai diretamente contra as pretensões de objetividade do

positivismo e encontra considerável exploração em correntes atuais da hermenêutica jurídica.

O intuito, entretanto, reafirma-se, não é adentrar nas searas da exploração hermenêutica do direito pelo pensamento nietzscheano, pois isto sugere uma pesquisa exclusiva, que qualquer mera superficial tratativa seria diletantismo intelectual. O que se ocupa, na verdade, é de demonstrar em alguns pontos a proximidade crítica e em outros a forte diferenciação que há entre Kelsen e Nietzsche com relação à vontade, liberdade e livre-arbítrio e como é decisiva para isso a interpretação da idéia de ficção jurídica em cada autor.

Nietzsche se afasta da noção normativa de livre-arbítrio, que entende que o homem é considerado livre para ser responsabilizado e culpado pelo cumprimento ou não das ordens impostas.

Em Nietzsche há uma interpretação artística do livre-arbítrio, pois para ele o homem livre é aquele que acata o jogo das forças terrestres, seguindo alegremente à eterna repetição dos fatos ao criar novas avaliações. A liberdade, assim, não consiste no exercício de uma suposta faculdade ativa, a vontade, mas num *phatos* de aumento de forças. O arbítrio não é capacidade causal, mas o sentimento de extensão de potência que se vivencia ao agir em sintonia com os próprios instintos e impulsos, de maneira que a liberdade consiste na concretização desses impulsos que se impõem ao nosso pensamento, não havendo oposição entre liberdade e necessidade²⁸².

Barrenechea nota a importância da análise genealógica de Nietzsche na emergência do conceito de liberdade. Nessa abordagem a liberdade apresenta-se

²⁸² BARRENECHEA, Miguel Angel. *Nietzsche e a liberdade*. Rio de Janeiro: 7 letras, 200. p. 13-15.

como uma noção inserida nos discursos prescritivos, tratando-se de uma qualidade atribuída ao homem, no sentido de enquadrá-lo num sistema normativo, fazendo com que possa ser julgado e submetido a prêmios e castigos²⁸³, que após se estende para a análise da linguagem.

Através da abordagem genealógica, mostramos que a noção de liberdade nada tem haver com a faculdade operatória nem com um atributo de consciência, que atuaria conforme a sua própria causalidade. Ela surge dos instintos dos ressentidos que querem vingar-se do mundo e da vida, atribuindo-se o direito de fazer dos crentes as duas vítimas preferidas. O sacerdote e o moralista têm uma compensação para a sua precariedade, sua infelicidade e esterilidade, exercendo um poder coercitivo. Eles obtêm uma felicidade compensatória usando seus “instrumentos de tortura”, impondo castigos e punições. Eles agem movidos por um instinto perverso: o instinto-de-querer-castigar-e-julgar. Nietzsche conclui em *O crepúsculo dos ídolos*, caracterizando o cristianismo – com seus “instrumentos de tortura”: o “pecado” e o “livre-arbítrio” – com uma “metafísica de verdugo” que, “com o conceito de ‘ordem moral do mundo’, continua a infectar a inocência do devir por meio do “castigo e da culpa”²⁸⁴.

Pela crítica de Nietzsche ao sentido normativo do livre-arbítrio, ao conceito de substância e à causalidade, encontra-se justamente no tripé sujeito-substância-causalidade o fundamento de toda atribuição de responsabilidade. Ao passo que só um sujeito livre poderia agir sobre o mundo e sobre os seus semelhantes, nota-se que toda imputação moral nasce da interpretação da dinâmica dos atos. Para Nietzsche, culpabilidade, imputabilidade, vontade livre, agente responsável etc. são

²⁸³ Ibidem. p. 19. Barrechea no desenvolvimento de seu livro evidencia claramente a relação entre linguagem e o caráter ficcional de interpretação causal. “Em resumo, a análise da linguagem mostrou o aspecto meramente ficcional da interpretação causal, questionando que as relações de causa-efeito possam explicar os eventos do mundo. Nietzsche afirma que não há causas ou efeitos, pois *não há entes operantes* na natureza. A noção de causa e efeito, segundo vimos, se apóia na de agente ou autor, baseada, por sua vez, na de substrato ou substância externa”. Ibidem. p. 68.

²⁸⁴ Ibidem. p. 41.

falsas interpretações morais que possuem tanta validade quanto a atribuição da feitiçaria²⁸⁵.

Na forte noção de que o caminho da liberdade consiste na afirmação do eterno retorno, na aceitação da necessidade e com a eliminação de qualquer resíduo normativo de sua noção, Nietzsche revela a força ficcional que envolve as noções, fundamentalmente, morais de imputabilidade.

O interessante desta constatação com o pensamento kelseneano é realçar a crítica à causalidade e à separação que Kelsen faz ao demonstrar o caráter ficcional da imputação jurídica conforme a característica normativa do direito.

A noção de ficção jurídica no pensamento de Kelsen assumidamente tomada na *Teoria pura do direito* é valiosamente proveitosa para a análise nietzscheana da inexistência de um direito e de uma justiça *em si* que se estruturam a partir da instituição de lei²⁸⁶.

O entrecruzamento do pensamento dos autores tanto na abordagem sobre o processo de formação do direito, como na impressão da distância que os separa no modo de se considerar a sua positividade, reforça a compreensão do direito como uma ficção.

A ótica de Nietzsche com relação ao direito de sua época é a de um pensamento jurídico labiríntico, ao qual faltam critérios condutores e de

²⁸⁵ Ibidem. p. 70.

²⁸⁶ Sobre a ficção da instituição da lei, pormenorizadamente tratamos no tópico 4 do segundo capítulo. A base de sua elucidação está no § 11 da Segunda Dissertação de *Para genealogia da moral*. Ao entender que justo e injusto *em si* carece de qualquer sentido, Nietzsche lança sua crítica aos, até então, efetivados estados de direito. “É preciso mesmo admitir algo ainda mais grave: que do mais alto ponto de vista biológico, os estados de direito não podem ser senão *estados de exceção*, enquanto restrições parciais da vontade de vida que vis o poder, a cujos fins gerais se subordinam enquanto meios particulares: a saber, com meios para criar *maiores* unidades de poder”. NIETZSCHE, Wilhelm Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007. Segunda Dissertação, § 11, p. 65.

fundamentação que acabam por ocasionar um direito que é utopicamente idealista na teoria e astutamente materialista na prática. Nessa via, Nietzsche denuncia a hipocrisia de se considerar a justiça e a igualdade justificadas em razão somente da felicidade material que proporcionam²⁸⁷.

A crítica de Nietzsche ao direito aparentemente apresenta um paradoxo que precisa ser explicado e que significa o último ponto a se considerar com relação ao pensamento de Kelsen no que diz respeito à questão da tensão entre necessidade e liberdade.

El resultado de la crítica de Nietzsche en el plano de lo jurídico es extremadamente paradójico. Por una parte critica la debilidad de una justicia inerte, lo que parece conducir a una identificación de lo justo con la fuerza. Por otra, critica la absolutización del derecho positivo, de la ley, lo que parece llevar a una identificación de lo justo con la libertad. ¿Cómo se enlazan, pues, en su pensamiento jurídico el momento de la fuerza (necesidad) con el momento de la moralidad (libertad)? ¿Es en definitiva lo jurídico, para Nietzsche, necesidad? ¿Es libertad? ¿O es algo posterior que está por encima y armoniza ambas exigencias?²⁸⁸.

Francisco Puy indica que aparentemente a última pergunta formulada na citação é o caminho que se deve empreender. Na própria crítica de Nietzsche há um indício revelador, conforme sua preocupação pela anárquica especulação e contraditória prática em torno do problema da coação²⁸⁹. A coação é o momento em

²⁸⁷ PUY, Francisco. *El derecho y el Estado en Nietzsche*. Madrid: Editora Nacional, 1966. p. 77.

²⁸⁸ Ibidem. p. 193.

²⁸⁹ Ao tratar sobre coação no pensamento de Nietzsche, cumpre referir à leitura da obra *Crítica da idéia de sanção* de Jean-Marie Guyau. Ele foi um autor conhecido de Nietzsche, sendo certo que este foi seu leitor. Na obra o autor traz a questão da “anomia”, fomentando a se repensar a questão dos castigos e das penas criminais. Para Guyau não existe uma lei moral transcendente, universal, válida para todos os tempos e para todas as sociedades. Não há nem um céu, nem um Deus para nos julgar, tampouco não há as leis universais da razão como defende Kant. Cf. GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da idéia de sanção*. Tradução de Regina Schöpke e Mauro Baldi. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 24-44.

que entram em colisão necessidade e liberdade e em antítese o domínio do plano jurídico²⁹⁰.

Nietzsche reduz a antinomia entre a tese da liberdade e a antítese da força no entrecruzamento de duas idéias gerais de seu pensamento: a vontade de poder e a hierarquia. Com relação à primeira, a justiça há de apoiar-se na força para poder existir e atuar realmente; quanto à segunda, o direito positivo não pode reduzir-se à força, porque isso resultaria numa mera horizontalidade de vetores compondo-se mecanicamente²⁹¹.

Apesar de essa relação parecer ser incompleta de um ponto de vista panorâmico, o interessante é notar o esforço de Nietzsche ao trabalhar na possibilidade de harmonização das exigências do momento da força com as exigências do momento de subjetividade do jurídico. Isso revela a severa advertência da necessidade de se começar a fazer a especulação jurídico-filosófica por um rigoroso enfrentamento com a experiência jurídica do “fato-força” e do “fato-indivíduo” sob pena de se incorrer na insegurança de uma sociedade pressuposta sem indivíduos e um direito sem vigência. Ou seja: sob pena de incorrer total e constantemente, como demonstra a profunda e interessante obra-projeto de Giorgio Agamben²⁹², num Estado de Exceção, no qual há a suspensão do Estado de Direito, legitimado pela sua própria permissão para tanto.

²⁹⁰ PUY, Francisco. *El derecho y el Estado en Nietzsche*. Madri: Editora Nacional, 1966. p. 193.

²⁹¹ *Ibidem*. p. 194.

²⁹² Acompanhando a opinião de Oswaldo Giacoia Junior, seria extremamente interessante e importante uma abordagem da confluência do pensamento de Nietzsche e de Agamben, principalmente com respeito a essência da soberania e das estruturas fundamentais do político. Cf. GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 39. Para Giorgio Agamben o estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica define seu patamar ou seu conceito limite. “Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou,

A idéia da coação jurídica em Nietzsche e a idéia de sanção no pensamento de Kelsen revelam uma hipótese interpretativa sobre o direito diferenciada que se justifica no plano da inclinação filosófica e teórica de cada autor. A aproximação dessas impressões, advindas do confronto do pensamento de cada autor, denota uma especulação crítica e filosófica sobre o direito que denuncia muitos mitos e imprecisões em seu tratamento, ventilando uma postura e atitude diferenciada no modo de encarar o fenômeno jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo do pressuposto de se ter atingido o escopo da proposta do trabalho, não no sentido de tê-lo esgotado, mas no de ter criado a possibilidade de várias aberturas especulativas na tratativa do tema - inclusive tendo sido algumas mencionadas - resta arrematar com o que até aqui se desenvolveu o conteúdo da exposição de maneira condensada e conclusiva.

Nas lições finais do *Curso de filosofia positiva*, Auguste Comte demonstra, de maneira original e inicial, a preocupação que permeia alguns dos objetivos fundamentais do trabalho. Ao evidenciar o objetivo da filosofia positiva em geral ele revela duas considerações importantes relativas ao estudo que se empreendeu sobre as comunidades primitivas, e que servem de ponto de partida para esta conclusão.

A primeira consideração é de ordem lógica. A filosofia positiva determina a substituição da imaginação pela observação como instância normativa das investigações e das teorias. Esta afirmação vem acompanhada da compreensão de que desde o fetichismo primitivo, passando pelo politeísmo até se chegar ao final monoteísta, sempre o pensamento foi marcado pelo mesmo esquema lógico que consistia na vinculação entre a ocorrência dos fenômenos naturais e as vontades divinas que eram frutos da imaginação de uma infância espiritual da espécie.

A segunda consideração é de ordem doutrinária. A filosofia positiva se caracteriza com a constante substituição do absoluto pelo relativo em matéria de teoria científica. Ela tem como característica a descoberta de leis. O conhecimento destas leis é relativo tanto à constituição da capacidade humana de conhecimento

quanto ao estágio histórico da evolução da humanidade. A filosofia positiva não tem, então, a pretensão de determinar absolutos ou causas e essências, isto inclusive se configurou como um dos principais sentidos em que se desenvolveu a crítica de Comte a Kant²⁹³ de modo próximo ao que se refere em alguns momentos no trabalho.

Pois bem, de cada consideração pode-se retirar um ponto fundamental. Da primeira, o reconhecimento do fetichismo primitivista no âmbito da magia e o seu desenvolvimento para a religião com a manutenção da crença em figuras abstratas, sobre-humanas. Da segunda, a importante constatação, tal qual feita de maneira próxima por Lévi-Strauss, da importância da constituição da capacidade humana de conhecimento quanto ao estágio histórico do desenvolvimento da humanidade.

Essas duas questões representam no fundo os elementos explicativos da gênese das filosofias teológicas e metafísicas, e evidenciam que a idéia da filosofia positiva tem como uma das propriedades fundamentais servir de base racional para a intervenção produtiva da natureza levando em consideração as relações entre saber e poder.

A base paradigmática que norteou a proposta da investigação se assenta nessa perspectiva cunhada pelo positivismo de Comte. Sua referência pontual nesta conclusão é proposital, pois tem o intuito de deixar claro qual o sentido da gênese do processo que retorna às comunidades primitivas e alcança uma explicação da causalidade, que passa a ganhar novas conjecturas e interpretações historicamente.

²⁹³ COMTE, Aguste. *Physique sociale. Cours de philosophie positive*. Paris: Hermann, 1975. 58ª lição, p. 727.

Nota-se que o retorno às comunidades primitivas é um dos elementos-chave²⁹⁴ para a proposta apresentada. Os contornos que ele ganha no pensamento de Kelsen e Nietzsche demonstram a gênese do processo de formação do direito engendrado pelo próprio processo de humanização. Este é o principal motivo que determinou e permitiu a aproximação dos dois autores que, apesar de aparentemente parecerem, de maneira expressiva, distantes com relação aos conceitos e categorias jurídicas, apresentam pontos comuns que permitem novas conjecturas e interpretações, não só sobre a gênese do direito, mas também dos elementos que historicamente perfizeram sua compreensão e aplicação.

No ambiente das comunidades primitivas teve-se a revelação, de maneira impressionante, de um direito primitivo que estava impregnado de um espírito religioso, de um sentimento mágico²⁹⁵, e que era regido pelo princípio da retribuição.

Sistematicamente, dessa forma, seguiu-se com a abordagem de Kelsen sobre os princípios da retribuição, da causalidade e da imputação, alcançando de modo

²⁹⁴ Ao se estabelecer o retorno às comunidades primitivas como um dos elementos-chave do trabalho, principalmente pela importância do seu *modus vivendi*, que se projetava nas relações de troca, escambo etc. resta, ainda, imprescindivelmente fazer uma observação sobre o uso indiscriminado dos termos: comunidade primitiva, sociedade primitiva, povo primitivo, tribo primitiva, organizações gentílicas, sociedade arcaica, dentre outros similares que eventualmente foram utilizados. Esse uso foi feito conforme a expressão usada por cada autor tratado e por mais que tenha se evidenciado e enfatizado em alguns momentos a atribuição às organizações gentílicas, o conceito que se apresenta de modo mais acertado para a pesquisa é o de comunidade primitiva ou de tribo primitiva. Este último particularmente similar a organizações gentílicas. É, especificamente, sobre esse tipo de *modus* de vida que se está fazendo referência. A importância dessa verificação é salutar para identificar as pretensões estruturais da investigação, pois como se sabe existem diferenças relevantes entre os termos comunidade e sociedade.

²⁹⁵ Apenas para evidenciar e conclusivamente encerrar essa indispensável concepção que engendra o ponto de partida da perquirição do trabalho, como bem nota Miguel Reale, nos estudos modernos de antropologia jurídica verifica-se que a primeira vista a idéia de que os indivíduos podem se obrigar mediante um acordo de vontades parece intuitiva, pois na realidade, a humanidade percorreu milênios para chegar à compreensão de que o acordo entre vontades pode ser gerador de obrigações e de efeitos jurídicos. Isso demonstra que o homem primitivo não compreendia uma obrigação abstrata como resultado do mero querer. A idéia de obrigação estava sempre ligada a alguma coisa material ou concreta. Assim, era comum que o empréstimo primitivo fosse acompanhado de fórmulas mágicas, que giravam em torno da idéia de “nó”, de laço. REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 146-147. Este pensamento de Reale também está evidenciado em sua obra *Filosofia do direito*. Para tanto, cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 504.

fascinante a comprovação da sua tese metodológica pura do direito, ao mesmo tempo em que se ia evidenciando a genialidade e coerência de seu pensamento. De maneira exaustiva e pontual procurou-se deixar irem surgindo os pontos que serviriam depois como conexão ao pensamento nietzscheano.

Após esse caminho, a ocupação foi com o instigante pensamento de Nietzsche que reconhece o processo de humanização totalmente determinado por conceitos e categorias jurídicas, representados fundamentalmente na ancestral noção de direito privado, *obligatio*. Em sua própria formação a proposta de Nietzsche já anuncia uma nova apreciação interpretativa para o sentido do direito. Na extensão de sua Segunda Dissertação de *Para genealogia da moral* foi se descobrindo também uma verdadeira genealogia do direito que escancara não só o sentido de formação do processo de sua gênese, mas do mesmo modo a potencialidade de suas possibilidades hermenêuticas. Esse escancaramento é provocado por um momento de clareza súbita, algo como um grande estalo intelectual para a filosofia do direito, porque determina a constatação de uma impossibilidade do direito *em si*, de uma justiça *em si*. Para Nietzsche “não existem fatos, apenas interpretações”.

Por fim, na terceira e última parte, foram apresentadas as aproximações que surgiram do confronto da pesquisa em cada autor. De modo interessante, na revelação dessas aproximações, surgiu a necessidade de complementação de algumas noções expostas anteriormente, como a do princípio da retribuição e do dualismo metafísico (formal/material) em que o conceito de justiça permaneceu historicamente. Elas foram feitas exclusivamente com o intuito de aprofundar e esclarecer ainda mais a proposta. De maneira próxima ao modo em que elas surgiram, também apareceram importantes revelações sobre o pensamento nietzscheano. Isso porque a sistematicidade empregada em Kelsen permitiu pontos

de aproximação além dos tratados na segunda parte da pesquisa, e que da mesma forma surtiram interessantes e complementares abordagens. Assim, na esteira dessa aproximação, verificaram-se ainda algumas diferenças que aventaram, mesmo assim, reflexões coincidentes e conclusivas.

Enfim, dessa condensação apresentada, resta somente mostrar as conclusões oriundas do confronto e do entrecruzamento do pensamento dos autores. Ei-las:

1) De modo geral, pode-se afirmar que ao longo do trabalho preocupou-se em demonstrar reiteradamente a importância do processo de formação da gênese do direito, desvinculando a filosofia do direito de algumas tratativas tradicionais ou equivocadas com relação ao próprio sentido histórico do direito. Não se pretendeu revelar uma grande importância da história da filosofia do direito, mas, sim, de uma crescente necessidade de uma filosofia da história do direito;

2) Nesse sentido, o entrecruzamento dos pensamentos de Kelsen e Nietzsche se revelou fundamental para a proposta. Isso porque ao mesmo tempo em que ele promove uma junção radical desses dois conhecidos autores, apresenta definitivamente de modo indispensável a necessidade de inserir Nietzsche como um importante filósofo a ser utilizado como dialogador e interlocutor de importantes teorias jus-filosóficas contemporâneas e de desvelar e afastar o velho estigma positivista criado sobre o pensamento de Kelsen pelo uso impróprio de alguns de seus conceitos de maneira desentendida e equivocada;

3) Sobre as aproximações entre o pensamento dos autores no tema proposto, inicialmente pode se relatar que ambos partem, mesmo com motivações diferentes,

para a tratativa do tema com base em pesquisas etnológicas. Eles se utilizam dos estudos antropológicos nas comunidades primitivas;

4) No ambiente desse estudo surge a proposta de Kelsen que pretende a superação do dualismo sociedade-natureza. Ao lado dessa intenção está a profunda preocupação de Nietzsche na superação dos dualismos formais;

5) Aproveitando a importante preocupação de superação dos dualismos²⁹⁶ e a recorrência aos estudos etnológicos, ambos acabam reconhecendo nas relações de troca, escambo, compra e venda, credor e devedor, a forma mais antiga das relações humanas nos primórdios dos patamares civilizatórios. Essa é a grande revelação que nos fornecem os dois autores, pois considera a gênese do direito como elemento constitutivo do engendramento do processo civilizatório;

6) Assim, pode-se afirmar que há a possibilidade de se mostrar aproximações entre Kelsen e Nietzsche como dois pensadores importantes no estudo da gênese do direito. Eles empreendem uma investigação além do método histórico tradicional;

7) Sob essa base estrutural encontrada na pensamento de ambos, pode-se explorar, então, a construção dos sentidos do direito e da justiça de maneira diferente, e denunciar em seus percursos suas inclinações ideológicas, históricas e de formação social, e precipuamente seus aprisionamentos metafísicos. Pode-se descobrir várias novas aberturas sobre os sentidos que permeiam o direito historicamente;

8) Continuamente, ao passo que Nietzsche na sua investigação sobre a consciência nota a relação de dívida e culpa advindas da matriz obrigacional de

²⁹⁶ Cumpre ressaltar que aqui não se está fazendo referência ao modo metodológico puro do direito em Kelsen, pois como demonstrado, este sim se afasta da idéia nietzscheana de incorporação das ciências. Está se aproveitando, simplesmente, a crítica ao dualismo sociedade-natureza que Kelsen faz na sua obra.

direito privado, e ao passo que revela o peso do processo que essa noção traz aos homens, ele descobre a consciência de autodomínio do sujeito como um privilégio raro que origina a figura de uma soberania. Kelsen, por sua vez, apresenta dados históricos e antropológicos, e investiga as próprias bases anteriores a essa consciência de autodomínio. Ele a anuncia ao evidenciar o nível de desenvolvimento da mentalidade primitiva e o quanto nesse processo a idéia do princípio da causalidade se afigura como uma idéia moderna, pois, até então, havia a total predominância do princípio da retribuição;

9) No revolvimento desse solo antropológico Kelsen assevera que o homem não se encontra inicialmente no estado de natureza. O homem primitivo não é um homem natural. Ele é um homem social. Assim é também para Nietzsche que revela na experiência do *modus vivendi* primitivo, diferente de um homem natural, o desenvolvimento das comunidades primitivas para outras formas organizacionais a partir de relações de conquista, poder e dominação;

10) Desse modo, tanto para Nietzsche quanto para Kelsen a hipótese do contrato social não pode dar conta da origem da sociedade, pois esta não emerge da tautologia do acordo de vontade entre idealizados sujeitos de iguais direitos, mas das relações de conquista e poder. De certa maneira suas pesquisas nesse sentido são complementares;

11) Assim, ao se afastarem da habitual interpretação de que o homem primitivo é um homem no estado de natureza e que a hipótese do contrato social é tautológica, ambos se colocam como pensadores que estão na contracorrente da idealização da gênese da formação do Estado sob a base do pacto social;

12) Nesse sentido é importante notar que os dois autores trabalham com

uma idéia muito próxima sobre os primeiros “sujeitos de direito”. Para eles, os “primitivos sujeitos de direito” não são pessoas individuais, mas, sim, clãs, *gens*, organizações coletivas de cujo desenvolvimento surgem as comunidades tribais e posteriormente os povos inteiros;

13) A importância dessa revelação desloca a interpretação histórica dos “modernos sujeitos de direito”. Kelsen revela as características da noção primitiva dos “primitivos sujeitos de direito” de maneira bem apontada na consagração da justiça como um princípio fundamental da vida social, concebida essencialmente em distintas épocas e entre distintos povos a partir da idéia de retribuição. Do mesmo modo Nietzsche também ao conceber a idéia de “primitivos sujeitos de direito” nas organizações gentílicas encontra nelas a formação desse velho cânon moral que recebe o sentido da justiça;

14) Assim, ambos os autores evidenciam a importância de se discernir sobre a idéia da justiça e da vingança, que em alguns momentos passam a ser confundidas. Ao passo que Nietzsche faz sua crítica sobre a relação de justiça e vingança a partir da obra de E. Dühring, Kelsen a faz a partir da obra de Steinmetz. Eles acabam por demonstrar como em um longo percurso histórico a justiça tomou várias formas interpretativas próximas à idéia de vingança;

15) Na extensão do pensamento sobre a diferenciação entre justiça e vingança, cada qual de seu modo, eles notam que a justiça passa a ganhar novos contornos com relação à idéia da igualdade. Tanto para Kelsen²⁹⁷ quanto para Nietzsche, essa proposta racionalista, que surge no afamado conceito de justiça de

²⁹⁷ Cabe lembrar aqui que a crítica de Kelsen sobre o “dar a cada um o que é seu” se revela também, e de maneira ainda mais contundente, no seu exercício de pureza metodológica do direito, no entanto, como demonstrado no trabalho, isso não impede a constatação que tem fins explicativos e que revela importantes pontos comuns no entrecruzamento que se apresenta. Como afirmado a intenção não é a idêntica proposta entre os autores, mas da proximidade delas lançar novas perquirições para a filosofia do direito.

“dar a cada um o que é seu” é totalmente anêmica de sentido. Ela se apresenta como tautológica e justifica toda e qualquer ordem social;

16) Conclusivamente, pode-se afirmar que os dois autores demonstram que a origem da justiça deve ser buscada no domínio obrigacional do débito e do crédito, das relações de troca e escambo;

17) Conseqüentemente, na investigação do domínio obrigacional de débito e crédito, Nietzsche, no esforço de sua reflexão sobre a derivação da consciência do dever para a consciência moral, faz intervir nesse contexto a (pré)história da religião, cuja origem, a gênese do sentimento religioso, também tem início na matriz obrigacional do débito e do crédito. Assim, de modo próximo e complementar, Kelsen evidencia essa ocorrência ao retornar às bases mítico-religiosas que envolviam os povos primitivos, acentuando especificamente, o fenômeno da magia, do animismo e a força do legado dos ancestrais;

18) Nietzsche tal como Kelsen explicitamente reconhece o fenômeno do animismo nas comunidades primitivas. Para ambos, havia uma compreensão antropomórfica da natureza que operava desde as épocas mais remotas;

19) Nota-se que cada autor possui uma motivação, uma interpretação dos pontos em que se aproximam e se complementam. Desse modo, a aproximação e complementação dos pensamentos de Kelsen e Nietzsche no estudo proposto fazem surgir a evidência dos métodos empregados por cada um na recorrência à gênese do direito e da justiça. Eles se revelam de certa maneira confluentes. O método histórico-genealógico nietzscheano complementa a investigação histórico-antropológica de Kelsen, principalmente na base de seus estudos etnológicos que parte primeiramente da psiquê primitiva;

20) Nessa introspecção psicológica nietzscheana, que alcança o pensamento da vontade na própria abordagem psicológica na relação entre promessa e causalidade, a crítica da causalidade em Kelsen encontra guarida;

21) Quanto à crítica da causalidade e a relação necessidade e liberdade em ambos os autores, evidenciam-se posicionamentos diferentes, mas que sugerem profícuas reflexões;

22) Nesse sentido se revela a impressão da distância que separa os autores no modo de se considerar o direito. Kelsen ao assumir a matriz kantiana na conceituação do direito se porta distintamente da interpretação nietzscheana da impossibilidade de um direito *em si*;

23) De qualquer forma, com a idéia de ser e dever-ser e da imputação, Kelsen revela o sentido da normatividade e da instituição do direito. Nesse sentido, importa a proposta da impossibilidade do direito *em si* em Nietzsche, pois com a afirmação da existência da idéia de jurídico e antijurídico, de justo e injusto, a partir, apenas, da instituição de lei, ele revela enfaticamente a idéia da uma ficção jurídica;

24) Assim, o entrecruzamento do pensamento dos autores tanto na abordagem sobre o processo de formação do direito, como no sentido de sua positividade, reforça a compreensão do direito como uma ficção e indica novas possibilidades no diálogo e na interpretação da importantíssima e real concepção ficcional do direito;

25) Por fim, nesse ambiente de diferenciação surge a idéia de coação jurídica em Nietzsche e a idéia de sanção no pensamento de Kelsen. O encontro dos dois conceitos revela interessantes nuances para a compreensão e para uma nova utilização das estruturas sancionatórias do direito.

Com essas conclusões, que fornecem um ambiente profícuo que é capaz de fomentar o direito, reconhece-se a sua importância e a sua potencialidade de transformação social. Isso reforça e comprova a possibilidade teórica e prática da necessidade de renovação das formas jurídicas, que a partir do que se propôs, pretende-se que adquiram novo foco de discussão e atuação, promovendo um direito mais comprometido filosoficamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *A linguagem e a morte: um seminário sobre o lugar da negatividade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

_____. *Profanações*. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Tradução de J.A. Seoane, E.R. Soderó e P. Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche como pensador político: uma introdução*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Ed. UNB, 2001.

BARRENECHEA, Miguel Angel de. *Nietzsche e a liberdade*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2000.

BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das intuições indo-européias*. Tradução de Denise Bottman. Campinas: Ed. Unicamp, 1995.

BERMAN, Harold, J. *Law and revolution: the formation of the western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

CAILLÉ, Alain. *Antropologia do dom: o terceiro paradigma*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

CAILLÉ, Alain e GODBOUT, Jaques T. *O espírito da dádiva*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

CARNIO, Henrique Garbellini. Para um (re)torno genealógico ao direito: sobre a passagem das sociedades arcaicas para uma sociedade religiosamente capitalista. *Revista da Faculdade de Direito de Franca*, Franca, vol. 1, ano 1, 2008. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/27/9>.

CASAL, Adolfo Yáñez, *Entre a dádiva e a mercadoria: ensaio de antropologia econômica*. Lisboa: edição do autor, 2005.

COMTE, Aguste. *Physique sociale. Cours de philosophie positive*. Paris: Hermann, 1975.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 1999.

DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*. Tradução de Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

DELEUZE, Gilles. *Nietzsche*. Tradução de Alberto Campo. Lisboa: Edições, 70.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DURKHEIM, Émile. *The elementary forms of religious life*. Tradução de Carol Cosman. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 262-287.

_____. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Poder e justiça. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri: Manole, 2005.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FINK, Eugen. *A filosofia de Nietzsche*. Tradução de Joaquim Lourenço Duarte Peixoto. Lisboa: Editorial Presença, 1988.

FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

_____. Nietzsche, a genealogia, a história. *Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. Tradução Elisa Monteiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FRAZER, James George, *O ramo de ouro*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1982.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. *Para genealogia da moral*. São Paulo: Scipione, 2001.

_____. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica da Modernidade: diálogos com o direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006.

_____. *Nietzsche como psicólogo*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

GRAVES, Robert. *A deusa branca*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: uma introdução política ao direito*. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A última aventura humana sobre a terra. Assim falou Nietzsche IV*. Charles Feitosa (org.). Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

_____. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GURVITCH, Georges. *Tratado de sociología* (tomo primeiro). Tradução de María C. Eguibar e Alicia M. Vacca. Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1962.

GUYAU, Jean-Marie. *Crítica da idéia de sanção*. Tradução de Regina Schöpke e Mauro Baldi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HÉBER-SUFFRIN, Pierre. *O "Zaratustra" de Nietzsche*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HERÁCLITO. *Os pré-socráticos*. Tradução de José Cavalcante de Souza, São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Col. Os Pensadores).

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans, *Sociedade y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução de Jaime Perriau. Buenos Aires: De Palma, 1945.

_____. *General theory of law and State*. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949.

_____. *Die Grundlagen der Naturrechtslehre*. Viena: Österreichische Zeit-Schrift für öffentliches Recht, 1963.

_____. *Aufsätze zur Ideologiekritik: mit einer Einleitung herausgegeben von Ernst Topitsch*. Neuwied am Rhein: Luchterhand, 1964.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. *O que é justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOHLER, Josef. *Philosophy of law*. New York: Augustus M. Kelley Publishers, South Hackensack: Rothman Reprints Inc., 1969.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÉVY-BRUHL, Lucien. *La mentalité primitive*. Paris: Librairie Félix Alcan, 1933.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Mito e significado*. Lisboa: Edições 70, 2000.

NEVES, Antonio Castanheira. *A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia* (tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação). Coimbra: Almedina, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Fragmentos finais*. Tradução de Paulo R. Kothe. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

_____. *Aurora: reflexões sobre os preconceitos morais*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. Tradução de Mário da Silva. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

_____. *O valor da vida de E. Dühring*. Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Comum, Rio de Janeiro, v. 11, n. 26, janeiro/junho 2006.

_____. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

_____. *A gaia ciência*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

MARTON, Scarlett. *Das forças cósmicas aos valores humanos*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

MARTON, Scarlett. *Nietzsche: a transvaloração dos valores*. São Paulo: Moderna, 1993.

MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

_____. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Luiz João Gaio. São Paulo: Perspectiva, 1999.

MAUSS, Marcel e HUBERT, Henri. *Sobre o sacrifício*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

PUY, Francisco. *El derecho y el Estado en Nietzsche*. Madrid: Editora Nacional, 1966.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímole Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 504.

RUSSEL, Bertrand. *História da filosofia ocidental: livro primeiro*. Tradução de Breno Silveira. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.

SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*. Tradução de J. Dias Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000.

SILVA, Alexandre Antonio da. *Nietzsche: justiça e direito*. 262 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2002.

WIEACKER, Franz. *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Tradução de Francisco Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, 1957.

WUNDT, Wilhelm. *The language of gestures*. The Hague: Mouton, 1973.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)