



A GÊNESE DO DIREITO ENTRE KELSEN E NIETZSCHE

Henrique Garbellini Carnio¹

RESUMO

O presente artigo tem por escopo investigar a gênese do processo de formação do direito. Com o intuito de ir além das tratativas tradicionais empregadas e reconhecendo o direito enquanto uma criação humana, um produto da linguagem, a proposta visa a uma junção radical e delimitada entre Kelsen e Nietzsche, que apesar de aparentemente se distanciarem filosoficamente, na realidade, possuem, ao menos nessa seara, interessantes pontos de aproximação. De modo consequente à reflexão proposta surgem também importantes considerações sobre o afastamento do pensamento jurídico de ambos os autores, o que, conjuntamente com a abordagem inicial revela um profícuo ambiente de estudo da filosofia do direito.

Palavras-chave

Genealogia do direito. Retribuição. Kelsen. Nietzsche.

ABSTRACT

The present article has the aim to investigate the genesis of the process of formation of law. With the objective of going over the traditional studies and recognizing the law while a human creation, a product of language, the proposal aims for a radical and delimited joining between Kelsen and Nietzsche, which in spite of being apparently distanced philosophically, in fact, they have, at least in this field, interesting points of approximation. In a consequent way with the proposed reflection important considerations also appear about the removal of the legal thought of both authors, which, jointly with the initial approach reveals a profitable setting to study philosophy of law.

Key-words

Genealogy of law. Retribution. Kelsen. Nietzsche.

1 Mestre em filosofia do direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
E-mail: henriquegarbellini@yahoo.com.br

1. APORTES INICIAIS

A investigação sobre a gênese do direito é tema recorrente entre os filósofos e historiadores do direito. Sua abordagem, na maioria das vezes, recebe inclinações filosóficas e propostas metodológicas muito parecidas. Ordinariamente esta tradicional abordagem se mantém estabelecida num ambiente de investigação baseado em questões históricas e em interpretações metafísicas que se espalham sobre o tema da origem do direito e da justiça.

Na tentativa de ir além dessa consternável constatação, a proposta do presente artigo, 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. Com esta junção, crê-se que seja possível lançar um novo caminho de hipóteses hermenêuticas que superam as tradicionais empregadas, promovendo uma reviravolta no solo jurídico filosófico do tema.

A proposta, portanto, visa a uma aproximação delimitada do pensamento de Hans Kelsen e de Friedrich W. Nietzsche.

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, para Kelsen, um homem social sob todos os pontos de vista, acreditava que a ordem jurídica de sua comunidade também governava a natureza.

Assim, a proposta de 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 gênese jurídica dos povos primitivos pode-se supor que o pensamento científico, especialmente a formação do pensamento causal, que estaria na própria base de nossa concepção científica, assenta-se na norma de retribuição (*Vergeltung*), do castigo e da recompensa merecidos, que eram emanados de uma vontade transcendental sobre-humana. Desse modo, 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 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.

Justamente, esta concepção original sobre a gênese do direito é que interessa para o desenvolvimento da tratativa do tema, pois especificamente nesse ponto pode-se afirmar a possibilidade de entrecruzamento do pensamento dos autores.

De maneira muito próxima a esse estudo kelseneano encontra-se 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, no 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 fundamento (GIACÓIA, 2006: 89), Nietzsche promove uma reviravolta no solo antropológico e psicológico que fomenta a criação e construção do direito.

A junção dos autores, portanto, é radical e além de possuir a intenção de evidenciar pontos de aproximação de seus posicionamentos, 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 jusfilosóficas 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 a proposta 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.

Desse modo, a hipótese interpretativa que se projeta busca revelar a importância, quase renegada por conta de um “lugar comum” na interpretação os autores, do pensamento político de cada um, e o quanto é fundamental compreendê-lo para se poder realmente entender as suas propostas.

Ao se tratar de um resgate sobre a gênese do direito, a proposta metodológica desta investigação se assenta na perspectiva genealógica empregada por Nietzsche confluindo-se com o contributo das importantes revelações encontradas na referida 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 pontos de aproximação 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*)². Deixar o nosso pensamento se inserir na coisa mesma, prepará-lo para ela” (HEIDEGGER, 2007: 3).

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

2. KELSEN E SEU PENSAMENTO POLÍTICO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA RETRIBUIÇÃO E IMPUTAÇÃO

Na tentativa de uma investigação sociológica e sistemática sobre a ideia 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

² 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, descobrem as suas determinações próprias.

os tempos com a mesma e mais sobressalente impressão, Hans Kelsen apresenta uma das teses mais profícuas sobre a gênese do direito.

Na obra, originalmente publicada em alemão, com o título *Vergeltung und Kausalität* (Retribuição e Causalidade)³, 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 metodológica⁴ (KELSEN, 1945: VIII) sobre a qual ele se debruçou durante toda a vida, apresenta um enfoque crítico-ideológico 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.

A investigação kelseneana, baseada em material etnológico (GURVITCH, 1962: 111-127), identifica como o homem primitivo interpretava a natureza que o rodeava e como, a partir dos fundamentos dessa interpretação, especialmente do princípio da retribuição, se desenvolveu a idéia de causalidade - e com ela o conceito moderno de natureza. Tal investigação sugere, portanto, 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, a chamada “crise da 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 natureza⁵. É dizer: compreender o desenvolvimento do princípio da causalidade partindo do princípio da retribuição possibilita a emancipação de uma interpretação social

³ 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.

⁴ 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 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.”

⁵ Kelsen nesse sentido não se utiliza do pensamento kantiano que considera a causalidade um “conceito inato”. Ela não é uma forma de pensamento do qual a psiquê humana é dotada por necessidade natural.

da natureza - o que profundamente nos interessa – e identifica, já, um vínculo jurídico na gênese da formação social, caracterizado por um sentido normativo de organização social estabelecido pelo princípio da retribuição.

Para explicitar sua hipótese, Kelsen traça um estudo do princípio da retribuição desde as comunidades primitivas até os gregos, evidenciando pormenorizadamente como o princípio da retribuição encaminha o pensamento sobre o princípio da causalidade.

Essa análise de Kelsen evidencia a projeção do seu pensamento político, fundamental para compreender efetivamente sua concepção sobre o princípio da imputação totalmente relacionado com as noções desenvolvidas em sua argumentação sobre os princípios da retribuição e da causalidade.

Desse modo, pode-se afirmar que o pensamento kelseneano que não utiliza a ideia de causalidade “inata” de Kant ao tratar sobre os princípios da retribuição e da causalidade, acaba se estruturando juridicamente na utilização da matriz kantiana que sugere a separação dualista entre ser e dever-ser.

Isso evidencia que 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 considerava 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. 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 imputação (FERRAZ JUNIOR, 1991: 37).

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 indicou 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 administrativas.

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, relação causal. O que passa a estar em jogo não é mais a questão da verdade do direito, mas sim de sua decidibilidade.

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 Wieacker (WIEACKER, 1957: 404-436), 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 europeu.

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 jurídica (GUERRA FILHO, 2001: 32).

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.

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 direito. (FERRAZ JUNIOR, 2006: 69)

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 kantiano (GUERRA FILHO, 2007: 119).

A relação existente entre dimensão normativa do direito, imputação, sanção e norma fundamental em Kelsen, traz à tona a discussão 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 consequência do ilícito, e esta imputação encontra o seu ponto terminal na conduta do homem interpretada como ato meritório, como pecado ou como ilícito.

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 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.

Nota-se da exposição proferida que o pensamento sobre a imputação de Kelsen possui raízes bastante profundas e bem estruturadas que retornam, inclusive, ao seu estudo sobre as comunidades primitivas, o qual evidencia seu

pensamento sobre a gênese do direito.

A partir dessa explicitação resta, então, tratar sobre as possibilidades aproximação do pensamento nietzscheano apresentado na Segunda Dissertação de Para genealogia da moral, com a proposta de Kelsen no retorno às comunidades primitivas, e também, o quanto, em momento posterior, especificamente na apresentação do direito no dualismo entre ser e dever-ser de Kelsen o posicionamento interpretativo do direito de Nietzsche se afasta, o que de modo extremamente interessante continua a render profícuas revelações sobre o direito.

3. NIETZSCHE E A GENEALOGIA DO DIREITO

A abordagem que aqui se ocupa do pensamento nietzscheano – como evidenciado no início do artigo - se insere numa crítica que refuta a imputação infundada de incoerência e carência de conteúdo sócio-político na sua obra, afirmando-se 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, que podem, portanto, ser enquadradas como elementos fundamentais de sua filosofia da cultura (GIACÓIA, 2005: 21).

A proposta hermenêutica que se lança a partir do pensamento de Nietzsche entre as possíveis aproximações, afastamentos, e o que deles se alcança com o pensamento de Kelsen, percorre sua tese sobre a (pré)história da humanidade, algumas considerações sobre sua teoria psicológica da vingança e do ressentimento - tendo em vista sua crítica à polêmica interpretação de Eugen Dühring sobre a origem da pena – e sua proposta da impossibilidade de um *direito-em-si*.

Para Nietzsche, 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.

Portanto, 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” (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 8).

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 si. (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 8).

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, o seu “além do direito” (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 8).

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 sobrevida 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 índios 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 poder (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 19).

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

Para Oswaldo Giacoia Junior, de acordo com o pensamento de Nietzsche, 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 riginário 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 crédito (GIACÓIA, 2005: 24-25)⁶.

⁶ 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 Kohler. 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,

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 tradicionais interpretações metafísicas de categorias e institutos fundamentais de direito.

Na extensão da abordagem do processo de civilização fundado em categorias jurídicas, se insere a polêmica de sua teoria psicológica da vingança e do ressentimento com o pensamento de Dühring.

Desse modo, lança-se 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 energicamente 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.

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 "ação 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, 2002: 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, 2001: 51-66).

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-conservação. (DÜHRING *apud* GIACOIA, 2005: 22).

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*” (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 11).

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.

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. Para Nietzsche não há fatos, há interpretações de fatos.

Justamente neste sentido encontra-se um ponto muito significativo que evidencia o afastamento do pensamento dos autores.

Esta revelação interpretativa nietzscheana vai diretamente contra as pretensões de objetividade do positivismo e encontra considerável exploração em correntes atuais da hermenêutica jurídica.

Na verdade, com ela pode-se evidenciar a forte diferenciação que há entre Kelsen e Nietzsche com relação à vontade, liberdade e livre-arbítrio e, mesmo que paradoxal possa parecer, como é decisiva para a interpretação da idéia de ficção jurídica em cada autor e o quanto ela, nesse viés, é extremamente produtiva para o direito.

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 necessidade (BARRENECHEA, 2000: 13-15).

Barrenechea nota a importância da análise genealógica de Nietzsche na emergência do conceito de liberdade. Nessa abordagem a liberdade apresenta-se 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 castigos⁷, 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” (BARRENECHEA, 2000: 41).

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 falsas interpretações morais que possuem tanta validade quanto a atribuição da feitiçaria.

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.

⁷ Barrenechea 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”.

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 lei (NIETZSCHE, 2007: Segunda Dissertação, § 11)⁸.

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 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 proporcionam (PUY, 1966: 77).

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 pradjico. Por una parte critica la debilidad de una justicia inerme, 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? (PUY, 1966: 193).

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 coação⁹. A coação é o momento

⁸ 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”.

⁹ 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, 2007: 24-44).

em que entram em colisão necessidade e liberdade e em antítese o domínio do plano jurídico.

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 mecanicamente.

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 Agamben¹⁰, num Estado de Exceção, no qual há a suspensão do Estado de Direito, legitimado pela sua própria permissão para tanto (AGAMBEN, 2004: 39).

Por fim, desse modo pode se dizer que 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 exacerbo 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 poder (GIACÓIA, 2005: 38-39).

¹⁰ Acompanhando a opinião de Oswaldo Giacóia 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, 2005: 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, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica”. (AGAMBEN, 2004: 39).

4. KELSEN, NIETZSCHE E O DIREITO

A partir da investigação indicada podem ser identificados importantes pontos conclusivos da abordagem que sugerem novos caminhos para o estudo do pensamento dos autores, e, especialmente, para a filosofia do direito.

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 certeiras cada qual com seu entusiasmo crítico.

Conseqüentemente pode-se afirmar que as conclusões de seus pensamentos indicam a formação do Estado em base distinta 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, deixando claro que das relações de poder é que se ensaja a formação do Estado.

Enfaticamente, do estudo das comunidades primitivas, os dois autores concordam na formação 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.

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, ele não se utiliza do pensamento kantiano sobre o “conceito inato” de causalidade. 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.

Nota-se que o retorno às comunidades primitivas é um dos elementos-chave 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 encontra-se a revelação, de maneira impressionante, de um direito primitivo que estava impregnado de um espírito religioso, de um sentimento mágico¹¹, e que era regido pelo princípio

¹¹ 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

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 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.

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”.

Desse modo, pode-se ainda afirmar que no entrecruzamento do pensamento dos autores tanto na abordagem sobre o processo de formação do direito, como no sentido de sua positividade surge a importante aproximação dos conceitos de coação e sanção jurídica – que revelam interessantes nuances para a compreensão e para uma nova utilização das estruturas sancionatórias do direito – bem como a interessante compreensão do direito como uma ficção, que, inclusive, indica novas possibilidades no diálogo e na interpretação da importantíssima concepção ficcional do direito.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARRENECHEA, Miguel Angel. *Nietzsche e a liberdade*. Rio de Janeiro: 7 letras, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIACIOIA JUNIOR, Oswaldo. Nietzsche e a genealogia do direito. *Crítica*

acompanhado de fórmulas mágicas, que giravam em torno da idéia de “nó”, de laço. (REALE, 2002: 146-147).

da modernidade: diálogos com o direito. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. *Pequeno dicionário de filosofia contemporânea*. São Paulo: Publifolha, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GURVITCH, Georges. *Tratado de sociologia* (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.

HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

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

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

PUY, Francisco. *El derecho y el Estado en Nietzsche*. Madri: Editora Nacional, 1966.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WIEACKER, Franz. *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Tradução de Francisco Fernández Jardón. Madrid: Aguilar, 1957.