

RODRIGO ROSAS FERNANDES

NIETZSCHE E O DIREITO

DOUTORADO EM FILOSOFIA

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2005

RODRIGO ROSAS FERNANDES

NIETZSCHE E O DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Filosofia sob a orientação do Dr. Peter Pál Pelbart.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2005

FERNANDES, Rodrigo Rosas. Nietzsche e o Direito. Tese de Doutorado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, perante a banca examinadora constituída pelos professores abaixo assinados.

Para Júlio César Bernardo, o Julinho.

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho só foi possível pelo apoio, orientação e paciência do Professor Dr. Peter Pál Pelbart e das pessoas abaixo mencionadas por ordem alfabética:

Dr. Alessandro Rodrigo Urbano Sanchez

Dr. André Ricardo Blanco Pinto

Dra. Angelina Harari

Profa. Dra. Carla Damião

Prof. Ms. Cláudio Carlos de Oliveira

Prof. Hans Christian Heuberger

Profa. Ms. Giselle de Melo Braga Tapai

Profa. Dra. Jeanne Marie Gagnebin

Prof. Dr. Milton Vicente Greco

Prof. Dr. Olney Queiróz Assis

Prof. Ms. Orozimbo Miranda

Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Júnior

Dr. Paulo Gaudêncio

Dr. Renato Rosas Fernandes

Prof. Ms. Roberto Rosas Fernandes

Profa. Dra. Vânia Dutra de Azeredo

Dr. Wanderley Smelan.

A todos manifesto a minha sincera gratidão.

“Uma Lei para o Leão & para o Boi é Opressão.”

William Blake.

LISTA DE ABREVIATURAS

Para as transcrições e citações das obras de Nietzsche adotamos a convenção proposta pela edição crítica de Colli/Montinari. Siglas em português acompanham as siglas em alemão.

AC/AC - *Der Antichrist (O anticristo)*

CV/CP – *Fünf Vorreden zu fünf ungeschriebenen Büchern (Cinco prefácios para cinco livros não escritos)*

DS/Co. Ext. I - *Unzeitgemässe Betrachtungen I - David Strauss: Der Bekenner und der Schriftsteller (Consideração extemporânea I – David Strauss: o devoto e o escritor)*

EH/EH - *Ecce Homo (Ecce homo)*

FW/GC - *Die fröhliche Wissenschaft (A gaia ciência)*

GD/CI - *Götzen-Dämmerung (Crepúsculo dos ídolos)*

GM/GM - *Zur Genealogie der Moral (Genealogia da moral)*

GT/NT - *Die Geburt der Tragödie (Nascimento da Tragédia no Espírito da Música)*

HL/Co. Ext. II - *Unzeitgemässe Betrachtungen II - Vom Nutzen und Nachteil der Historie für das Leben (Consideração extemporânea II - da utilidade e desvantagem da história para a vida)*

JGB/BM - *Jenseits von Gut und Böse (Para além do bem e do mal)*

M/A - *Morgenröte (Aurora)*

MAI/HHI - *Menschliches Allzumenschliches vol. I (Humano, demasiado humano vol. I)*

NW/NW - *Nietzsche contra Wagner (Nietzsche contra Wagner)*

PHG/FT – *Die Philosophie im tragischen Zeitalter der Griechen (A filosofia na época trágica dos gregos)*

SE/Co. Ext. III - *Unzeitgemässe Betrachtungen III - Schopenhauer als Erzieher (Consideração extemporânea III - Schopenhauer como educador)*

VM/OS - *Vermischte Meinungen - Menschliches Allzumenschliches vol. II) (Humano, demasiado humano (vol.2): miscelânea de opiniões e sentenças)*

WA/CW - *Der Fall Wagner (O caso Wagner)*

WB/Co. Ext. IV - *Unzeitgemässe Betrachtungen IV - Richard Wagner in Bayreuth (Consideração extemporânea IV - Richard Wagner em Bayreuth)*

WL/VM - *Über Wahrheit und Lüge im aussermoralischen Sinn (Sobre verdade e mentira no sentido extra-moral)*

WS/AS - *Der Wanderer und sein Schatten - Menschliches Allzumenschliches vol. 2 (Humano, demasiado humano (vol.2): O andarilho e sua sombra)*

Za/ZA - *Also sprach Zarathustra - (Assim falou Zaratustra)*

FORMA DE CITAÇÃO

Para os textos publicados por Nietzsche, seguimos a convenção proposta pela edição Colli/Montinari das Obras Completas de Nietzsche e adotada pelo GEN-Grupos de Estudos Nietzsche.

Assim, o algarismo arábico indicará o aforismo; no caso de GM/GM, o algarismo romano anterior ao arábico remeterá à parte do livro; no caso de Za/ZA, o algarismo romano remeterá à parte do livro e a ele se seguirá o título do discurso. No caso de GD/CI e de EH/EH, o algarismo arábico que se seguirá ao título do capítulo, indicará o aforismo.

Quanto às obras de outros autores, logo após a primeira transcrição, a citação ou menção, seguirá número indicando a nota de rodapé, a qual conterá o sobrenome e nome do autor, o título da obra, a cidade e o nome da editora, o ano da publicação e o número da página respectiva. Nas transcrições e citações posteriores, na nota de rodapé constará apenas o sobrenome do autor, o ano da publicação e o número da página.

FERNANDES, Rodrigo Rosas. Nietzsche e o Direito. Tese de Doutorado apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor perante o Curso de Pós-Graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO

Friedrich Wilhelm Nietzsche continua praticamente desconhecido entre aqueles que estudam a filosofia do direito. Nietzsche estudou diversas questões relacionadas à ciência e à filosofia do direito, abordou questões jurídicas através de uma perspectiva filosófica e abordou questões filosóficas através de uma perspectiva jurídica, perfazendo uma transferência de conceitos com a finalidade de efetuar uma crítica do direito na modernidade, dos valores morais dele decorrentes e propor uma ética que se caracteriza pela transvaloração dos valores ocidentais. A genealogia do direito primitivo em contraste com os paradigmas do direito da modernidade, ratifica a crítica e a proposta ética de Nietzsche. Tendo o direito como fio condutor, e também a relação de Nietzsche com o livre-pensador David Friedrich Strauss, o presente trabalho tem por objetivo achar uma filosofia do direito no pensamento de Nietzsche e trazer maior visibilidade para esse segmento do pensamento nietzscheano.

Palavras-chave: NIETZSCHE, DIREITO, FILOSOFIA DO DIREITO.

FERNANDES, Rodrigo Rosas. Nietzsche and the Law. Doctor Thesis presented as partial request to obtain the Doctor title before the Pos Graduation Course in Philosophy at the Pontifícia Universidade Católica of São Paulo.

ABSTRACT

Friedrich Wilhelm Nietzsche is still practically unknown among those who study the philosophy of law. Nietzsche studied several topics related to the science and to the philosophy of law, approaching juridical questions from a philosophic point of view and approaching philosophic questions from a juridical point of view, making several concepts transferences which goal is to make a critic of the law in modernity, a critic of the moral values that come from it, and also to propose an ethic that characterizes itself by a transvaluation of the western values. The genealogy of the primitive law in contrast with the paradigms of modern law, confirms both Nietzsche's critics and ethic proposals. Having the law and the relations between Nietzsche and the free-thinker David Friedrich Strauss (1808-1874) as conductors, the purpose of the present work is to find a philosophy of law in Nietzsche's thinking and to bring more visibility for that segment of Nietzsche's thought.

Key words: NIETZSCHE, LAW, PHILOSOPHY OF LAW.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
PRÓLOGO: Uma filosofia do direito em Nietzsche?	19
O direito na Alemanha do Século XIX.....	20
Questões metodológicas	22
O Direito que Nietzsche conheceu	27
 CAPÍTULO I - A PRIMEIRA EXTEMPORÂNEA E UM LIVRE PENSADOR CHAMADO STRAUSS.....	 31
1.1. Origens da Primeira Extemporânea.....	31
1.2. Strauss e Nietzsche -convergências e divergências.....	35
1.3. Método genealógico	45
1.4. Sentido histórico.....	47
1.5. Vontade de poder - (<i>Wille zur Macht</i>).....	49
 CAPÍTULO II - QUESTÕES DA CIÊNCIA DO DIREITO ABORDADAS POR NIETZSCHE.....	 53
2.1. A escola clássica do direito penal	53
2.2. Teoria do crime.....	54
2.3. A doutrina do livre-arbítrio e o princípio da igualdade dos direitos	56
2.4. Aplicação do método comparativo.....	60
2.5. A natureza do homem criminoso.....	63
2.6. A questão da culpabilidade.....	64
2.7. Tipos criminosos	71
2.8. O julgamento: a visão do julgador e a visão do criminoso.....	72
2.9. Os genuínos efeitos das penas	75
2.10. Castigo e vingança.....	83
2.11. A escolha pelo suicídio.....	90

2.12. A pena capital e o caso Miguel Servet	91
2.13. A teoria da abolição das penas	92

CAPÍTULO III - QUESTÕES DA FILOSOFIA

DO DIREITO ABORDADAS POR NIETZSCHE	96
3.1. O homem em seu estado de natureza e a natureza do homem	96
3.2. Sociedades primitivas, eticidade dos costumes e direito consuetudinário	98
3.3. O surgimento do Estado e duas tipologias básicas	103
3.4. Críticas às teorias contratualistas.....	108
3.5. Início de uma segunda natureza.....	110
3.6. Do direito comercial primitivo	112
3.7. Primeira transposição	117
3.8. Segunda transposição – o castigo na comunidade: banimento.....	118
3.9. Terceira transposição e a interpretação religiosa do castigo	120
3.10. Quarta transposição e má consciência	122
3.11. Sentimento da santidade do dever, internalização do castigo e rigidez moral	125
3.12. Desconstrução da doutrina do direito natural	128
3.12.1. Desconstrução do direito natural mitológico em Sófocles	129
3.12.2. Desconstrução do direito natural identificado com a natureza.....	131
3.12.3. Desconstrução do direito natural identificado com o divino.....	132
3.12.4. Desconstrução do direito natural identificado com a razão.....	134
3.13. Desconstrução das fontes do direito	135
3.14. Da justiça	138
3.14.1. A origem da justiça.....	138
3.14.2. Desenvolvimento da noção de justiça	142
3.14.3. Estágios da justiça	143
3.14.5. Da justiça reativa	145
3.15. O que revelam as leis.....	147
3.16. Crítica ao direito dogmático	147

CAPÍTULO IV - O EMPREGO DO DIREITO	
NA FILOSOFIA - A DANÇA DOS CONCEITOS	150
4.1. O direito e a genealogia – o caso Shylock.....	150
4.2. O valor da vida	157
4.3. Sócrates - <i>monstrum in face, monstrum in anima</i>	161
4.4. O direito enquanto fenômeno antinatural	162
4.5. A proposta ética de Nietzsche e os filósofos legisladores.....	166
CONCLUSÃO.....	179
CONSIDERAÇÕES FINAIS	206
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	216
ANEXO A – NOÇÕES PROPEDEÚTICAS NO DIREITO	219
ANEXO B – PENSADORES DO DIREITO E SUAS ESCOLAS	229

INTRODUÇÃO

O atual paradigma de direito, construído por Hans Kelsen, no qual o direito é caracterizado como “uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral”,¹ teoria esta que não se preocupa com o conteúdo “mas só com a estrutura lógica das normas jurídicas”² e com a validade da norma dentro de um ordenamento jurídico, está sendo ameaçado por outros paradigmas emergentes. Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca apresentam o direito como uma nova técnica de retórica e interpretação,³ justamente o que Kelsen queria evitar, enquanto que Tércio Ferraz Júnior apresenta o direito como uma técnica de interpretação e de dominação, não isenta, portanto, de ideologia⁴. Isto posto, por que procurar no pensamento do filósofo alemão Friedrich Nietzsche, falecido há mais de cem anos, uma filosofia do direito? E se esta filosofia jurídica realmente pode ser encontrada no pensamento nietzscheano, como é a nossa tese, como ela se caracteriza e quais são os desdobramentos que dela seguem? Ainda mais, haja vista os paradigmas supra mencionados, qual o valor da filosofia do direito em Nietzsche para o direito atual? Estas foram algumas das questões iniciais desta tese e se nos é permitido antecipar uma resposta bastante genérica, é porque no pensamento nietzscheano encontramos uma crítica radical do direito moderno ainda não assimilada de todo. Contudo é justamente essa crítica de Nietzsche que não nos permite repetir as palavras de Lon Fuller, quais sejam, que no direito as posturas de hoje ainda são “as mesmas que se agitavam nos dias de Platão e de Aristóteles.”⁵ Não são.

A filosofia do direito em Nietzsche se caracteriza por uma abordagem absolutamente original, incômoda e provocativa do direito.⁶ Para aqueles que estudam a filosofia nietzscheana, o presente trabalho também possui por finalidade remover a idéia até recentemente fortificada pela interpretação de Walter Kaufmann,⁷ mas atualmente combatida

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 1.

² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3a Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 94.

³ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁴ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1994.

⁵ FULLER, Leon. *O caso dos exploradores da caverna*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 75.

⁶ Giacoia Jr. sugere que “Dentre os clássicos da filosofia moderna, Nietzsche talvez seja o pensador mais incômodo e provocativo” adjetivos que estendemos ao direito in GIACOIA JR. Oswaldo. *Nietzsche*. São Paulo: Coleção Folha Explica, Publifolha, 2000, p. 10.

⁷ KAUFMANN, Walter. *Nietzsche – philosopher, psychologist, antichrist*, 4ª edição. Nova Jersey: Princeton, 1974.

por Keith Ansell-Pearson, de que Nietzsche não foi um pensador político. Pois é justamente no pensamento político nietzscheano que encontraremos a sua filosofia do direito.⁸

Ainda que sabido, é pouco assimilado que no decorrer de sua obra, Nietzsche abordou o direito em todas as suas concepções: natural e positiva, isto é, científica. Portanto, de início, tivemos a intenção de localizar, dentro da trajetória do pensamento nietzscheano, o ponto de emergência das questões relativas ao direito, as formas de abordagem, para depois abordarmos algumas de suas conseqüências, entre elas a proposta ética de Nietzsche que se caracteriza pela transvaloração dos valores ocidentais, o que inclui a auto-supressão da justiça e, por conseguinte, nos remete para além das nossas conhecidas noções de direito.

Não pretendemos, neste trabalho, esgotar as questões de direito ou políticas abordadas por Nietzsche, mas sim detectar uma filosofia do direito dentro do pensamento nietzscheano e demonstrar suas principais características, seja em comparação com escolas passadas, seja em comparação com o paradigma atual de direito ou mesmo com os já mencionados paradigmas emergentes.

Para tanto, algumas obras foram privilegiadas, justamente aquelas em que Nietzsche aborda de forma mais direta as questões ligadas ao direito, a saber: *Consideração extemporânea I, Humano, demasiado humano, Miscelânea de opiniões e sentenças, O andarilho e sua sombra, Aurora, A gaia ciência, Assim falou Zaratustra, Para além do bem e do mal, Genealogia da moral, Crepúsculo dos ídolos, Ecce homo e O anticristo*.

⁸ Na obra intitulada *Nietzsche contra Rousseau*, publicada na Inglaterra em 1991, Keith Ansell-Pearson abordou o pensamento político nietzscheano, em contraposição ao pensamento de Rousseau, destacando a influência das pesquisas do jurista alemão Rudolf Von Ihering sobre o pensamento de Nietzsche in ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche contra Rousseau*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 134 e seguintes. Na introdução da obra seguinte, intitulada *Nietzsche como pensador político - uma introdução*, publicada na Inglaterra em 1994 e no Brasil em 1997, Keith Ansell-Pearson escreve: “[...]Durante grande parte deste século, o pensamento político de Nietzsche foi uma fonte de constrangimento e perplexidade. O consenso que se manteve dominante por várias décadas, desde o fim da Segunda Guerra Mundial até bem recentemente, foi de que Nietzsche não era de modo algum um pensador político, mas alguém que se preocupava sobretudo com o destino do indivíduo isolado e solitário, muito distante das preocupações e relações do mundo social. Essa opinião foi típica daqueles que, com o seu conhecido tradutor e biógrafo Walter Kaufmann tentaram resgatar os escritos de Nietzsche das deturpações que sofreram nas mãos dos ideólogos e propagandistas do nazismo. No entanto, o resultado foi uma interpretação desistorcizada e despolitizada, que impôs o obscurantismo a um aspecto-chave da filosofia de Nietzsche: seu pensamento político.[...]” ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche como pensador político*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p.18.

A compilação póstuma intitulada *Vontade de poder* não foi consultada e nem utilizada neste trabalho. Em seu lugar utilizamos os fragmentos póstumos tal como aparecem na edição eletrônica do *Werke historisch-krtische Ausgabe* de Colli e Montinari, editada por Walter de Gruyter & Co., 1994. A versão eletrônica reproduz integralmente a *Kritische Studienausgabe* (Ksa).

Com o propósito de facilitar a leitura, todas transcrições encontram-se em língua portuguesa, cabendo observar que nem todas as traduções são do autor. Para as transcrições ou citações de *Sobre a verdade e a mentira no sentido extra-moral* utilizamos a tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho, encontrada nas *Obras incompletas*, da Coleção Os Pensadores, Editor Victor Civita, 1983. Para as transcrições ou citações de *A filosofia na época trágica dos gregos*, utilizamos a tradução de Maria Inês Madeira de Andrade, revista por Artur Morão. As transcrições de *O nascimento da tragédia* foram tiradas da tradução de J. Guinsburg. As transcrições das obras *Humano, demasiado humano*, *Aurora*, *A gaia ciência*, *Para além do bem e do mal*, *Genealogia da moral* e *Ecce Homo* foram tiradas das traduções de Paulo César de Souza. As transcrições de *Assim falou Zaratustra* foram tiradas da tradução de Mário da Silva, com algumas alterações efetuadas pelo autor. As transcrições de *Crepúsculo dos ídolos* foram tiradas da tradução de Marco Antonio Casa Nova. As demais traduções das passagens transcritas, tanto da obra nietzscheana como de seus comentadores de língua estrangeira, são do autor.⁹

Também utilizamos as traduções da obra nietzscheana para o italiano e para o inglês, estas efetuadas por Walter Kaufmann e R. J. Hollingdale, principalmente em função dos comentários dos referidos tradutores.

⁹ Uma observação deve ser feita em relação a *Humano, demasiado humano*: essa obra é composta de duas partes: a primeira delas foi escrita em 1876 e publicada em 1878. Posteriormente, entre 1879 e 1880, Nietzsche escreveu mais dois livros, respectivamente intitulados *Miscelânea de opiniões e sentenças* e *O andarilho e sua sombra*, que vieram a ser editados como segundo volume da referida obra. As transcrições, citações e referências desse segundo volume de *Humano, demasiado humano* seguem o padrão exposto na lista de abreviaturas constante nas páginas pré-textuais. Outra observação deve ser feita em relação à tradução do título da obra *Genealogia da moral*, em alemão *Zur Genealogie der Moral*. Em alemão, a proposição *zur* significa “para”. Nesse sentido indicaria a pretensão de Nietzsche em “apresentar e desenvolver hipóteses teóricas a respeito da gênese dos principais valores morais vigentes no mundo ocidental”.⁹ A tradução mais adequada do título é, portanto, aquela proposta e adotada por Giacoia Jr., qual seja, *Para a genealogia da moral*, conforme exposto anteriormente, para o títulos das obras de Nietzsche adotamos a convenção de Colli/Montinari, também adotada pelo GEN. Por estas razões manteremos a tradução *Genealogia da Moral*, acreditando que estas observações sejam suficientes para remover eventuais dúvidas.

Para facilitar o entendimento do leitor leigo em direito, no Anexo A apresentamos noções e conceitos propedêuticos da ciência do direito. Com finalidade semelhante, no Anexo B incluímos os juristas do século XIX, suas escolas e relações com o pensamento de Nietzsche.

Referências bibliográficas seguem no final.

PRÓLOGO

Uma filosofia do direito em Nietzsche?

A presente tese tem por finalidade responder uma questão básica: a) existiria uma filosofia do direito dentro do pensamento de Nietzsche? Em caso positivo, como acreditamos ser, uma série de outras perguntas emergem necessariamente, são elas: b) Se existe uma tal filosofia do direito, em que momento da obra nietzscheana ela emerge? c) De que forma essa filosofia do direito se constrói? d) Quais seriam as principais características dessa filosofia do direito? e) Essa filosofia do direito se enquadra em alguma corrente ou escola da filosofia do direito? f) Nietzsche pode ser considerado um filósofo do direito? g) Qual a relação e a dimensão da filosofia do direito nietzscheana com o próprio pensamento nietzscheano? h) Qual a relação entre essa filosofia do direito e o atual paradigma de direito, decorrente do pensamento de Hans Kelsen, no qual o direito é uma ciência avaliativa? i) Considerando os paradigmas emergentes de direito, qual a valor de uma filosofia do direito no pensamento de um filósofo do século XIX?

Assim como a justiça, o direito também é um tema privilegiado e que se encontra presente nas três fases do pensamento nietzscheano.¹⁰ Ao invés de pegarmos a justiça como fio condutor desta tese, escolhemos o próprio direito, e, como pano de fundo a relação entre Nietzsche e o primeiro livre-pensador alemão David Friedrich Strauss (1808 – 1874).

Para tanto é necessário que tenhamos um conhecimento sobre a situação do direito na Alemanha do século XIX e o direito que Nietzsche conheceu.

¹⁰ A obra filosófica de Nietzsche costuma ser dividida por seus comentadores em três fases: os escritos redigidos entre 1870 e 1876 constituem a primeira fase; aqueles redigidos entre 1876 e 1882 constituem a segunda fase; e, aqueles redigidos entre 1882 e 1888 constituem a terceira fase. Esta divisão é determinada pela sequência cronológica das obras e pelas características próprias de cada uma dessas fases. Considerando que o próprio Nietzsche não reconhecia divisões em sua obra, conforme carta de 4 de maio de 1888 endereçada ao professor Georg (Morris Cohen) Brandes (1842-1927). Nietzsche escreve: "está tudo junto; estava no caminho certo há anos". Essa divisão não deixa de ser uma arbitrariedade que visa, contudo, facilitar a localização do surgimento de determinados conceitos filosóficos e suas transformações ao longo do pensamento nietzscheano. Não são todos os comentadores que distinguem períodos na obra de Nietzsche. Conforme Marton: "Heidegger e Granier, Jaspers e Deleuze, Kaufmann e Schacht, embora adotem os mais diversos ângulos de visão, têm um ponto em comum: não trabalham com periodizações. Eugen Fink e Tracy Strong chegam a manifestar-se contra a divisão em períodos" MARTON, Scarlett. *Das forças cósmicas aos valores humanos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Moderna, 1990, p. 23.

O Direito na Alemanha do Século XIX

No ano de 1495, através do decreto imperial de Worms, o direito romano foi adotado na Alemanha como direito supletivo às leis e aos costumes territoriais. O referido decreto imperial também organizou o Tribunal da Câmara Imperial (*Reichskammergerichtsordnung*) e estabeleceu que esse Supremo Tribunal de Justiça do Império deveria julgar segundo o direito comum do Império (*nach des Reichsgemeinen Rechten*) na falta de disposição contrária nas “ordonnances” e costumes.¹¹

“Esse direito comum” não é senão o direito romano tal como é interpretado pelos legistas da época [...] É o que se chama a “recepção” do direito romano, na realidade o seu reconhecimento oficial como direito supletivo.

[...]

Esse “direito comum” adquiriu assim – e por outras numerosas *ordonnances* mais recentes – valor de lei no Império; era aí uma *lex scripta*, lei escrita, fonte supletiva do direito. Não se deve porém exagerar a importância deste reconhecimento legislativo da autoridade do direito romano no Império: a *Rezeption* alemã era sobretudo a consequência da *Verwissenschaftlichung* do direito alemão, isso é, a consequência do caráter mais científico do direito aplicado pelos magistrados profissionais a partir do século XVI [...].” (sic)¹²

Portanto, desde o final do século XV que o direito alemão se caracterizava pelas leis escritas, pelas normas consuetudinárias territoriais e pela aplicação do direito romano enquanto direito supletivo. Conforme Gilissen, no século XVII e sobretudo no Século XVIII,

“[...] a Alemanha era o principal centro de estudo do direito romano. Este é aí, mais do que em qualquer outro lado, o direito supletivo das leis e costumes territoriais [...] é ensinado com vistas a ser aplicado nos tribunais. [...] o direito alemão continuou, aliás, dominado pelo direito romano até o fim do século XIX [...].”¹³

¹¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 351.

¹² Gilissen, 2001, p. 352.

¹³ Gilissen, 2001, p. 350.

O direito alemão começa a sofrer profundas alterações com a unificação política do Império, realizada por Otto von Bismarck e levada a cabo em 1871.

No dia 30 de setembro de 1862, Bismarck, primeiro chanceler da Prússia, “que sabia exatamente como manipular o romântico monarca” Friedrich Wilhelm,¹⁴ apresentou-se ao Parlamento com a intenção de apresentar seu programa político. Disse aos deputados que a Prússia não poderia tornar-se uma grande potência se mantivesse os limites de suas fronteiras. Precisava de mais território e, por conseguinte, iria necessitar de um exército maior: “As grandes questões da atualidade serão decididas não por discursos ou maioria de votos – esse foi o grande erro de 1848 e 1849 – mas pelo sangue e pelo ferro” disse Bismarck, o mesmo que uma vez resmungara que não conhecia nenhum direito em política externa. “O único fundamento saudável para um grande Estado é o egoísmo, não o romantismo”.¹⁵

A unificação política do império, conforme Gilissen, iria

“[...] levar a uma unificação relativa e a uma codificação do direito, apesar da manutenção do sistema federalista. Cada *Land* conservou a sua própria legislação, mas decidiu-se que o direito penal, o direito comercial, o direito das obrigações e o processo seriam unificados por leis do Império. Foi também promulgado um código penal alemão desde 1871. A partir desta altura, foi decidido, apesar de uma viva resistência dos *Ländern* e de numerosos juristas, redigir um código civil completo, comum a todo o Império; o trabalho preparatório durou uma vintena de anos. O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, Código Civil Alemão) foi finalmente adoptado pelo Parlamento em 1896 e entrou em vigor em 1900 [...]”¹⁶

Foi somente em 1900 que, pela entrada em vigor do Código Civil alemão, que o direito romano deixou de ser o direito supletivo na Alemanha.

Em termos de tutela jurisdicional, a aplicação da lei pelo Poder Judiciário, Bismarck

¹⁴ ROSE, Jonathan E. *Bismarck* São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 30/41.

¹⁵ Rose, 1987, ps. 30/41.

¹⁶ Gilissen, 2001, 458.

“[...] demitiu funcionários liberais e substituiu-os por outros servidores conservadores leais, ainda que medíocres, e tratou de corromper a independência do Poder Judiciário prussiano. Confiabilidade política e não experiência tornaram-se o critério válido para promover juízes.”¹⁷

Além das mudanças na esfera política e na esfera do direito e da sua efetiva aplicação da lei pelo Judiciário, o direito alemão do século XIX encarava outras questões, de natureza metodológica.

Questões Metodológicas

No início do século XIX, emergiu na França um direito sistematizado, codificado e positivado por obra de Napoleão Bonaparte. A partir de 1804, o Código Civil passa a ser aplicado nas cortes judiciais francesas criando uma nova tradição jurídica. Com a codificação do direito francês, surgem o princípio do dogma da onipotência do legislador e a escola da exegese. Conforme Bobbio

“[...] A interpretação exegética, aliás, é sempre o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado *ex novo*. Pelo legislador.[...]”¹⁸

A escola da exegese inverte as relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, passando este a ter maior valor hierárquico do que o primeiro, passando a acatar como norma jurídica apenas aquelas que são postas pelo Estado. É o culto do texto legal e de onde provém a identificação do direito com a lei.

No âmbito do direito penal, também oriunda dos ideais do iluminismo francês, encontramos, na Itália, a escola clássica do direito penal, cujo maior representante foi o Marquês de Beccaria (1738 - 1794), autor da célebre obra *Dos delitos e das penas* (1764). Esta escola acreditava que os homens eram iguais em consciência, livre-arbítrio e razão, não

¹⁷ Rose, 1987, ps. 30/41.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone Editora, 1996, p. 83.

sendo, portanto, objeto de questionamento filosófico. A escola clássica do direito penal adotou como foco privilegiado de pesquisa, as leis, os delitos e as penas.

Esta nova modalidade de direito sistematizado e codificado, oriunda do pensamento iluminista, entrou em choque com parte dos juristas alemães, que sustentavam que a codificação do direito já teria ocorrido com a grande obra legislativa o *Código de Justiniano*, empreendida pelo imperador bizantino Justiniano (482-565). A rigor o *Código de Justiniano* era mais uma compilação de leis de épocas distintas do direito romano. Ainda assim, encontramos na referida obra conceitos e preceitos ligados à justiça e ao direito, oriundos do direito romano, mas que durante séculos fizeram parte do direito alemão, conforme já exposto. Entre esses conceitos, destacamos o de justiça:

“Justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu.”¹⁹

E preceitos do direito:

“Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu.”²⁰

Encontramos na Alemanha do século XIX juristas que se opuseram aos ideais iluministas e a uma codificação do direito, mas que sustentavam uma abordagem científica do direito. Entre eles destacamos Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), principal representante da tradicional e elitista escola histórica do direito.

“A essência do pensamento da escola histórica [...] não era de mudar em nada o sistema do direito vigente na Alemanha, mas que se algo devia ser alterado, o melhor remédio não era a codificação, mas o desenvolvimento da ciência jurídica [...]”²¹

¹⁹ JUSTINIANO. *Institutas dos Imperador Justiniano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, Livro Primeiro.

²⁰ Idem. Observamos que “viver honestamente” não é um preceito de ordem jurídica, mas sim de ordem moral. Após séculos de debates filosóficos a distinção entre moral e direito veio a ser sanada por Kant ao distinguir a moralidade das ações da legalidade das ações.

²¹ Bobbio, 1996, p. 123.

Isto pode ser confirmado através da obra *Metodologia jurídica* de Savigny, na qual o jurista sustenta um estudo metodológico do direito, no qual seja levado em consideração os seguintes princípios fundamentais:

- “1) a ciência legislativa é uma ciência histórica;
- 2) é também uma ciência filosófica;
- 3) ambas devem unir-se; devem ser totalmente históricas e filosóficas a uma só vez.”²²

A referida escola admitia o direito oriundo dos costumes e das tradições alemãs, assim como o direito romano enquanto direito supletivo, mas não aceitava a proposta de um direito sistematizado e codificado, que nascera de uma revolução oriunda de um beligerante povo estrangeiro. Além de uma inclinação metodológica para o estudo do direito alemão, encontramos no pensamento de Savigny, e da forte resistência à codificação do direito, um forte sentimento nacionalista.

Além dessa resistência a um direito codificado e estrangeiro uma das principais características da escola histórica do direito era o sentido de variedade do homem, de forma que

“[...] Não existe o Homem (com H maiúsculo) com certos caracteres fundamentais sempre iguais e imutáveis, como pensavam os jusnaturalistas [...]”.²³

Neste ponto, encontramos uma convergência com o pensamento nietzscheano, para quem o homem não poderia ser concebido como uma “eterna veritas”.

"Todos os filósofos têm em si o defeito comum de partirem do homem do presente e acreditarem chegar ao alvo por uma análise dele. Sem querer, paira diante deles "o homem", como uma *aeterna veritas*, como algo que prevalece igual em todo o torvelinho, como uma medida segura das coisas [...]”²⁴

²² SAVIGNY, Friedrich K. von. *Metodologia Jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 6.

²³ Bobbio, 1996, p. 48/49.

²⁴ MAI/HDH, I, 2.

Outra característica da escola histórica do direito é que esta se contrapõe à

“[...] interpretação racionalista da história, própria dos iluministas: a mola fundamental da história não é a razão, o cálculo, a avaliação racional, mas sim a não-razão, o elemento passional e emotivo do homem, o impulso, a paixão, o sentimento”.²⁵

Trata-se de mais um ponto de convergência com o pensamento nietzscheano, para quem a trajetória da humanidade não possui uma *ratio* organizadora e tampouco um *telos*. Em aforismo de *O andarilho e sua sombra* Nietzsche escreve:

“A racionalidade do mundo – Que o mundo *não* é a epítome de uma eterna racionalidade pode ser provado pelo fato de que aquele *pedaço do mundo* o qual conhecemos – quero dizer, nossa própria racionalidade humana – não é muito racional. E se *ela* não é sempre perfeitamente sábia racional, então o resto do mundo também não será; aqui a conclusão *a minori ad majus*, *a parte ad totum*, se aplica, e com uma força decisiva.”²⁶

Existe uma convergência entre o pensamento de Nietzsche e a escola histórica do direito, principalmente no que se refere à crítica aos ideais iluministas e a fé incondicional na razão. Foi através da crítica radical que a escola histórica fez da concepção iluminista de direito natural que se abriu o caminho para o surgimento da escola científica do direito e da escola positivista do direito penal.

A escola científica do direito, sediada na Alemanha, teve como seu principal representante o jurista Rudolf von Ihering (1818 - 1892), para quem a ciência do direito deveria ser acatada como universal. Segundo Ihering, que foi influenciado pelas teorias evolucionistas, os juristas de todos os países e de todas as épocas falam a mesma língua, de forma que o nacionalismo de Savigny era, finalmente, superado.

Para Ihering as principais tarefas da ciência jurídica consistiam em efetuar uma análise jurídica, isto é, decompor o material jurídico historicamente transmitido, para em

²⁵ Bobbio, 1996, p. 48/49.

²⁶ WS/AS, 2

seguida efetuar um ordenamento sistemático através de uma concentração lógica e simples. Essa abordagem metodológica de Ihering aproxima-se de uma sistematização e, por conseguinte, de uma codificação do direito.

A escola positivista do direito penal, por sua vez, foi fortemente influenciada pelas escolas evolucionistas então emergentes, razão pela qual privilegiou como objeto de estudo o homem e a natureza humana. Por conseguinte, se comparada à escola clássica do direito penal, a referida escola dá menos ênfase às leis, aos delitos e às penas e o conflito entre elas, além de previsível e inevitável, perdura até os dias de hoje.

Portanto, é com o advento das teorias evolucionistas que a escola científica assim como a escola positivista do direito penal deixam de lado a noção iluminista de natureza humana, isto é, a concepção de uma natureza igual e imutável para todos os homens.

É assim que a partir da segunda metade do século XIX, sob a influência da escola histórica e das teorias evolucionistas que as pesquisas e as metodologias aplicadas no direito alemão, até então fundamentado no estudo das normas consuetudinárias e no direito romano, começam a se modificar, pondo fim às teorias do direito natural e se aproximando do advento do positivismo jurídico, atual paradigma de direito, cujo maior representante foi Hans Kelsen (1881 – 1973).

No positivismo jurídico, só existe um direito, o positivado, aquele que é posto pelo homem, e, portanto, deve ser acatado com um fenômeno social, não como um valor.²⁷ O direito positivado tem como característica uma norma coercitiva, que visa obter uma conduta social por parte dos homens, (teoria da obediência absoluta da lei). Em caso de conduta contrária, aplica-se a sanção. A lei, imperativa, deve ser posta pelo Estado, observando-se a sua estrutura formal, lógica e hierárquica dentro de um ordenamento jurídico. Portanto, o atual paradigma de direito é depurado “de todo elemento valorativo e de todo termo que possa ter uma ressonância emotiva.” Trata-se de uma técnica e, como tal, “pode servir à realização de qualquer propósito ou valor”.²⁸

²⁷ Kelsen, 1996, p. 33 e seguintes.

²⁸ BOBBIO, 1996, p. 142.

O Direito que Nietzsche Conheceu

O direito que Nietzsche conheceu foi justamente esse direito em transição, que caminhava a passos largos para o atual paradigma de direito, isto é, para o positivismo jurídico radical, onde direito positivo é sinônimo de direito e a noção de direito natural é morta.

A influência oriunda das pesquisas de vários juristas e médicos ligados à área do direito foram decisivas para o pensamento nietzscheano e dentre eles, destacamos aqueles que tiveram uma influência direta sobre Nietzsche: J.J. Bachofen (1815-1887), aluno dileto de Savigny, colega de Nietzsche na Basileia e autor da obra *Matriarcado*; Karl Eugene Dühring (1833-1921) jurista mecanicista e anti-semita, mas de quem Nietzsche leu toda a obra – para depois criticá-la; Albert Hermann Post (1839 - 1895) juiz e jurista considerado pai do direito comparado, cuja obra sobre jurisprudência étnica também foi lida por Nietzsche; na escola científica do direito Nietzsche leu Rudolf von Ihering (1818-1892), considerado o maior jurista de sua época e que desenvolve a noção de direito, enquanto lei coercitiva e seus efeitos no processo civilizatório; na emergente escola positivista do direito penal destacamos o francês Charles Féré (1852-1907) “médico dos nervos e estagiário a serviço de Charcot, na famosa Salpêtrière de Paris. Sua obra acerca da degenerescência e da criminalidade fornece a Nietzsche importantes referências sobre o falso modo de vida e alimentação dos doentes, dos degenerados no sentido amplo que, exatamente a partir de sua degenerescência, escolhem arruinar-se [...]”.²⁹ Féré foi o autor a obra *Degenerescência e criminalidade* [*Dégénérescence et criminalité*] cuja leitura influenciou Nietzsche na redação de *Crepúsculo dos ídolos*.³⁰ De igual maneira, destacamos a leitura da teoria do criminoso insano e, portanto, irresponsável pelos seus atos, de autoria do médico inglês Sir Francis Galton (1822-1911), primo de Darwin, e, possivelmente, a leitura da teoria do criminoso nato, fruto de um atavismo, conforme obra e artigos do médico italiano Césare Lombroso (1836-1909).³¹

²⁹ MONTINARI, Mazzino, *Ler Nietzsche: O Crepúsculo dos Ídolos* in Cadernos Nietzsche 3, Departamento de Filosofia da USP, São Paulo, p. 77-91, 1997.

³⁰ CHAVES, Ernani. Cadernos Nietzsche 3, p. 65-76, 1997.

³¹ Ver Anexo B.

O que esses juristas, cientistas e escritores possuem em comum é que todos foram muito influenciados, cada um a seu modo, pelas teorias evolucionistas então emergentes, e que trouxeram à tona a necessidade de se repensar a concepção de natureza humana.

Nietzsche não estava alheio a esse momento de transição do direito e as discussões decorrentes. Até mesmo a questão sobre qual seria o direito mais adequado para a Alemanha, foi por ele abordada. É o que nos revela o aforismo 459 de *Humano, demasiado humano*:

*“Necessidade de um direito arbitrário. – Os juristas disputam se num povo deveria prevalecer o direito mais extensamente examinado ou o mais facilmente compreensível. O primeiro, cujo modelo maior é o romano, parece incompreensível para o leigo, não exprimindo o seu sentimento do direito. Os direitos populares, como o germânico, por exemplo, eram toscos, supersticiosos, ilógicos, às vezes tolos, mas correspondiam a costumes e sentimentos bem determinados, herdados, nativos. – Mas onde o direito não é mais tradição, como entre nós, ele só pode ser comando, coerção, nenhum de nós possui mais um sentimento tradicional do direito, por isso, temos de nos contentar com direitos arbitrários, que são a expressão da necessidade de haver um direito. O mais lógico é então o mais aceitável, porque o mais imparcial: mesmo admitindo que em todo caso a menor unidade da medida, na relação entre delito e punição, é arbitrariamente fixada.”*³²

O aforismo demonstra que enquanto filósofo, Nietzsche acompanhou os embates entre a escola clássica do direito e a escola histórica do direito, assim como os embates entre os juristas alemães, sustentando a tese da coerção na norma jurídica.³³ Nietzsche também acompanhou os embates entre a escola clássica do direito penal com a escola positivista do direito penal, assim como estudou vários institutos do direito moderno, comparou direitos primitivos, e efetuou pesquisas genealógicas e uma genealogia do direito, mas não em

³² MAI/HDH, 459.

³³ *Humano demasiado humano* foi escrita em 1876 enquanto que *A finalidade do direito*, obra de Rudolf von Ihering, só veio a ser publicada em 1887.

fundamentações metafísicas e abstratas, mas sim na pré-história e na própria história do homem, com vistas a uma pós-história da humanidade.³⁴

Enquanto professor de filologia clássica, Nietzsche conheceu a fundo o direito mitológico, o direito greco-romano e o direito judaico-cristão. Em outras palavras, teoricamente, Nietzsche conheceu as origens do direito presente nas duas correntes que se encontram na base da cultura ocidental.

Tendo nascido na Prússia, no ano de 1844, é fato que Nietzsche cresceu assistindo os mandos e desmandos do primeiro chanceler Bismarck. Viu nascer o segundo Reich que se estabelecia na Alemanha, tendo inclusive participado voluntariamente para cuidar dos feridos na guerra contra a França em 1870.

Não deve ter sido fácil para Nietzsche, “o último dos estóicos”,³⁵ como chegou a se chamar, denominação esta entendida para além do âmbito da integridade intelectual, mas também para o âmbito da política, viver na mesma época do chanceler alemão. Conforme salientou Stern, em sua obra intitulada *As idéias de Nietzsche*, Nietzsche

“[...] chegou a considerar a fundação do Segundo Reich em 1871 um desastre completo, só regressou à Alemanha quando sua obra estava realizada e sua mente se apagara.[...]”³⁶

Se uma comparação nos é permitida, assim como Atenas “conseguiu gerar o lúcido cronista da sua própria ruína”,³⁷ Tucídides, do exílio Nietzsche também narrou a ruína de um

³⁴ Segundo Deleuze, em interpretação que acompanhamos, mas que não é um consenso entre os intérpretes, para Nietzsche, é na pré-história da humanidade que encontramos a inscrição social da norma no homem. Trata-se do processo denominado por Nietzsche como eticidade dos costumes (*Sittlichkeit der Sitte*). Na filosofia nietzscheana, a cultura ocidental é apresentada como um fenômeno que possui suas raízes naqueles tempos primevos, quando o animal-homem começa a ser adestrado. No decorrer da nossa história, com a proliferação das organizações instituídas, Nietzsche localiza a incondicionalidade da norma e uma efetiva transformação do homem, que passa a ser responsável por seus atos, inclusive futuros. Essa transformação do animal-homem em homem, não seria possível sem as práticas comerciais e os direitos que emergem delas, incluindo as práticas punitivas. Todo esse estudo do direito aponta para uma pós-história, na qual encontraremos como fruto maduro do processo civilizatório, o indivíduo soberano. DELEUZE, Gilles. *Nietzsche e a filosofia*. Lisboa, Editora Rés, p. 199 e seguintes.

³⁵ JGB/BM, VII 227.

³⁶ STERN, J.P. *As idéias de Nietzsche*. São Paulo: Ed. Cultrix, 1990, p. 2.

³⁷ MANFREDI, Valério Massimo. *Akropolis – a grande epopéia de Atenas*. Rio de Janeiro: Rocco, 2001, p. 145.

direito outrora caracterizado pelas leis e costumes, que tinha o direito romano como mero suplemento, ou em outras palavras, narrou a extinção do espaço de expressão política do homem moderno.

Talvez não por acaso que, após se recuperar das seqüelas da guerra, em 1872, Nietzsche ridicularizou a obra e o patriotismo cego do teólogo e primeiro livre-pensador alemão David Friedrich Strauss (1808-1874).

CAPÍTULO I

A PRIMEIRA EXTEMPORÂNEA E UM LIVRE PENSADOR CHAMADO STRAUSS

Questões relacionadas ao direito e à justiça estão presentes no decorrer de toda a obra filosófica de Nietzsche, são fios condutores privilegiados do pensamento nietzscheano. Para Deleuze, toda a obra de Nietzsche é permeada pelo esforço de responder à pergunta “O que é a justiça?”³⁸ Abordaremos a questão da justiça, contudo de forma subsidiária ao direito.

Para conhecermos o momento do surgimento de uma filosofia do direito na obra nietzscheana precisamos conhecer a tão negligenciada *Primeira consideração extemporânea: David Strauss, o devoto e o escritor*, suas origens, seu surgimento, suas características e suas consequências.

Pelo prisma do direito, essa obra de Nietzsche possui valor único e não se compara com as obras que a antecederam. Foi a partir da leitura da obra *A velha e a nova fé* [*Alte und der neue Glaube*], escrita em 1872 e de autoria do já referido livre-pensador alemão David Friedrich Strauss, que Nietzsche escreve sua *Primeira consideração extemporânea* na qual estabelece uma polêmica com Strauss. Contudo, é justamente através dessa polêmica, que se abre para Nietzsche uma série de questões que se encontrarão presentes no decorrer de toda a sua obra, principalmente questões ligadas ao direito e a filosofia do direito, daí a sua importância.

1.1. Origens da Primeira Extemporânea

A *Primeira consideração extemporânea* não é propriamente uma crítica e tampouco uma crítica espontânea às questões de direito moderno. O referido ensaio, considerado insignificante por boa parte dos estudiosos de Nietzsche,³⁹ é mais do que uma polêmica é um ataque contra David Strauss e possui origem singular.

³⁸ Deleuze, *op.cit.*, p. 31. Nesse mesmo sentido, MELLO, *Nietzsche e a justiça*.

³⁹ PLETSCH, Carl. *Young Nietzsche*. Nova Iorque: The Free Press, 1991, p. 166.

Em 1868 David Strauss teria criticado Richard Wagner por este ter insistido durante anos e persuadido o Rei Ludwig II a demitir Franz Lachner (1803-1890), compositor rival e diretor da orquestra da corte de Munique. Wagner sentiu-se ofendido com a crítica de Strauss.⁴⁰ Quando o livro de Strauss foi publicado em 1872, Wagner encontrou uma oportunidade para vingar-se e, em novembro de 1872, durante uma caminhada em Strasbourg, pediu a Nietzsche que escrevesse um ensaio no qual Strauss não fosse poupado.⁴¹

Na *Primeira consideração extemporânea* Nietzsche abraça a opinião de Richard e Cósima Wagner, que consideraram a obra de Strauss “decepcionantemente superficial”⁴² e reduz as abordagens de Strauss à “conversas do senso comum sobre política”, próprias de jornais.⁴³

Pletsch questiona se Wagner utilizou a pena de Nietzsche, ou este se deixou utilizar por Wagner.⁴⁴ O questionamento de Pletsch possui fundamento. Em carta escrita em 18 de abril de 1873, destinada a Wagner, Nietzsche escreve:

“[...] É verdade que me torno cada dia mais melancólico ao verificar como sou completamente incapaz de contribuir para o seu divertimento e distração [...] Possivelmente, poderei ainda ser capaz de o fazer quando tiver concluído o trabalho que tenho agora em mãos, nomeadamente uma polêmica contra o distinto escritor David Strauss. Acabei exatamente de ler o seu *A velha e a nova fé* e admirei-me tanto pela estupidez e abundância de lugares comuns do escritor, como do pensador [...]”

Pela carta fica claro que Nietzsche tinha a intenção de agradar Wagner. Por outro lado é bem possível que Nietzsche tenha achado que esta era uma boa oportunidade para adentrar de vez no cenário cultural alemão. Sua obra anterior *A origem da tragédia* havia causado grandes celeumas, mas restritas ao círculo acadêmico da filologia clássica.

⁴⁰ JANZ, Curt Paul, *Friedrich Nietzsche*. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1985, Vol. II, p. 210.

⁴¹ Em sua obra intitulada *Nietzsche & Wagner*, uma lição sobre subjugação, Köhler aborda o relacionamento reverencial que Nietzsche possuía por Wagner, até sua final ruptura. KÖHLER, Joachim. *Nietzsche & Wagner – A Lesson in Subjugation*. New Haven: Yale University Press, 1998, 93 a 97.

⁴² Janz, 1987, Vol. II, p. 210.

⁴³ DS/Co. Ext. I, 8 e 9.

⁴⁴ Conforme Pletsch, 1991, p. 166.

Assim, a pedido de Wagner, para agradá-lo, ou para adentrar no cenário cultural alemão, “ou simplesmente para tomar consciência da própria força”⁴⁵ na *Primeira Extemporânea* Nietzsche ataca não somente a obra, mas a própria pessoa de David Strauss e o faz de várias maneiras. Nietzsche chama Strauss de velho, de “filisteu da cultura” por causa de sua cômoda defesa pelo gosto popular em artes entre os alemães,⁴⁶ critica o estilo simplório da redação,⁴⁷ efetua correções conceituais como por exemplo a concepção errônea, mas corrente na época, de que o darwinismo implicaria uma grande lei evolutiva e progressista e critica a sua proposta de um novo evangelho.

No âmbito do direito, Nietzsche escreve de forma superficial e jocosa:

“[...] Quando ouvimos Strauss falar sobre os problemas da vida – seja o problema do casamento, ou da guerra, ou da pena capital – nós ficamos horrorizados com sua total falta de qualquer experiência ou de qualquer visão própria sobre a natureza do homem [...]”⁴⁸

Na parte final da *Primeira consideração extemporânea*, Nietzsche aponta cerca de setenta erros de linguagem cometidos por Strauss que morreu pouco tempo após a publicação do ataque nietzscheano. Foi comentado na ocasião que a crítica de Nietzsche teria abreviado a vida de David Strauss. Em carta do dia 11 de fevereiro de 1874, endereçada ao seu amigo Carl von Gersdorff, Nietzsche escreveu:

“[...] Ontem David Strauss foi enterrado em Ludwigsburg. Espero muito que eu não tenha agravado o fim de sua vida e que ele tenha morrido sem saber de mim [...]”⁴⁹

Não foi o caso. Strauss não só leu o ensaio como morreu sem entender o motivo de um ataque pessoal tão feroz e aparentemente gratuito, mesmo porque, oriundo de um jovem desconhecido.⁵⁰

⁴⁵ MAI/HDH, VI, 317.

⁴⁶ Nietzsche chama Strauss de “filisteu da cultura” [*Bildungsphilister*] durante toda a obra. Segundo Nietzsche, a partir de então, a expressão e o conceito “filisteu da cultura” passaram a integrar a língua e o pensamento alemães. EH/EH, As extemporâneas, 2.

⁴⁷ DS/Co. Ext. I, 10.

⁴⁸ DS/Co. Ext. I, 8.

⁴⁹ Apud, Kaufmann, 1974, p. 135.

⁵⁰ Pletsch, 1991, p. 166/167.

Posteriormente, ao interpretar sua vida na autobiografia intitulada *Ecce homo*, Nietzsche narra que a Primeira *consideração extemporânea* foi um ataque bem sucedido, seja pelo alvo escolhido, o primeiro livre-pensador alemão, seja método escolhido, o ataque, seja pelos seus efeitos. Nas palavras de Nietzsche:

“[...] No fundo, eu havia posto em prática uma máxima de Stendhal: ele aconselhava a fazer a entrada na sociedade com um *duelo*. E como eu havia escolhido o meu adversário! O primeiro livre-pensador alemão!...De fato, uma forma inteiramente *nova* de livre-pensar encontrava expressão por vez primeira: até hoje nada me é mais alheio e distante do que toda a espécie européia e americana de “*libres penseurs*”. Com eles, incorrigíveis mentecaptos e bufões das “idéias modernas”, encontro-me mesmo em mais profunda divergência do que com seus adversários [...]”.⁵¹

Na mesma obra, Nietzsche reconheceu que foi um atentado com “êxito extraordinário”, que o “barulho que provocou foi esplêndido em todos os sentidos”⁵² e que a partir de então seu nome passou a ser reconhecido e respeitado no *Reich*. Se Nietzsche realmente queria adentrar mais profundamente no cenário cultural da Alemanha da segunda metade do século XIX, de fato conseguiu.

Como se não bastassem os comentários feitos em *Ecce Homo*, em outra obra do final de sua terceira fase, intitulada *Crepúsculo dos ídolos*, Nietzsche voltou a atacar Strauss :

“[...] o homem que se transformou no autor de um evangelho de cervejaria [*Bierbank-Evangeliuns*] e de uma “nova crença”... Não à toa fez ele seu elogio à “amada loura” em versos. – Fiel até a morte.”⁵³

Não é a série de argumentos *ad hominem* encontrados ao longo de quinze anos da obra filosófica de Nietzsche, isto é, de 1873 a 1888, que mais nos chamou a atenção, mas sim o fato de que os mesmos temas relacionados ao direito e abordados por Strauss em *A velha e a nova fé* estão presentes em praticamente toda a trajetória do pensamento

⁵¹ EH/EH, As extemporâneas, 1.

⁵² EH/EH, As extemporâneas, 1 e 2.

⁵³ GD/CI, O que falta aos alemães, 2.

nietzscheano, o que nos sugere uma influência de longo termo ou mesmo uma interlocução velada.

Portanto, a crítica aos temas expostos na obra de Strauss não se reduz à *Consideração extemporânea I*, mas nela encontramos a primeira manifestação expressa e pública, ainda que muito superficial, de Nietzsche sobre temas do direito enquanto ciência.

Esses temas encontram-se presentes nas duas últimas partes de *A velha e a nova fé*. Strauss abordou questões diretamente ligadas ao direito e à filosofia do direito e *dentre* elas destacamos: a) a natureza humana; b) a história da criminologia; c) o perfil do criminoso; d) a economia das penas; e) a pena de morte e a sua aplicação a Miguel Servet por Calvino;⁵⁴ f) o patriotismo; g) a origem do Estado; h) a origem e os fundamentos da moral.⁵⁵ O que nos chama demais a atenção, conforme já exposto, é que esses mesmos temas estarão presentes no decorrer de toda a obra nietzscheana.

1.2. Strauss e Nietzsche - convergências e divergências

A polêmica que Nietzsche trava com Strauss apresenta diversas convergências e, necessariamente, divergências. Não devem ser entendidas como meras coincidências, uma vez que Strauss exerceu uma série de influências que podem ser detectadas tanto na obra como na própria vida de Nietzsche.

Em 1835 David Friedrich Strauss já havia publicado a celebrada⁵⁶ obra *A vida de Jesus criticamente examinada*, na qual expôs inconsistências e contradições existentes nos Evangelhos. O referido livro custou-lhe o posto de professor na Universidade de Tübingen, assim como um convite para lecionar teologia na Universidade de Zürich.

Segundo Kaufmann, a leitura de *A vida de Jesus criticamente examinada* serviu de catalisador para que Nietzsche deixasse de lado o cristianismo, em 1865, e abraçasse a

⁵⁴ STRAUSS, David Friedrich. *The old faith & the new*. Nova Iorque e Oxford, Inglaterra: Westminster College-Oxford: Classics in the Study of Religion. Amherst, 1997, Vol. I, p. 15.

⁵⁵ Idem, II, p. 110/112.

⁵⁶ Kaufmann, 1974, p. 135.

filologia.⁵⁷ Nesse mesmo sentido, o biógrafo Janz nos relata que foi justamente após a leitura dessa obra de Strauss que Nietzsche deixou de lado a teologia, rompendo com a tradição familiar, inclusive passando a criticar o cristianismo com sua mãe e irmã.⁵⁸ Quase quarenta anos depois, em 1872, aos 64 anos de idade, David Strauss publica *A velha e a nova fé*, obra na qual rejeita a noção de Deus enquanto criador do universo e do homem, assim como reitera a sua rejeição na crença na divindade de Jesus Cristo e nos milagres, crenças estas que caracterizariam a antiga fé.

Tendo desconstruído a cosmologia cristã, Strauss constrói uma nova visão do universo e da humanidade, visão esta fundamentada na ciência da época, em uma interpretação singular do evolucionismo darwinista e na razão indutiva, sendo esta a nova fé, e isto com o propósito de encontrar soluções para os verdadeiros problemas humanos. Apesar dos temas abordados serem polêmicos, como o próprio Strauss reconheceu no Posfácio transformado em Prefácio a partir da quarta edição, o livro foi bem acolhido e celebrado. Em apenas seis meses já estava na sua sexta edição.

No prólogo de sua obra, dividida em dois livros, David Strauss deixa claro que esta é mais uma confissão de suas crenças religiosas, morais e políticas, sem querer com isso perturbar aqueles que encontram paz e felicidade na fé cristã.

Strauss inicia a primeira parte de sua obra com três perguntas fundamentais, cada uma delas desenvolvida em um capítulo próprio. No primeiro capítulo, Strauss questiona se “Ainda somos cristãos?” Para Strauss uma boa parte das narrativas dos Evangelhos são mitos baseados em expectativas oriundas do Antigo Testamento e motivadas por um desejo dos cristãos em representar Jesus de modo algum inferior a Moisés.

De igual forma, no decorrer de sua obra, Nietzsche também questionou se ainda éramos cristãos e em *O anticristo* chegou à conclusão de que o único cristão morreria na cruz – sem querer com isso, tirar a fé dos pequeninos. Para Nietzsche, os Evangelhos não podem ser objeto de uma historiografia crítica, não podem sequer ser objeto de um estudo filológico. Devem ser acatados como livros de fé, ou não.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Janz, 1987, Vol. I, p. 128.

Naquele mesmo capítulo, Strauss aborda o budismo e as rígidas castas hindus em comparação com a tradição judaica-cristã,⁵⁹ além de aplicar o método da historiografia crítica para analisar a vinda Jesus e responder à pergunta inicialmente proposta. Diante de uma conclusão negativa, isto é, de que não somos mais cristãos, David Strauss passa para o segundo capítulo de sua obra, que procura responder a seguinte pergunta: “Ainda temos uma religião?”

De igual maneira, Nietzsche também aplica o método comparativo ao abordar o judaísmo, o cristianismo e o budismo em *Crepúsculo dos ídolos* e *O anticristo*. Para a pergunta se ainda temos uma religião, a resposta nietzscheana é negativa. Nietzsche é aquele que em praça pública anunciou a morte de Deus.⁶⁰

No segundo capítulo da obra de Strauss, a principal questão é a noção de Deus. Tomando o politeísmo como expressão religiosa original e destacando que o monoteísmo, em sua manifestação popular, apareceu inicialmente entre os judeus e “a fundação de escolas e sistemas”⁶¹ dos filósofos gregos. Strauss apresenta a seguinte síntese:

“[...] Podemos dizer que nós herdamos do Antigo Testamento o Deus-Senhor, do Novo o Deus-Pai, mas da filosofia grega o Deus-cabeça, ou o absoluto[...]”⁶²

Strauss evita a concepção aristotélica-tomista da causa primeira, uma vez que esta incorre em uma redução ao absurdo, não possibilitando sequer demonstrar a existência de um Criador inteligente ou mesmo de uma simples causa primeira. Por essas razões, Strauss nos remete a uma concepção para além dos limites do Cosmos, no qual encontra “não uma deidade, mas um cosmos auto centrado, imutável, cercado pela eterna mudança das coisas.”⁶³

Se Strauss propõe uma cosmologia auto-centrada, Nietzsche já havia constatado “quão lamentável, quão fantasmagórico e fugaz, quão sem finalidade e gratuito fica o

⁵⁹ Strauss, I, 1997, 23 e 25.

⁶⁰ FW/GC, V, 343 e Za/ZA, Pr. 2.

⁶¹ Strauss, I, Cap. 33.

⁶² Strauss, I, 1997, 34.

⁶³ Strauss, I, 1997, p. 36.

universo humano dentro da natureza.[...]”⁶⁴ ou seja, a contingência do universo e a contingência do próprio ser humano dentro dele.

Strauss também abordou a questão da imortalidade da alma e tenta explicá-la de duas maneiras: a) no fato de os homens perceberem que todas as criaturas ao seu redor sucumbirão à morte e; b) no fato de que o sobrevivente retém uma imagem daquele que se foi:

“[...] A imagem do marido ou da criança, do amigo ou do companheiro que se foi, mas do inimigo causador de problemas também, que continua vivo nos que sobrevivem, que levitam sobre ele em suas horas de solidão, e o encontra com uma realidade enganadora em seus sonhos.”⁶⁵

Nietzsche efetuou a gênese do sentimento religioso e chegou a conclusões muito próximas de Strauss, inclusive utilizando o mesmo argumento do sonho, tanto em *Aurora* como em *Genealogia da moral*, daí pensarmos em uma influência a longo termo. Na gênese desse sentimento, Nietzsche também encontra erros de causalidade do homem primitivo e a figura do ancestral morto, de onde teria origem a crença de uma vida após a morte.

Ainda que a concepção de Deus seja oriunda de transformações históricas e que a noção de imortalidade decorra de erros de causalidade, Strauss, conclui que “Religião, para nós não é o que foi para os nossos pais; o que não significa que esteja extinta dentro de nós.”

⁶⁶ Emerge, dessa conclusão, sua proposta cosmológica

É na segunda parte de seu livro que Strauss aborda a questão da natureza humana e sustenta que esta é sensual, da mesma maneira que aborda a origem animal do homem. Por estas razões, esse animal deve tornar-se humano:

⁶⁴ WL/VM, 1º.

⁶⁵ Strauss, I, 1997, p.36.

⁶⁶ Strauss, I, 1997, 41.

“[...] É somente quando ele deduz um princípio de suas experiências, concebendo-a como uma idéia, e regulando suas ações de acordo com ela, que ele se alça para a altura da humanidade [...]”⁶⁷

Strauss chega a conceber os efeitos que o castigo aplicado produz na memória do homem, como uma forma de domesticação dos homens brutos, “como um cachorro bem treinado”.⁶⁸ Na mesma seqüência, Strauss conclui que “Só foi com o auxílio do homem que o homem tem conseguido se levantar acima da natureza.” Strauss sustenta que mesmo assim o homem pode se desenvolver ainda mais e que “os princípios morais assim adquiridos deveriam se tornar em uma segunda natureza humana”.⁶⁹

Assim como Strauss e muitos outros pensadores, entre eles, os juristas já mencionados, Nietzsche também afastou uma concepção puramente racional da natureza humana, pois também concebia o homem como descendente do animal, do animal-homem. No decorrer de sua obra Nietzsche deixa claro que o animal-homem transformou-se em homem através de um longo trabalho empreendido consigo mesmo, de forma instintiva, sem nenhuma idéia pré-concebida, isto é, sem nenhuma noção teleológica. Nietzsche também fala de uma domesticação do homem, do início de uma segunda-natureza,⁷⁰ assim como também propõe uma superação do homem, mas não concorda com a acomodação do homem, tal como previa Strauss e este é um ponto de divergência crucial entre ambos. Para Nietzsche houve um efetivo adestramento e “*domesticação da besta humana*” o que não implica em uma melhora do homem. “Chamar a domesticação de um animal seu “melhoramento” soa, para nós, quase como uma piada.”⁷¹ Daí a importância do direito no pensamento nietzscheano, uma vez que todo esse processo de domesticação ocorreu através de leis coercitivas, sanções, punições, castigos, enfim, através da violência.

E se a concepção nietzscheana converge com o pensamento de Strauss quanto à necessidade de o homem transcender a si mesmo, de alterar a sua própria natureza, essa transcendência, tal como concebida por Nietzsche diverge radicalmente daquela concebida

⁶⁷ Strauss, II, 1997, 72.

⁶⁸ Idem, ibidem.

⁶⁹ Idem, Ibidem.

⁷⁰ GM/GM, II e GD/CI, Moral como contranatureza.

⁷¹ GD/CI, Os “melhoradores da humanidade, 2.

por Strauss, pois este concebe um homem ainda mais domesticado e subjugado a um patriotismo incondicional. Nietzsche, que sequer se considera “alemão o bastante” e sim “um bom europeu”⁷² não pretende domesticar o homem ainda mais do que já foi.⁷³ Essa transcendência deve ocorrer a partir da noção de indivíduo soberano, conforme já exposto, e também com o auxílio do direito, mais um direito de uma outra ordem.

Conforme já exposto, em seu livro Strauss abordou questões relativas à ciência do direito. É fato que Strauss queria imprimir nessa obra uma linguagem menos acadêmica e que para sustentar a sua posição favorável à pena de morte em casos de assassinatos premeditados, chegou a comentar uma notícia de jornal, transcrevendo-a em parte. A notícia narrava um latrocínio ocorrido em 1869, nas termas de Reuchthal. Um dos assassinos, um sapateiro, chegou a ser preso e confessou que o crime fora premeditado. Confessou que ele e um companheiro foram às termas de Reuchthal predeterminados “[...] a matar e roubar a primeira pessoa que encontrassem, que presumivelmente tivesse dinheiro[...]”⁷⁴ Após a confissão, o assassino foi julgado e condenado, contudo foi perdoado pelo Granduque de Baden. Com muito tato, Strauss critica o Granduque, por ter concedido o indulto a um latrocida, por ter agido apenas com o coração, sem pensar nas conseqüências que tal ato poderia causar à sociedade.

Strauss acrescenta ser conhecedor de que naquele exato momento, impulsionados pela “opinião pública”, advogados se reuniam em congressos com a intenção de abolir a pena capital, contudo, contra argumenta que esta não é uma questão para advogados, mas sim “para legisladores”.⁷⁵ Neste ponto Strauss ratifica um dos principais dogmas da filosofia do direito iluminista, qual seja, o dogma da onipotência do legislador. Se por um lado Strauss se contenta com o fato de seu chefe de Estado ser favorável à pena de morte para crimes desta natureza, por outro lamenta o poder de perdão que o Granduque detém.

Por esse viés, observamos que a crítica de Strauss apenas antecede uma das principais características que a filosofia do direito viria a desenvolver na modernidade: um

⁷² GB/BM, Prólogo.

⁷³ GD/CI, Os “melhoradores” da humanidade.

⁷⁴ Strauss, I, 1997, p. 32.

⁷⁵ Strauss, 1997, p. 113/115.

questionamento mais próximo do opinativo sobre a aplicação das normas e das penas jurídicas, ao lado de interpretações hermenêuticas, o que não é absolutamente o caso.

Para Nietzsche a crítica de Strauss sequer arranha a superfície da questão: se o latrocida já saiu predisposto a matar, o roubar é um mero pretexto. A questão foi aprofundada no decorrer de toda a obra de Nietzsche, de *Humano, demasiado humano* até *Crepúsculo dos ídolos*, conforme se verá.

Próximo a Bismarck, Strauss apresenta seu entendimento de que as questões do Estado e mesmo as questões individuais não devem sofrer qualquer tipo de influência ou interferência por parte da Igreja.⁷⁶ Em sua obra, Strauss faz uma analogia de sua própria posição enquanto livre-pensador, sustentando que com relação à Igreja, mantém a mesma postura que Diógenes da Lanterna, o cínico, manteve diante de Alexandre da Macedônia: impassível, sem deixar-se alterar pela figura do conquistador.

Escrita logo após a guerra franco-prussiana, Strauss dá à sua obra uma dimensão patriótica sem se dar conta da contradição que a sua analogia encerra.⁷⁷ A analogia de Strauss não toma Diógenes como símbolo de liberdade política perante o conquistador da cidade-estado Atenas. Tampouco toma Diógenes como aquele que encarnou a liberdade irrestrita de expressão, de pensamento, de crença e de ação, ou mesmo como arauto do homem sem Deus, como fez Nietzsche.⁷⁸ O inimigo de Strauss é a Igreja, o “Estado dentro do Estado”, na fala de Bismarck.⁷⁹ Se a analogia de Strauss ignora a influência da Igreja sobre as questões de Estado e sobre a liberdade individual, por outro lado fortalece um patriotismo cego que ratifica o poder do Estado, que através de normas jurídicas e coercitivas, acaba por controlar o comportamento do indivíduo, solapando a liberdade individual.

Com a Reforma luterana, a Igreja já não possuía a mesma força e interferência sobre o indivíduo e as questões de Estado. Como se isso não fosse o suficiente, Bismarck

⁷⁶ Idem, p. 115/116.

⁷⁷ Ibidem, p. 78

⁷⁸ FW/GC, III, 125. Nesse sentido TÜRCKE, Christoph. *O Louco, Nietzsche e a Mania da Razão*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1993.

⁷⁹ Rose, 1987, p. 63.

desenvolvera um poder muito maior do que o da própria Igreja. Para Nietzsche, que havia servido na guerra da Prússia contra a França, o patriotismo cego de Strauss é de uma ingenuidade sem igual, pois se alegra por estar livre de uma subjugação, mas não se dá conta de que se encontra subjugado por uma outra ainda mais forte, ainda pior: o Estado. Não é por menos que a *Primeira consideração extemporânea* de Nietzsche tem início com um parágrafo que é quase uma advertência:

“[...] A opinião pública na Alemanha parece quase proibir discussões sobre o mal e os riscos das consequências de uma guerra e, especificamente, de uma que terminou vitoriosamente: haverá, portanto mais do que um ouvido para aqueles escritores que não conhecem uma opinião mais importante do que essa opinião pública e por isso competem com esforço para elogiar a guerra e seguir com júbilo os poderosos fenômenos que essa influenciou na moralidade, na cultura e na arte [...]”⁸⁰

Se de início esse primeiro parágrafo soa como uma advertência, com uma alusão indireta a David Strauss, logo em seguida Nietzsche aponta o seu temor no que se refere aos efeitos que podem decorrer da vitória da Prússia sobre a França, entre estes a perda de um espírito alemão por uma ilusão da força decorrente de um império alemão:

“[...] Esta ilusão é um tanto quanto perniciosa: não tanto porque é uma ilusão – de fato existem erros saudáveis e benéficos – mas é porque é capaz de transformar a nossa vitória em total derrota: *em uma derrota, mais do que isso, em uma extirpação do espírito alemão a favor do império alemão.*[...]”⁸¹

A preocupação de Nietzsche com a perda de uma identidade cultural e artística por um Estado coercitivo e em formação é clara. Posteriormente, em fase mais madura, e em termos políticos, Nietzsche parece constatar a perda desse espaço político e chamará o Estado de “o mais frio de todos os monstros frios”, em *Assim falou Zaratustra*.⁸²

⁸⁰ DS/Co. Ext. I, 1.

⁸¹ DS/Co. Ext. I, 1.

⁸² Za/ZA, Do novo ídolo.

Se na *Primeira consideração extemporânea*, Nietzsche ainda não havia desenvolvido a sua concepção de Estado, a partir de *Humano, demasiado humano* e, principalmente, em *Assim falou Zaratustra* e *Genealogia da moral*, seu conceito de Estado parece estar bem claro: se no início é o homem quem doma o Estado, num segundo momento é o Estado que doma o homem e o faz através dos meios mais cruéis e perversos:

“[...] o Estado mente em todas as línguas do bem e do mal; e qualquer coisa que diga, mente – e, qualquer coisa que possua, rouba-a”.⁸³

Na relação homem-Estado encontramos uma diferença essencial entre o pensamento de ambos, isto é, de Nietzsche e Strauss. O patriotismo de Strauss, não se encontra em Nietzsche, conforme já exposto. Esta comparação se revela pertinente pois é no seio do Estado que as leis e o direito emergem.

Outras convergências podem ser encontradas. Strauss sustenta a existência de vários tipos de moral, ainda que essas diferenças sejam oriundas de fatores externos e que o embate e a subjugação entre as diversas raças humanas constituem a própria história da humanidade. Como exemplo, destacamos a passagem em que Strauss deixa de lado qualquer leitura eivada de valoração moral e sustenta que Alexandre, Atilla, César e Napoleão “foram agentes da história do mundo”⁸⁴ e que o desenvolvimento da humanidade assim como o progresso da civilização se deu graças a essas intervenções, manifestadas através das guerras.

Nietzsche também sustenta a existência de vários tipos de moral e de duas tipologias básicas, já em *Humano, demasiado humano*, o que aproxima o seu pensamento com o de Strauss, assim como encontra na guerra e em personagens históricos, como Júlio César e Napoleão Bonaparte, exemplos de homens que alteraram a face do mundo, sendo este último uma “síntese de *inumano* e *sobre-humano*.”⁸⁵

⁸³ Idem.

⁸⁴ Ibidem, p. 73.

⁸⁵ GM/GM, II, 16. No mesmo sentido, GD/CI, Incursões de um extemporâneo, 45.

Na terceira fase de sua obra, notadamente em *Genealogia da moral*, Nietzsche também enfatiza a existência de vários tipos de moral, mas sustenta que essas diferenças são oriundas de fatores internos. Se Nietzsche concorda com Strauss que a trajetória da civilização humana se deu através da guerra, o que não é uma concepção exclusiva a ambos, diverge do livre-pensador no que se refere ao fator preponderante nesse processo de subjugação entre povos e raças: para Nietzsche existe uma dupla tipologia humana cujo diferencial básico é a manifestação da vontade de poder, conforme veremos adiante. Portanto, o diferencial é interno e não externo ao homem.

Outras características e concepções aproximam o pensamento de Nietzsche com o pensamento de Strauss: a aplicação do método da historiografia crítica; o afastamento de qualquer abordagem teológica e teleológica quanto aos fenômenos humanos, inclusive os temas ligados ao direito. Contudo, para Nietzsche, uma crítica das questões ligadas ao direito não pode se resumir a “conversas sobre política tiradas de jornais e do lugar comum”, principalmente no que se refere a questões como a pena de morte.⁸⁶ De igual maneira uma crítica filosófica não pode ficar confinada aos ideais oriundos do iluminismo ou de qualquer outra escola filosófica, tampouco em concepções errôneas do evolucionismo, como fez Strauss. Para Nietzsche, uma crítica do direito positivo moderno implica, necessariamente, em uma pesquisa genealógica, muito aquém das conhecidas origens da filosofia dogmática do direito, tal como proposto por Platão e Aristóteles.

Devemos levar em conta, assim como Nietzsche, que esse direito moderno, sistematizado, positivado e codificado é bem diferente do direito escrito que caracterizou as Leis de Sólon, ou o direito escrito pelos romanos, das Institutas de Justiniano ou do Digesto dos jurisconsultos. O direito escrito da antiguidade eram referências aplicáveis em favor dos iguais entre si. Em outras palavras, o direito grego favorecia os cidadãos gregos, da mesma forma que o direito romano favorecia o cidadão romano. O direito escrito da antiguidade tratava os desiguais de forma desigual, enquanto que o direito moderno, que tudo e a todos iguala e que nada mais deixa a ser discutido, eis que é um conjunto de normas jurídicas, isto é, de normas postas e aplicadas pelo Estado, deve ser objeto de uma crítica filosófica ainda mais radical, na qual a própria historiografia crítica será apenas uma ferramenta.

⁸⁶ DS/Co. Ext. I, 9

Se na *Primeira consideração extemporânea*, Nietzsche aborda o livro de Strauss de maneira satírica, chamando-o de “filisteu da cultura”,⁸⁷ de “chefe dos filisteus”,⁸⁸ de “arauto de um novo evangelho,”⁸⁹ e apontando os erros gramaticais existentes em *A velha e a nova fé*, passando por alto sobre as questões ligadas ao direito, já para o Nietzsche da segunda fase, a perspectiva muda e uma crítica das questões já indicadas, próprias do direito moderno, passam a ser enfocadas pelo viés de uma pesquisa genealógica.

Na terceira fase do pensamento nietzscheano, com a superação da historiografia crítica e da própria pesquisa genealógica, pelo advento do método genealógico nietzscheano, e com o surgimento de novos conceitos, entre eles “vontade de poder” (*Wille zur Macht*) Nietzsche passa a rastrear a pré-história e a história do homem, tendo em vista a superação deste.

Assim, entre influências, convergências de temas e divergências de enfoques, Strauss é tido como o primeiro livre-pensador alemão, enquanto que Nietzsche se situa como um “espírito livre, *muito* livre” que nem “alemão o bastante” é.⁹⁰ Dessa maneira, se Strauss aborda questões ligadas ao direito de forma opinativa, Nietzsche aborda essas mesmas questões, mas de forma filosófica.

Por outro ângulo, Strauss também pode ser visto como símbolo dos livre-pensadores, categoria de ataques constantes e freqüentes no decorrer da obra nietzscheana.

1.3. Método genealógico

Dentro do pensamento nietzscheano a genealogia do direito está diretamente ligada à genealogia da moral, da razão e do próprio sentimento religioso. A genealogia, neste âmbito de pesquisa, se caracteriza pela busca das possíveis origens do direito, de seus possíveis efeitos no homem e na sociedade, de suas transformações ao longo da história e de sua possível aplicação na pós-história da humanidade.

⁸⁷ DS/Co. Ext. I, 2.

⁸⁸ DS/Co. Ext. I, 6.

⁸⁹ DS/Co. Ext. I, 8.

⁹⁰ GB/BM, Prólogo.

O método genealógico se torna mais claro na obra *Genealogia da moral – um escrito polêmico em adendo a “Para além do bem e do mal como complemento e ilustração”*, redigida na segunda quinzena de junho de 1886. Fruto de um período privilegiado do pensamento nietzscheano, *Genealogia da Moral* é tomada por muitos estudiosos da moral como uma obra de importância filosófica comparável à *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* de Kant.⁹¹

Na referida obra, Nietzsche inverte a fundamentação metafísica da moral kantiana. Se a partir da noção *a priori* de dever Kant fundamentou a moral e nesta o direito, Nietzsche perfaz uma alteração radical de perspectiva e situa as origens dos primeiros sentimentos morais no direito.

Sem qualquer pretensão dogmática ou de esgotar o tema, Nietzsche procurou atingir aquela que teria sido a primeira manifestação de consciência moral, o "solo onde se originam e se enraízam todos os valores morais" do homem, para daí analisar suas alterações ao longo da história.⁹² O objetivo da genealogia é "percorrer a imensa, longínqua, recôndita região da moral - da moral que realmente houve, que realmente se viveu".⁹³ Trata-se, portanto, de uma busca das primeiras faculdades morais que o homem criou e desenvolveu naqueles tempos primevos, com vistas a compreender a espécie de valoração moral atualmente preponderante na cultura ocidental.

Considerando que mesmo os fenômenos morais mais elevados provêm do mundo imanente, da pré-história da humanidade, Nietzsche afasta as fundamentações metafísicas da moral, que tanto caracterizaram a filosofia ocidental e que tentaram "[...] provar a si mesmo que razão e instinto se dirigem naturalmente a uma meta única, ao bem, a "Deus" [...]" Para Nietzsche, "[...] desde Platão todos os teólogos e filósofos seguem a mesma trilha"⁹⁴ e incorrem no mesmo erro dogmático.

⁹¹ Conforme Kaufmann, 1974.

⁹² GIACÓIA Jr., Oswaldo, *O Grande Experimento: Sobre A oposição entre eticidade (Sittlichkeit) e autonomia em Nietzsche*, in TRANS/Form/Ação Revista de Filosofia, Editora UNESP, 1989, p. 100.

⁹³ GM/GM, Pref., § 7º.

⁹⁴ JGB/BM, V, 191 e conforme Platão, *A República*, I, 353, "b" e *Felino*, 27, "d".

Para Nietzsche existem várias morais, mas para a realização de uma genealogia da moral é necessário efetuar uma comparação de “*muitas morais*”,⁹⁵ tornando possível estabelecer uma relação de valor entre elas, além de evidenciar que não existe apenas uma moral. Mais do que isso, considerando que os sentimentos morais são oriundos do direito primitivo, uma genealogia do direito também se faz necessária. Essa abordagem metodológica, qual seja, a do direito comparado, já estava sendo aplicada pelo jurista Hermann Post.⁹⁶

1.4. Sentido histórico

O método genealógico voltado para o direito primitivo e para o estudo dos costumes do homem pré-histórico, encontra apoio da historiografia crítica e no sentido histórico, este entendido por Nietzsche como sendo:

"[...] a capacidade de perceber rapidamente a hierarquia de valoração segundo as quais um povo, uma sociedade, um homem viveu, o "instinto divinatório" para as relações entre essas valorações, para relacionamento de autoridades dos valores com as autoridades das forças atuantes... e na medida em que a parte mais considerável da cultura foi sempre semibarbárie, "sentido histórico" significa quase que sentido e instinto para tudo, gosto e língua para tudo: no que logo se revela o seu caráter *não nobre*".⁹⁷

A genealogia nietzscheana afasta-se da história monumental e da história tradicionalista⁹⁸, do mesmo modo, não pode ser compreendida como "história mundial". Mesmo porque, esse segmento da existência humana "ridiculamente pequeno" denominado a "história mundial", não se compara com o período que o antecedeu, aquele que é "realmente principal e decisivo", o qual, segundo a hipótese nietzscheana, teria determinado "o caráter da humanidade".⁹⁹

⁹⁵ JCB/BM, V, 186.

⁹⁶ Conforme Anexo B.

⁹⁷ JCB/BM, VI, 224.

⁹⁸ Conf. Marton, 1990, p. 76.

⁹⁹ M/A, I, 18.

Enquanto ciência que auxilia o método genealógico, a história não pode ser considerada o relato de um modelo moral a ser seguido, ou mesmo como um relato preciso e uniforme. Nietzsche se opõe a concepções lineares e teleológicas da história, dos valores e das instituições¹⁰⁰. No entanto, a historiografia crítica pode emprestar conceitos e princípios à genealogia, devendo-se permanecer atento ao seu mais importante princípio:

"[...] não há princípio mais importante para toda ciência histórica do que este, que com tanto esforço se conquistou, mas que *deveria* estar realmente conquistado - o de que a 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*; de que algo existente, que de algum modo chegou a se realizar, é sempre reinterpretado 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, no qual o "sentido" e a "finalidade" anteriores são necessariamente obscurecidos ou obliterados"¹⁰¹

Por conseguinte, Nietzsche constata que a principal função do historiador é a crítica permanente e aqui a aproximação com a historiografia crítica de Strauss é inevitável.¹⁰² Mas ainda que a historiografia crítica empreste algum de seus princípios à genealogia, desenvolvendo, assim, uma função auxiliar, nem por isso devemos confundir uma com a outra: genealogia não é um método de se fazer história, mas sim um esforço de procurar a história onde ela é menos esperada. A genealogia tem como seu objeto precisamente aquelas instituições e práticas que, como a moralidade, são usualmente pensadas como totalmente isentas de mudanças e desenvolvimento.

A genealogia também tenta mostrar as mudanças pelas quais as instituições e as práticas passaram, como sendo resultantes de um desenvolvimento histórico.¹⁰³ Ao aplicar-se

¹⁰⁰ NEHAMAS, Alexander, *Nietzsche, Life as Literature*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p. 112.

¹⁰¹ GM/GM, II, 12

¹⁰² M/A, I, 1

¹⁰³ Nehamas, 1985, p. 112.

a genealogia o que se encontrará no começo das coisas não é a identidade original preservada e intacta, mas justamente o oposto disto, a discórdia e o disparate.¹⁰⁴

O genealogista não deve, pois, procurar por um ponto exato em que uma determinada instituição, como o direito, teria se originado; também não deve efetuar uma leitura contínua e ininterrupta da história; tampouco buscar uma explicação metafísica para os fenômenos jurídicos; assim como deve evitar explicações teleológicas. O genealogista deve estar preparado, inclusive, para encontrar a história aonde ela é menos esperada, mesmo porque a história não é a pura manifestação da razão, como os iluministas acreditavam., mas sim pura manifestação de forças que se sobrepõem, em outras palavras, manifestações da vontade de poder.

1.5. Vontade de Poder – (Wille zur Macht)

Nietzsche começou a escrever sobre o conceito de Vontade de Poder entre o verão e o outono de 1884¹⁰⁵ mas é no segundo livro de *Assim falou Zaratustra*, que este é apresentado pela primeira vez: “Onde encontrei vida, encontrei vontade de poder”¹⁰⁶ Posteriormente, em *Para além do bem e do mal* Nietzsche volta a afirmar que “vida é precisamente vontade de poder”.¹⁰⁷ Uma vez que Nietzsche efetua uma identificação da vontade de poder com a vida, poderíamos concluir que a vida é o valor absoluto a partir do qual o homem estabelece outros valores. Contudo o homem não pode valorizar a vida, pois não possui uma visão para além da vida.¹⁰⁸ Esse impedimento epistemológico, exposto em *Crepúsculo dos ídolos*, impede que encontremos na vida um valor absoluto. Em fragmento póstumo de 1887-1889, encontramos:

“[...] Tampouco trata-se de uma “vontade de vida”: pois a vida é apenas um caso particular da vontade de poder”¹⁰⁹

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, Cadernos da PUC, Série Letras e Arte, 6/74, 4ª Edição. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1974, p. 10/11.

¹⁰⁵ Conforme fragmento póstumo Kgw = VII – 2, 219 e Ksa= 11.221

¹⁰⁶ Za/ZA, II, 12.

¹⁰⁷ JGB/BM, IX, 259.

¹⁰⁸ Conforme GD/CI, O problema Sócrates 3 e Moral como contranatureza, 5.

¹⁰⁹ Ksw, Vol.III, 14, 121.

Em *Para além do bem e do mal* o conceito também é explanado como sendo um conjunto de forças operantes na raiz de todos os seres vivos, fenômenos, acontecimentos e experiências:

"[...] Supondo, finalmente, que se conseguisse explicar toda a nossa vida instintiva como a elaboração e ramificação de uma forma básica da vontade - a vontade de poder, como é *minha tese* -; supondo que se pudesse reconduzir todas as funções orgânicas a essa vontade de poder, e nela se encontrasse também a solução para o problema da geração e da nutrição - é um só problema, então se obteria o direito de definir *toda* força atuante, inequivocamente, como *vontade de poder*. O mundo visto de dentro, o mundo definido e designado conforme o seu "caráter inteligível" - seria justamente "vontade de poder" e nada mais"¹¹⁰.

Portanto, a vontade de poder não é um pressuposto científico, constatável de forma empírica, que Nietzsche concebeu para explicar o homem, a vida ou o mundo, pelo contrário, a vontade de poder é um conceito filosófico e que somente se revela através de seus efeitos na vida e no mundo. Nesse mesmo sentido destacamos o fragmento de junho/julho de 1885:

"E vocês sabem o que "o mundo" é para mim? Deveria demonstrá-lo a vocês através do meu espelho? Este mundo: um monstro de força, sem começo, sem fim; uma força de magnitude, firme como ferro, que não aumenta ou diminui, que não se expande mas apenas se transforma [...] *Este mundo é vontade de poder - e nada mais!* E mesmo vocês são esta vontade de poder - e nada mais!".¹¹¹

Ambos os aforismos ressaltam um jogo de forças inerente à própria vontade de poder, assim como sua dimensão plástica e artística que se manifesta no homem. Estadistas, artistas, padres, camponeses, banqueiros, todos tratam de impor a sua vontade de poder,

¹¹⁰ JGB/BM, II, 36.

¹¹¹ Kgw, VII-3.338; Ksa, II, 610.

inclusive sobre os demais seres humanos. Até mesmo naqueles que são subordinados por outros, a vontade de poder se manifesta, ainda que de forma reativa.

Por uma perspectiva etimológica, na expressão *Wille zur Macht*, o termo *Wille* deve ser entendido como disposição, tendência, impulso e *Macht* deve ser associado ao verbo *machen*, que em alemão fazer, produzir, formar, efetuar, criar.¹¹² A vontade de poder não é só o mais profundo e geral moto do comportamento humano, é também o seu objetivo último: todos os seres lutam para adquirir e aumentar o seu poder. Por conseguinte, a qualidade da vontade de poder é proporcional à sua quantidade. Em *O anticristo* Nietzsche apresenta a seguinte fórmula:

“O que é bom? Tudo aquilo que desperta no homem o sentimento de poder, a vontade de poder, o próprio poder.

O que é mau? Tudo o que nasce da fraqueza.

O que é felicidade? – A sensação de que o poder *cresce*, de que uma resistência foi vencida.

Nenhum contentamento, mas mais poder. *Não* a paz acima de tudo, mas a guerra. *Não* a virtude, mas o valor (no sentido do Renascimento: *virtu*, virtude desprovida de moralismos).”¹¹³

A vontade de poder não é só o mais profundo e geral moto do comportamento humano, é também o seu objetivo último: todos os seres lutam para adquirir e aumentar o seu poder; dado que a qualidade da vontade de poder é proporcional à sua quantidade. Sendo assim, a vontade de poder também nos é apresentada como a *dynamis* do processo de eticidade do costume e do direito primitivo, sendo este o diferencial do pensamento nietzschiano em relação ao direito.

Nas palavras de Giacoia Jr.:

“[...] Direito primitivo e eticidade do costume são abordados por Nietzsche como domínios de concreção da vontade de poder, de maneira que é somente nos situando do ponto de vista da vontade de poder que podemos compreender adequadamente essas duas determinações; inversamente, compreendendo ascendemos a uma inteligência mais clara e abrangente do

¹¹² Marton, 1993, p. 55.

¹¹³ AC/AC, 2.

próprio conceito de vontade de poder – horizonte da filosofia nietzscheana. Reportar a gênese do direito primitivo e da eticidade do costume à instância conceitual da vontade de poder implica uma estratégia teórica de múltiplos efeitos. Isto torna possível, por exemplo, compreender adequadamente o caráter específico do procedimento metodológico da genealogia nietzscheana em sua discussão com estilos de filosofar concorrenciais; permite, além disso, resgatar e trazer à luz uma dimensão artística fundamental do conceito vontade de poder, com base na qual se torna possível colocar em questão a validade de interpretações deste conceito que insistem em inscrevê-lo imediatamente no circuito de categorias sócio-políticas [...]”¹¹⁴

Pela perspectiva da vontade de poder o direito é visto como um conjunto de “forças ativas, plásticas, agressivas”.¹¹⁵

Isto posto, o método genealógico e a própria crítica que Nietzsche faz do direito moderno, principalmente a crítica madura, não será de todo compreendida sem a compreensão de que mesmo o conhecimento, suas apreensões e perspectivas também são manifestações da vontade de poder.

De posse desses conceitos próprios do pensamento nietzscheano, podemos analisar as questões da ciência do direito que foram abordadas por Nietzsche, começando pela segunda fase de seu pensamento, lembrando, mais uma vez, de que são as mesmas questões abordadas por Strauss em *Da velha e da nova fé*.

¹¹⁴ Giacoia Jr., 1989, p. 101.

¹¹⁵ Giacoia Jr., 1989, p. 102.

CAPÍTULO II

QUESTÕES DA CIÊNCIA DO DIREITO ABORDADAS POR NIETZSCHE

Dentre as questões da ciência do direito que foram abordadas por Nietzsche a partir da leitura de Strauss, destacamos: a) a questão do livre arbítrio e o princípio da igualdade dos direitos; b) a natureza do homem criminoso; c) a questão da culpabilidade: o criminoso como um doente e o criminoso como fera domesticada; d) tipos criminosos; e) o julgamento: a visão do julgador e a visão do criminoso; f) os genuínos efeitos das penas; g) Castigo e vingança; h) a escolha pelo suicídio; i) a pena capital – o caso Miguel Servet; j) a teoria da abolição das penas.

Strauss não abordou essas questões e temas, próprios do direito moderno, de forma sistematizada. Tampouco Nietzsche, mas ambos abordaram esses temas. Strauss em seu último livro e Nietzsche no decorrer de sua obra. Apesar dessa convergência existe uma divergência crucial entre o pensamento de ambos, conforme exposto no capítulo anterior: se Strauss abordou essas mesmas questões de forma opinativa, Nietzsche as aborda pelo viés da filosofia, efetuando mais do que uma genealogia do direito moderno, mas uma efetiva desconstrução deste. Portanto, de forma eletiva, abordamos questões ligadas ao direito penal apenas, não só no intuito de demonstrar a ligação que existiu entre o pensamento de ambos os filósofos,¹¹⁶ mas para demonstrar a desconstrução que Nietzsche faz do direito penal moderno, haja vista que as influências da escola clássica do direito penal não ficaram restritas à França e Itália, eis que adentraram em praticamente todos os países do ocidente, inclusive na Alemanha.

2.1. A Escola Clássica do Direito Penal

A escola clássica do direito penal é decorrente dos ideais iluministas, dentre eles os princípios da igualdade, liberdade e fraternidade entre os homens. Combatendo práticas oriundas do direito medieval e influenciado por Montesquieu e Rousseau, o Marquês de Beccaria questiona na obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, os princípios e as práticas do direito penal de seu tempo. Em sua obra Beccaria atestou que

¹¹⁶ Fazemos aqui referência ao capítulo anterior.

"[...] Ninguém se levantou, senão frouxamente, contra as barbáries das penas em uso nos nossos tribunais. Ninguém se ocupou em reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quanto descurada em toda a Europa".¹¹⁷

Beccaria pleiteou uma série de reformas judiciais e fundamentou princípios que se encontram presentes na base do direito penal ocidental, até os dias de hoje. Dentre os princípios destacamos o princípio da legalidade, também conhecido como princípio da estrita legalidade penal, segundo o qual, não existe crime sem lei prévia que assim o defina, dando origem à teoria do crime.

2.2. Teoria do Crime

Incrustada na base do direito penal da modernidade, a partir do princípio da legalidade, para que possamos caracterizar um ato como crime, são necessários três elementos: a) a tipicidade, isto é, o ato deve ser previsto e caracterizado como crime por força de lei prévia que assim o defina; b) a anti-jurisdicidade do ato, isto é, o ato praticado deve efetivamente ferir a lei; e c) a culpabilidade, ou, em outras palavras, o agente causador do crime deve ser passível de condenação.

Trata-se de uma teoria que surgiu do combate aos abusos da Idade Média e das mudanças pleiteadas, na área do direito penal, por Beccaria. Entre elas destacamos: a) leis fixas e genéricas; b) códigos escritos em língua vulgar e não mais em latim; c) condenações baseadas em provas concludentes e não em meros indícios; d) o fim da tortura como meio de inquirição; e) o fim da impunidade; f) a aplicação de penas mais brandas; que g) a autoria das leis fosse outorgada a um soberano.

Quanto à aplicação do direito em juízo, Beccaria sustentava que a cabia ao juiz julgar a lide de forma racional, *i.e.* através da aplicação da lógica silogística na lide, tomando a norma jurídica como premissa maior e o fato como premissa menor. A sentença do juiz seria uma conclusão.

¹¹⁷ Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Technoprint, Introdução, § 1º.

PM = Lei

Pm = fato

Cls = sentença do juiz

Essa estrutura lógica da aplicação da norma jurídica nos processos judiciais se mantém intacta até os dias de hoje.

Beccaria acreditava que o conhecimento e a certeza da justa aplicação das penas colocaria um "freio à eloquência das paixões" dos criminosos.¹¹⁸ Quando aplicadas, as penas teriam a finalidade de "impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime".¹¹⁹ Vistas dessa maneira, as penas, que deveriam ser aplicadas apenas pelo judiciário, seriam instrumentos reguladores da sociedade, desde que aplicadas de forma não abusiva.

Contudo, pela perspectiva nietzscheana a escola clássica do direito penal nada mais fez do que aplicar as crenças do iluminismo no direito e propagar a injustiça. Essas teses, que combatiam a desigualdade e a impunidade em prol de um direito penal mais humanitário, não levaram em consideração uma das premissas básicas do pensamento nietzscheano, qual seja: "[...] os homens não [são] iguais [...]".¹²⁰

Posteriormente, em 1888, na obra *Crepúsculo dos ídolos* Nietzsche volta a desenvolver sua crítica à doutrina da igualdade:

"[...] A doutrina da igualdade!... Mas não há nenhum veneno mais venenoso: pois ele *parece* estar sendo pregado pela própria justiça, enquanto é o *fim* da justiça..." Aos iguais algo igual, aos desiguais algo desigual – este seria o verdadeiro discurso da justiça: e, o que segue daí, nunca tornar igual o desigual [...]"¹²¹

¹¹⁸ Beccaria, *op. cit.*, § V

¹¹⁹ *idem*, § XVº.

¹²⁰ Kgw, VIII, 1, 427; Ksa, 10, 409.

¹²¹ GD/CI, Incursões de um extemporâneo, 48.

Nietzsche está retomando um conceito próprio da antiguidade, anterior à noção de justiça comutativa e justiça distributiva tal como proposto por Aristóteles em *Ética a Nicômaco*. A diferença tão presente entre os gregos e os romanos, na distinção que os primeiros faziam entre gregos e bárbaros e os segundos entre cidadãos romanos e não cidadãos, não é mais encontrada no direito moderno.

Na base do pensamento de Beccaria encontramos a fórmula da “maior felicidade dividida no maior número” de pessoas, quase que repetida literalmente pelo utilitarista Jeremy Bentham no postulado fundamental de seu utilitarismo “que ele exprime com a fórmula “ *a maior felicidade do maior número*“.”¹²²

No decorrer de sua obra Nietzsche não cita Beccaria e apesar de citar Bentham apenas uma vez, afasta o postulado utilitarista:

"[...] o bem da maioria e o bem dos raros são considerações de valor opostas: tomar o primeiro como de valor mais elevado *em si*, eis algo que deixemos para a ingenuidade dos biólogos ingleses [...]"¹²³

Uma vez que o princípio do utilitarismo de Bentham é oriundo do iluminismo de Beccaria e considerando que para Nietzsche ambos não levam em conta o fato de os homens não serem iguais, desconsideram “o fosso entre homem e homem, estado e estado, a multiplicidade de tipos, a vontade de ser si próprio, de destacar-se [...]",¹²⁴ o que Nietzsche denominava de “*Pathos da Distância*”.¹²⁵

2.3. A doutrina do livre-arbítrio e o princípio da igualdade dos direitos

Segundo a concepção iluminista, adotada pela escola clássica do direito penal, se o agente praticou o crime é porque efetivamente assim escolheu, pois conhecia a lei e a pena e pode, dessa maneira, calcular o risco que corria. Nesse cálculo, o criminoso efetuou o mais

¹²² Bobbio, 1996, p.92.

¹²³ GM/GM, I, 17, nota.

¹²⁴ GD/CI, Incursões de um extemporâneo, 37.

¹²⁵ Idem.

puro exercício de livre arbítrio. É seguindo essa linha de pensamento que Strauss sustenta a aplicação da pena de morte para homicídios premeditados.

No início da segunda fase de seu pensamento, Nietzsche procede na desconstrução dos elementos do crime, de forma totalmente assistemática, tendo como foco privilegiado a culpabilidade do agente e ataca frontalmente a questão do livre-arbítrio, premissa sem a qual a escola clássica do direito penal não se sustenta.

A doutrina do livre-arbítrio, segundo Nietzsche, foi edificada a partir de uma ilusão, qual seja, a noção de que o fraco poderia ter agido como forte, se assim o quisesse e, que o forte poderia ter agido como fraco, se assim o quisesse. É dessa ilusão de livre escolha que, segundo Nietzsche, nasceu a psicologia da vontade. Para Nietzsche a origem dessa doutrina encontra-se na própria crueldade humana, eis que desenvolvida com

"[...] o propósito de castigar, isto é, com a intenção de *achar um culpado*. Toda a antiga psicologia, psicologia de vontade, tem como pré-requisito o desejo de seus autores, os sacerdotes chefes das comunidades primitivas, que quiseram atribuir-se o *direito* de ordenar castigos - ou seu desejo de criar a Deus um tal direito. Os homens foram ensinados "livres" para que pudessem ser *culpados*: Conseqüentemente, toda ação *tinha* que reputar-se voluntária, e a origem de todo ato devia supor-se na consciência".¹²⁶

A origem da doutrina do livre arbítrio e a ilusão que a acompanha são tópicos de extrema importância para a crítica que Nietzsche faz do direito penal moderno. Para Nietzsche o livre arbítrio é uma invenção das classes sacerdotais, com a vontade de dominar e não foram todos os homens que conseguiram desenvolver e tampouco de igual forma, o livre arbítrio. Alguns homens sequer conseguiram desenvolver razão e consciência.

Desde o início de sua obra Nietzsche não esconde a sua concepção de que os homens são moral, intelectual e espiritualmente diferentes. Em *O Estado Grego*, terceiro prefácio de *Cinco prefácios para cinco livros não escritos*, Nietzsche já criticava a noção de "igualdade

¹²⁶ CI, Os quatro grandes erros, § 7º

para todos” e os “chamados direitos dos homens”.¹²⁷ Naquele ensaio Nietzsche argumenta que já no Estado grego

“[...] a imensa maioria tem que se submeter como escravo ao serviço de uma minoria, ultrapassando a medida de necessidade individual e de esforços inevitáveis pela vida”.¹²⁸

É essa a condição do homem grego, do homem romano, homens absolutamente livres para tratar dos seus assuntos políticos. As leis escritas não podem ser iguais para todos. Os cidadãos gregos, os iguais entre si (*isoi*) assim como o cidadão romano possuem leis diferentes, privilégios, ainda que o elemento coercitivo dessas leis escritas não possa ser comparado com a coerção existente nas normas jurídicas, isto é, as leis positivas postas pelo Estado moderno. Nietzsche possui plena noção dessa diferença:

“[...] há também direitos entre escravos e senhores, isto é, exatamente na medida em que a posse do escravo é útil e importante para o seu 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 júris 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]).”¹²⁹

Essas diferenças que Nietzsche encontra na base do direito revelam que

“[...] a *polis* não nasce democrática, mas com o seu nascimento dá início à construção do espaço público, isto é, o espaço político e local de encontro dos iguais (*isoi*). Essa situação se conecta com o problema da educação do homem para agir na *polis* e coloca em evidência o exercício consciente da cidadania, cujo pressuposto fundamental é a liberdade do cidadão.
[...]

¹²⁷ CV/CP, O Estado grego.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ MAI/HDH, II, 93.

É importante destacar que o conceito de liberdade não é elaborado pela filosofia; ou seja, a filosofia grega não elabora uma noção filosófica de liberdade, o conceito é essencialmente político.”¹³⁰

Um exemplo disso nos é relatado, na *Apologia de Sócrates*, por Platão, quando Sócrates se recusa a acompanhar o povo e a participar do julgamento em massa dos oficiais que não recolheram os corpos dos mortos na batalha naval de Salamina. O julgamento em massa, além de revelar a iniquidade do povo, feria princípio de direito semelhante ao princípio da individualidade da pena, já existente na Grécia antiga. Dessa passagem podemos observar que na antiguidade a lei escrita possuía um menor valor coercitivo, o que não nos impede de localizar, na própria filosofia ática, um impulso para a dogmática jurídica. Conforme veremos, Nietzsche localiza na filosofia platônica o impulso para a dogmática ocidental, inclusive a jurídica, tal como a maioria, senão todos os pensadores do direito.

Para Nietzsche, a doutrina da igualdade dos direitos, iniciada com o cristianismo e que no direito foi elevada a um grau superlativo no iluminismo francês, é um sintoma do processo de decadência no qual está inserido o homem da modernidade. A doutrina da igualdade dos direitos está prenhe de vingança e ao deixar de levar em consideração as diferenças entre os homens, é mais do que uma injustiça, é uma justiça reativa que enseja o fim da própria justiça, conforme já exposto:¹³¹

“[...] O fato das coisas terem girado em torno daquela doutrina da igualdade de maneira tão terrível e sangrenta entregou a esta “idéia moderna” *par excellence* uma *espécie* de glória e uma aparência de chama, de modo que a revolução enquanto *peça teatral* seduziu mesmo os espíritos mais nobres. Isto não é por fim nenhum motivo para apreciá-la mais. – Eu só vejo um homem que a acolheu como ela precisa ser acolhida, com *nojo* – Goethe...”¹³²

Em um primeiro momento pode parecer que Nietzsche estaria defendendo a justiça distributiva aristotélica, aquela que propõe um tratamento desigual aos desiguais, igualando-

¹³⁰ ASSIS, Olney Queirós. *O estoicismo e o direito*. São Paulo: Lúmen, 2002, p. 57.

¹³¹ Za/ZA, II, Das Tarântulas.

¹³² GD/CI, Incursões de um extemporâneo, 48.

os.¹³³ Contudo a postura de Nietzsche é radical: os desiguais devem ser tratados de forma desigual, sem a pretensão de que sejam igualados. É o que dispõe o trecho “e o que se segue daí, nunca tornar igual o desigual”. A justiça distributiva que pretende igualar a todos, presente na *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles e que acabou sendo apropriada e aplicada pelos iluministas, fundamenta as concepções e valores da Idade Moderna e não leva em consideração as diferenças entre os homens. Portanto, o ideal de justiça que Nietzsche combate é aquela que teve sua origem na dogmática platônica-aristotélica e cuja expressão maior encontramos no iluminismo e na escola clássica do direito penal.

Pela perspectiva do conceito de vontade de poder, o princípio da igualdade dos direitos nada mais reflete do que o triunfo de uma vontade de poder reativa sobre uma vontade de poder ativa. Ainda que essa perspectiva, divisão e terminologia (“ativo” e “reativo”) não constituem um consenso entre os intérpretes de Nietzsche, possuímos encontramos fundamentação textual na própria obra nietzscheana.¹³⁴

2.4. Aplicação do método comparativo

É comum o entendimento de que por ter se afastado de uma fundamentação metafísica do direito e da moral, Nietzsche teria se aproximado de Darwin. Tal entendimento é errôneo. Conforme Kaufmann: "Nietzsche foi acordado de seu sono dogmático por Darwin, da mesma maneira que Kant foi acordado por Hume, um século antes".¹³⁵

Influenciado pelo pensamento evolucionista, mas também pelos moralistas franceses e pelo positivismo de Augusto Comte, na segunda fase de seu pensamento,

Nietzsche começa a desenvolver seus estudos sobre o direito. Tendo se aprofundado na filosofia positivista de sua época, Nietzsche deixa-se enriquecer por ela.¹³⁶ Por

¹³³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 1130 a – 1138 a.

¹³⁴ A distinção é feita por Deleuze na obra já mencionada e encontra fundamentação textual em GB/BM, IX, 257 como em GM/GM, I, 10. Nestas obras Nietzsche efetua uma distinção entre a moral do nobre (ativa) e a moral do rebanho (reativa).

¹³⁵ Kaufmann, 1974, p. 167.

¹³⁶ Janz, 1987, Vol. III, p. 187.

consequente, abraça uma concepção positivista da ciência.¹³⁷ Posteriormente, em sua autobiografia, Nietzsche recorda o período:

"[...] uma sede abrasadora me tomou: a partir de então ocupei-me apenas de fisiologia, medicina e ciências da natureza - mesmo a autênticos estudos históricos retornei somente quando a *tarefa* a isso me obrigou imperiosamente..."¹³⁸

Conforme noticia Angéle Kremer Marietti, Nietzsche leu quase todas as publicações científicas de seu tempo, incluindo o jurista e antropologista, considerado o pai do direito comparado e fundador da etnologia jurídica.¹³⁹

Com a pretensão de contrastar os valores e os ideais modernos, com o fito de demonstrar diferenças entre um antigo direito escrito que levava em consideração as diferenças entre os homens, e o direito moderno que todos nivela, a exemplo de Hermann Post, mas de forma mais aproximada a de Strauss, Nietzsche recorre a uma comparação dos nossos valores morais com os valores morais hindus, razão pela qual recorre à origem desta, qual seja, a Lei de Manu e retrata as diferenças entre as castas:

"[...] O terceiro edito (Avanda-Sastra I), por exemplo, o dos "legumes impuros", ordena que a única alimentação permitida ao chandala deve ser o alho e a cebola, visto que o escrito sagrado proíbe dar-lhes cereais ou frutos que contenham grãos, bem como proíbe dar-lhes *água* ou fogo. O mesmo edito estabelece que a água, da qual eles têm necessidade, não pode ser pega nem nos rios, nem nas fontes, nem nos tanques, mas somente nas vias de acesso aos pântanos e nos buracos que surgem das pegadas dos animais. Do mesmo modo lhes é proibido lavar suas roupas, bem como *lavar a si mesmos*, à medida que a água que lhes é concedida pela graça só pode ser utilizada para matar a sede [...]"¹⁴⁰

¹³⁷ Marton, 1990, p. 207.

¹³⁸ EH/EH, Humano, Demasiado Humano, § 3º.

¹³⁹ MARIETTI, Angéle Kremer. Nietzsche and the ontogeny of truth. Nesse mesmo sentido, isto é, quanto a leitura que Nietzsche efetuou de Post ver o artigo de Marco Brusotti, Die "Selbstverkleinerung Des Menschen" In *Moderne in Nietzschen Studien* n° 20, 1992, nota da página 92.

¹⁴⁰ GD/CI, Os "melhoradores" da humanidade, 4.

A citação supra transcrita ilustra o pensamento nietzscheano assim como evidencia a sua escrita. Se Nietzsche efetua um tal contraste é para demonstrar que não só a moral ocidental, mas também a justiça e o direito modernos, que acataram e aplicam as noções aristotélicas de justiça comutativa, de justiça distributiva, enfim, o princípio da igualdade plena são injustas: os desiguais não são mais tratados como desiguais, pois tiveram seus privilégios solapados.

Outros exemplos históricos podem ser encontrados, como o Código de Hamurabi, no qual encontramos variações das penas para o mesmo delito, de acordo com o *status* do ofendido e do ofensor. Assim, a pena de Talião é aplicada

“[...]quando um nobre destruir o olho de outro nobre. Mas, pelo artigo 178, se um nobre destruir o olho de um plebeu, deve ser aplicada uma pena pecuniária previamente fixada [...]” ¹⁴¹

Se Nietzsche recorre ao direito antigo comparado é somente para demonstrar como o direito moderno, com suas normas postas pelo Estado e aplicadas de forma coercitiva e lógica, tiram do homem a sua individualidade e a sua liberdade.

Se o direito moderno almeja uma justiça, seus fundamentos, critérios e lógica devem ser revisados, levando em conta, conforme acima exposto, que o bem da maioria e o bem dos raros são diferentes, ¹⁴² assim como existem diferenças entre homens que são maiores do que entre o macaco e o homem.

Por conseguinte, Nietzsche faz uma análise da concepção de homem criminoso, da estrutura dos julgamentos judiciais, e uma pesquisa genealógica, posteriormente transformada em genealogia das penas e seus efeitos.

¹⁴¹ Assis, 2002, p. 62

¹⁴² GM/GM, I, 17, nota.

2.5 A natureza do homem criminoso

A natureza do homem criminoso foi um tema abordado por Nietzsche através de perspectivas diversas, mesmo porque estava sendo privilegiado pela escola positiva do direito penal, fruto da ciência positivista e pela literatura do século XIX. Contrariando a escola clássica do direito penal, estas vertentes sofrem forte influência das teorias evolucionistas e enfocarão o homem no decorrer do seu processo evolutivo e cultural, em detrimento das leis e das penas. As vertentes acima citadas apresentam o homem criminoso da seguinte maneira:

- a) a teoria do criminoso nato, onde o indivíduo herda uma carga atávica oriunda de tempos primevos. A teoria do atavismo, tal como exposta nas teses de Césare Lombroso, sustenta que o criminoso nato herda uma carga de violência e agressividade que não obedece a ordem cronológica do tempo. Esta herança pode ser identificada no rosto e até mesmo no corpo do homem criminoso por natureza: testa baixa, nariz largo, lábios finos, orelhas e mandíbulas grandes, fossa occipital saliente assim como braços longos e posicionamento aberto dos pés são traços que caracterizariam o criminoso nato.¹⁴³
- b) A teoria de que o criminoso é um indivíduo que por algum motivo ficou para trás na trajetória do processo civilizatório, alguém que não soube ou não conseguiu acompanhar a trajetória cultural do homem.
- c) Ainda dentro de uma concepção evolucionista, temos a teoria de que o homem criminoso é um indivíduo que em algum momento da trajetória do processo civilizatório degenerou-se.

Essas teorias, oriundas do evolucionismo, foram objeto de ataque imediato por parte dos antropólogos criminais que sustentavam que o homem é produto do seu meio. Assim, temos duas outras teorias:

¹⁴³ A teoria do criminoso nato não era nova. Na tradição judaico-cristã podemos nos reportar à Caim que matou Abel. Na Idade Moderna, contudo, com o espírito positivista preñado de idéias evolucionistas, temos variações dessa tese inicial, assim como atualmente a mesma teoria é reapresentada pelas controvertidas cargas de DNA e o cromossomo XYY. Nesse sentido, ver *Living with our genes* de Dean Hamer e Peter Copeland.

- d) A teoria de que o criminoso é fruto do seu meio e que surgiu na forma de contra-ataque à teoria do criminoso nato de Lombroso, na mesma época e com a mesma força com que as teorias anteriormente expostas iam emergindo.
- e) Uma quinta teoria, foi resultante de uma síntese das teorias citadas: o homem criminoso teria um componente biológico que o deixaria propenso ao crime e também teria um componente social que o levaria para o mesmo caminho. Esta teoria é considerada até os dias de hoje.

As teorias atávicas, assim como a teoria da degenerescência, assim como a teoria de que o homem criminoso é fruto do seu meio, foram abordadas por Nietzsche, mas ainda que Nietzsche aborde o homem criminoso por perspectivas diversas, estas terão um ponto em comum: o homem criminoso não possui livre arbítrio, consciência pesada, noção de culpa ou qualquer manifestação de arrependimento.

Percebemos, assim, que Nietzsche questionou as premissas da escola clássica do direito penal com as premissas da escola positivista do direito penal.

2.6. A questão da culpabilidade

Conforme já exposto, segundo a escola clássica, a questão do livre arbítrio é de suma importância. O criminoso age contra a lei porque assim escolheu, pois era conhecedor das penas em poderia incorrer.

Mesmo sendo conhecedor da lei e da pena, ainda assim o indivíduo insiste em cometer o crime é porque houve uma livre escolha. Contra este tipo de pensamento, ainda sem apelar para os princípios da escola positivista do direito penal, mas apenas detectando uma contradição, Nietzsche manifestou-se em *O andarilho e sua sombra*:

“Diz-se então que (o criminoso) não possuía o necessário discernimento, que agiu como um idiota. A negação intencional da melhor razão, é pois a razão que se exige para que um criminoso seja digno de punição. Porém,

como pode alguém ser intencionalmente mais irracional do que deveria sê-lo?”¹⁴⁴

Em outras palavras, a premissa da escola clássica, que parte da doutrina do livre-arbítrio, contém uma séria contradição, pois ninguém pode agir de forma irracional e contra si mesmo, por livre escolha. Isto seria uma insensatez. Pela perspectiva do direito, se o indivíduo é conhecedor de que um determinado ato é tipificado como delito e passível de condenação, e ainda assim insiste em praticá-lo, então esse indivíduo não pode ser considerado um criminoso, mas sim um insensato, um néscio. E se o criminoso sequer possui o discernimento necessário para julgar suas próprias ações, então de fato ele sequer pode ou merece ser punido.

Neste ponto Nietzsche parece apoiar a sua crítica na noção grega de insensatez. Para o grego era inconcebível que alguém quisesse fazer o mal contra si mesmo.

Por outra perspectiva, inserido de forma compulsória dentro de um Estado, onde todos são iguais perante a lei, a ilusão de uma liberdade subjetiva permanece como uma das heranças do iluminismo. Qualquer manifestação de vontade, qualquer ato ou ação que venham ferir o texto expresso em lei, caracterizará o homem criminoso.

Em *Humano, Demasiado Humano* e novamente alterando a perspectiva, Nietzsche já havia concebido o criminoso como um ser que ficou à margem da evolução da sociedade. Os criminosos seriam homens que foram “deixados para trás”¹⁴⁵ na passagem entre o animal-homem e o homem e que, portanto ainda vivem no “estágio das *culturas mais remotas*”.¹⁴⁶ Sob essa perspectiva, o criminoso não teve a oportunidade de desenvolver-se moral, intelectual e espiritualmente. Não deixa de ser, portanto, um “representante das *culturas mais remotas*”.¹⁴⁷ Se assim for, qual seria a sua culpa? Porque haveria de ser castigado?

¹⁴⁴ WS/AS, 23.

¹⁴⁵ MAI/HHI, I, 43

¹⁴⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*.

Na citada obra, Nietzsche volta a abordar a teoria do homem que ficou para trás na trajetória da humanidade através de uma comparação entre dois tipos de homem: o atrasado e o antecipador:

Homens atrasados e homens antecipadores. – O caráter desagradável, que é pleno de desconfiança, que recebe com inveja todos os êxitos de competidores e vizinhos, que é violento e raivoso com opiniões divergentes, mostra que pertence a um estágio anterior da cultura, que é então um resíduo: pois o seu modo de lidar com as pessoas era certo e apropriado para as condições de uma época em que vigorava o “direito dos punhos”; ele é um homem *atrasado*. Um outro caráter, que prontamente partilha da alegria alheia, que conquista amizades em toda parte, que tem afeição pelo que cresce e vem a ser, que tem prazer com as honras e sucessos de outros e não reivindica o privilégio de sozinho conhecer a verdade, mas é pleno de uma modesta desconfiança – este é um homem antecipador, que se move rumo a uma superior cultura humana. O caráter desagradável procede de um tempo em que os toscos fundamentos das relações humanas estavam por ser construídos; o outro vive nos andares superiores destas relações, o mais afastado possível do animal selvagem que encerrado nos porões, sob os fundamentos da cultura, uiva e esbraveja.¹⁴⁸

Além de apontar para as origens do homem criminoso, isto é, esse homem residual, que ficou para trás na passagem entre o animal-homem e o homem, o aforismo apresenta a noção de um tipo de homem antecipador. Tal comparação além de ratificar, talvez com pretensões de fundamentação científica, o entendimento nietzscheano de que um direito igual para todos é uma verdadeira injustiça, identifica pelo menos três tipos de homem: o atrasado, fruto tardio da pré-história da humanidade e que vive uivando sob os ferros da cultura; o homem histórico, inserido na cultura e antecipador de um terceiro tipo, ainda por vir na pós-história.

Em *Assim Falou Zaratustra*, Nietzsche aborda a questão da natureza do criminoso, ainda que em estilo poético, a sua concepção é alterada. Em *O pálido delinqüente* Nietzsche sustenta que os impulsos do criminoso é um

“[...] novelo de cobras bravias, que é raro estarem quietas, quando juntas – e, então, cada uma por sua conta, vão pelo mundo a fora à procura de presa. Olhai para esse corpo! O que ele sofreu e cobiçou foi o que a sua pobre

¹⁴⁸ MAI/HHI, IX, 614.

alma quis interpretar – e o interpretou como prazer assassino e sôfrego desejo da volúpia da faca [...]”¹⁴⁹

Nessa passagem, o homem criminoso de Nietzsche parece ser, antes de tudo uma vítima de uma desordem dominadora de seus próprios impulsos. Além de sofrer processos inibitórios, o homem criminoso vive em permanente estado de conflito interior ou, em casos ainda piores, em absoluta ausência de conflito, pois simplesmente se deixa levar por impulsos que o dominam. É o caso do homicida. Contrastando com a narrativa de Strauss do latrocínio premeditado de Reuchthal, Nietzsche demonstra a falácia da causa comum, isto é, quando dois efeitos são tomados como um sendo a causa do outro, quando ambos são decorrentes de uma causa em comum.

Portanto, o criminoso não rouba e depois mata. Ele sai para matar e roubar em decorrência de impulsos coagidos e emaranhados. A imagem é bem colocada em *Assim falou Zaratustra*:

“Assim fala o rubro juiz: “Por que, afinal, assassinou, esse criminoso? Ele queria roubar.” Mas eu vos digo: a sua alma quer sangue, e não roubo, a sua alma tinha sede da volúpia da faca!

A sua pobre razão, porém, não compreendeu essa loucura e foi ela que o persuadiu. “Que importa o sangue!”, disse; “não queres, ao menos, nesta ocasião, praticar um furto? Tirar alguma vingança?”

E ele deu ouvidos à sua pobre razão; como capa de chumbo sentia sobre si essas palavras – e, então, roubou enquanto matava. Não queria envergonhar-se da sua loucura.”¹⁵⁰

Nietzsche inverte a relação existente dentro da estrutura lógica da concepção clássica e finalista do latrocínio. O criminoso que rouba e depois mata sua vítima quer, antes de tudo, matar, pois nada justificaria a prática do homicídio uma vez que o produto do roubo já se encontra em suas mãos. A narrativa de Strauss sobre o latrocínio ocorrido em 1869 nas termas de Reuchthal não levou na devida consideração a ordem dos verbos quando da confissão do réu: o criminoso confessou que ele e um companheiro foram às termas de

¹⁴⁹ Za/ZA, Do pálido criminoso.

¹⁵⁰ Za/ZA, Do pálido criminoso.

Reuchthal predeterminados a “matar e roubar a primeira pessoa que encontrassem...”. Se o desejo de matar precisa de uma desculpa, então esta é o roubo.

Encontramos a relevância da inversão da noção de latrocída que Nietzsche efetua, na medida em que observamos, ainda nos dias de hoje, que prevalece a noção oposta, qual seja, de que o criminoso rouba e mata apenas para se desfazer do eventual testemunho ou reconhecimento por parte da vítima. Uma tal interpretação carece de sentido histórico, pois desconhece a natureza animal do homem e os instintos cruéis que lhes eram próprios, mas que ainda existem e que são encobertos por uma fina camada de processo civilizatório.

Nesse sentido, salientamos fragmento de Julho de 1882: [...] A cultura é uma fina casquinha de maçã sobre um caos em brasa [...]”¹⁵¹ O fragmento é aqui interpretado de forma restritiva, isto é, em relação ao homem criminoso, apenas, ainda que o processo civilizatório seja comum a todos.

Em *Aurora* Nietzsche apresenta uma nova concepção de homem criminoso:

“[...] Mal começamos a refletir sobre a fisiologia do criminoso e já nos vemos ante a percepção irrefutável de que não existe diferença essencial entre os criminosos e os doentes mentais [...]”¹⁵²

Aqui Nietzsche procura fundamentar a identificação que efetua entre o criminoso com o doente mental através da fisiologia. Nessa perspectiva o criminoso de Nietzsche também é um irresponsável moral em concepção próxima à do inglês Sr Francis Galton.

Se Nietzsche adquiriu a noção de decadência em estilo artístico, já em 1883 e a partir da leitura de Paul Bourget,¹⁵³ com quem sentia afinidades, apesar do excesso de detalhes deste,¹⁵⁴ é a partir da noção de vontade de poder, que o criminoso passa a ser visto como alguém que está subjugado ao “novelo de cobras bravias” que são seus impulsos e paixões.¹⁵⁵

¹⁵¹ Kgw, VII, 1.374; Ksa, 10.362.

¹⁵² M/A, III, 202.

¹⁵³ Kgw, VIII, 3, 456, Ksa, 13, 642.

¹⁵⁴ Kgw, 2.376, Ksa, 13.134.

¹⁵⁵ Conf. GD/CI, O problema de Sócrates, 3 e 11.

O tema é novamente retomado em *Genealogia da Moral*. Sem afastar as concepções anteriores, Nietzsche apenas as torna mais claras, sob a luz da teoria da vontade de poder. A noção de que o homem criminoso é um animal-homem que ficou encarcerado dentro do Estado, impossibilitado de externar seus outrora livres impulsos, aproximando-se mais de um doente que sequer possui consciência de seus atos ou algum tipo de remorso, ganha maior expressão.

Na Segunda Dissertação, Nietzsche chega a esclarecer que

“[...] justamente entre prisioneiros e criminosos o autêntico remorso é algo raro ao extremo, as penitenciárias e casas de correção *não* são o viveiro onde se reproduz essa espécie de verme roedor [...]”.¹⁵⁶

A partir da leitura de Charles Féré, na primavera de 1888, que o criminoso passa a ser visto como um *décadent*, isto é, um indivíduo que vive em guerra com seus próprios instintos, e que não possui a força necessária para ordená-los e empregá-los em benefício próprio.

Em *Crepúsculo dos ídolos* Nietzsche sintetiza e compara o criminoso, tido como animal adestrado e adoentado e com personagem histórica que não se deixou adestrar:

O Criminoso e o que lhe é aparentado. – O tipo do criminoso é o tipo do homem forte sob condições desfavoráveis, um homem forte transformado em um homem doente. A ele falta a selva, uma certa natureza e forma de existência mais livres e mais perigosas, na qual todas as armas e objetos de defesa presentes no instinto do homem forte *são justas*. Suas *virtudes* caem sob o encanto da sociedade; os impulsos mais vitais trazidos consigo definham em meio ao crescimento conjunto com os afetos oprimidos, com a suspeita, com o medo, com a desonra. Mas este é quase mesmo a *receita* para a degradação fisiológica. Aquele que precisa empreender às escondidas o que pode fazer de melhor e que faria com o maior prazer, este se torna anêmico depois de uma longa tensão, de um longo cuidado, de uma longa astúcia; e como ele sempre colhe apenas perigo, perseguição,

¹⁵⁶ GM/GM, II, 14.

fatidicidade de seus instintos, transmuta-se também o seu sentimento frente a estes instintos – ele os sente fatalisticamente. A sociedade, nossa sociedade domesticada, mediana, adulterada é o lugar no qual um homem talhado naturalmente para o crescimento, que vem das montanhas ou das aventuras do mar, se degrada necessariamente e se transforma em um criminoso. Ou quase necessariamente: pois há casos, nos quais um tal homem se mostra mais forte do que a sociedade: o còrsico Napoleão é o caso mais célebre. (...) ¹⁵⁷

Sob essa perspectiva, Nietzsche praticamente redime o criminoso, uma vez que enfatiza o seu mal-estar dentro da sociedade, o criminoso é alguém que em outras condições e circunstâncias viveria melhor, mas que sob o jugo do Estado, coagido e aquebrantado pelo peso coercitivo das leis e das sanções, sente-se envergonhado até mesmo dos seus próprios impulsos de liberdade. Seu mal-estar decorre do fato de não conseguir enquadrar-se dentro dos estreitos limites da sociedade criada por leis restritivas.

Tivesse o criminoso uma força maior do que a sociedade, ou seja, a mesma força de um Napoleão Bonaparte, de ser aquebrantado e modelado o criminoso passaria a ser modelador da sociedade, e, portanto, um ser criador.

Mudando de perspectiva mais uma vez, se distanciando de abordagens morais, focando a consciência pesada do criminoso, Nietzsche provoca: “Com bastante freqüência o criminoso não está à altura do seu ato: ele o diminui e difama.”¹⁵⁸ Mas podemos questionar: qual homem moderno, inserido e coagido dentro do Estado, não difama um ato praticado ainda que de forma impulsiva e livre, mas que fere uma lei ou uma norma jurídica?

A provocação de Nietzsche se justifica, principalmente quando apreciada pela perspectiva da vontade de poder. Quando esse mesmo homem possui uma força maior do que a força da sociedade na qual encontra-se inserido, então ele toma a frente do processo civilizatório, apesar de sua aproximação com o criminoso, é visto como um modelador.

¹⁵⁷ GD/CI, Incursões de um extemporâneo, 45.

¹⁵⁸ JGB/BM, 109. O aforismo faz lembrar uma máxima de Oscar Wilde: “Nenhum crime é vulgar, mas toda vulgaridade é um crime...” WILDE, Oscar. Obras Completas. São Paulo: Aguilar, 1989, p. 1205.

São os homens modeladores citados por Strauss. A exemplo do livre-pensador alemão, Nietzsche também citou o nome de Napoleão como tipo de homem que a partir de sua vontade de poder ajudou a modelar a história da humanidade. No criminoso comum impera uma má consciência de si mesmo, enquanto que o segundo se faz imperador. São tipos diferentes.

2.7. Tipos criminosos

Classificar os tipos criminosos não é tarefa para um filósofo, além do que, a mera classificação ou catalogação dos tipos não penetra no fundo da questão. Classificar e catalogar os tipos criminosos seria permanecer na superfície do problema. Contudo, Nietzsche efetua uma diferença entre o criminoso contumaz, por hábito e o criminoso não habitual em *O andarilho e sua sombra*, 28 e conclui que:

[...] O hábito deveria portanto fazer com que parecesse escusável a falta pela qual se castiga o culpado; é uma inclinação adquirida pouco a pouco à qual é difícil resistir. Ao invés disso quando se suspeita do crime por hábito, o culpado é castigado mais severamente e o hábito é considerado como suficiente para a rejeição de toda atenuante: ao contrário, uma existência modelar que faz com que o delito ressalte com mais horror, deveria aumentar o grau de culpabilidade! Porém de modo inverso de atenuar a pena... se castiga, recompensa-se o passado de um homem [...]"

A distinção entre ambos sempre foi e ainda é aceita por grande parte dos estudiosos da psicologia forense. A crítica nietzscheana é bastante original, uma vez que, a seu ver, o criminoso contumaz deveria ser punido com menos rigor do que o criminoso não habitual. Isto porque o criminoso habitual é uma vítima de seus instintos, não possui livre arbítrio, enfim, é um doente que não possui qualquer autodisciplina e que sequer sabe pautar seus atos ou conduzir a sua própria vida de forma racional. A prática criminosa é, para ele, uma consequência ou um sintoma de sua condição.

Por outro lado, o criminoso não habitual é alguém que, através de seu livre arbítrio, sempre soube conduzir a própria vida de forma adequada, mas que em determinada circunstância, perdeu a excelência por alguma inclinação ou influência interior ou exterior.

Se o castigo deve ser aplicado, então o criminoso eventual deveria ser castigado com maior rigor do que o criminoso doente, do que o criminoso nato, de quem não se espera outra coisa. Em termos lógicos a crítica de Nietzsche é impecável e seu aforismo é uma provocação explícita aos “partidários do livre-arbítrio”.

2.8. O julgamento: a visão do julgador e a visão do criminoso

Essa colocação de Nietzsche nos remete às questões do julgamento e da economia das penas. Nietzsche analisa a estrutura de julgamento judicial e acaba por efetuar uma desconstrução. Nietzsche salienta vários aspectos que constituem uma série de erros e de contradições dentro de um processo penal, a saber:

- a) A ilusão iluminista de que todos os homens são iguais, possuidores de razão, consciência e livre arbítrio. Esta concepção iluminista inclui a falsa idéia de que “o criminoso merece castigo *porque* podia ter agido de outro modo”.¹⁵⁹ Se o criminoso pudesse optar em agir conforme a lei, mas opta em agir contra ela, então sequer pode ser chamado de um criminoso, mas sim de irracional ou néscio. Esta crítica afronta os princípios básicos postos por Beccaria, conforme já visto.
- b) Influenciado pelo espírito positivista do século XIX e pela sua perspectiva genealógica, Nietzsche questiona se o julgador efetivamente conhece a natureza do criminoso, considerando que este se encontra mais próximo do animal-homem, eis que foi deixado para trás na trajetória da nossa civilização ou em algum momento dela se degenerou ou nela se sente doente.
- c) O julgador ignora uma série de componentes e elementos subjetivos que influenciaram a prática do ato criminoso. O julgador apavora-se com a perspectiva

¹⁵⁹ GM/GM, II, 4.

do criminoso e certamente se deixará guiar mais pelas suas impressões subjetivas do que por uma tentativa de entendimento dos fatos. Nesse sentido, Nietzsche complementa:

“O criminoso, que conhece todo o encadeamento das circunstâncias concernentes a seu caso, não considera um feito tão extraordinário e incompreensível como seus juízes e seus censores crêem; no entanto, sua pena é fixada precisamente de acordo com o grau de *estranheza* que estes sentem quando consideram a natureza incompatível do seu (dele criminoso) feito.”¹⁶⁰.

Desse contraste entre a perspectiva do criminoso e a visão do julgador o elemento subjetivo que determinará a condenação ou a absolvição do réu, é justamente o grau de estranheza que a ação criminosa causou no espírito do julgador.

- d) O julgador comete uma série de arbitrariedades lógicas, não levando em conta o caráter fluente da vida. Criticando a Teoria da Equivalência dos Antecedentes, também conhecida como Teoria da *Conditio Sine Qua Non*, segundo a qual, causa do crime é toda ação ou omissão anterior que contribuiu para o acontecimento do ato, Nietzsche contrapõe o pensamento de Heráclito de Éfeso e as teorias emergentes de que o homem é fruto do meio. Nietzsche acrescenta:

“[...] dever-se-ia retroceder mais ainda e castigar e recompensar as causas de um tal passado, refiro-me aos pais, aos mestres, à própria sociedade, etc... É arbitrário parar no criminoso quando se pune o passado [...]”¹⁶¹

Sendo a vida um fluxo contínuo, no julgamento efetua-se um corte arbitrário, pois o julgador leva em consideração apenas os fatos e elementos que contribuíram diretamente para a ação delituosa. A teoria da equivalência dos antecedentes evita o *regressus ad infinitum*, mas peca contra a lógica ao isolar a culpa de qualquer outra conexão com o passado. Os atos criminosos assim como todos os fatos não podem ser julgados, analisados e apreciados de uma forma isolada no tempo e no espaço.

¹⁶⁰ WS/AS, 24.

¹⁶¹ WS/AS, 28.

O embasamento desta crítica de Nietzsche não se encontra apenas no aforismo já transcrito acima. Em outro aforismo da mesma obra encontramos uma outra perspectiva:

“O nosso costumeiro modo impreciso de observação pega um grupo de fenômenos como sendo um e o chama de um fato: entre este fato e um outro fato, ele imagina em adição um espaço vazio, ele isola todo fato. Na realidade, contudo, todas as nossas ações e conhecimento não são uma sucessão de fatos e espaços intermediários vazios, mas sim um fluxo contínuo. Agora, a crença no livre arbítrio é precisamente incompatível com a concepção de a idéia de uma continuidade, indivisível, de um fluir indivisível; é um *atomismo* no domínio da vontade e do conhecimento [...]”¹⁶²

Trata-se do hábito que o homem possui de dividir um fluxo contínuo em espaços de tempo, individualizando cada um deles.

Acrescenta-se a perspectiva que criticava a teoria do criminoso nato, razão pela qual Nietzsche cita os fatores externos, sociológicos, como as “causas de um tal passado, refiro-me aos pais, aos mestres, à própria sociedade, etc...” que não podem ser ignoradas pelos julgadores.¹⁶³

Como poderia o homem criminoso, destituído de livre-arbítrio, vítima de seus impulsos, que vive sob o jugo de leis, fruto de um meio que nunca é questionado, inserido em um fluxo contínuo, detentor de uma lógica própria e subjetiva sobre os atos que cometeu, ser julgado com justiça?

Em *A gaia ciência*, Nietzsche acrescenta que a visão do julgador é sempre limitada, perspectivista e preconceituosa. É uma crítica que Nietzsche faz ao chamado princípio da veracidade dos autos, e ao princípio do livre convencimento do julgador. E por qual razão o juiz fica rubro diante do pálido delinquente, senão um espelhamento?¹⁶⁴

¹⁶² WS/AS, 11.

¹⁶³ WS/AS, 28.

¹⁶⁴ Za/ZA, Do pálido criminoso.

2.9. Os genuínos efeitos das penas

Para Nietzsche as penas judiciais, se fosse o caso de serem aplicadas, deveriam variar conforme o criminoso: o criminoso não habitual deveria ser castigado com maior rigor do que o criminoso habitual, pelas razões supra-expostas e também pelo fato de que por detrás deste tipo de avaliação, encontramos um critério utilitário que fere o princípio da dignidade posto pelo próprio Kant. O critério que avalia a utilidade social do homem para agravamento ou redução da pena é injusta:

“[...] a utilidade passada de um homem é considerada porque se revelou nocivo uma só vez, todavia, se no seu passado se descobrem outros atos de caráter prejudicial, adicionam-os ao delito presente para infligir uma punição outro tanto maior [...]”¹⁶⁵

A adoção desse critério também ignora a diferença essencial entre o criminoso habitual e o criminoso não habitual: o criminoso habitual não age assim porque quer. Outro critério que é levado em consideração para estabelecer as penas é o dano ao qual a sociedade foi exposta:

“[...] O que se castiga não é pois o crime, se não que se avalia sempre o dano causado à sociedade e o perigo a que a expôs [...]”¹⁶⁶.

Se ato criminoso causa um desequilíbrio de forças, este equilíbrio deve ser restaurado. O castigo primitivo, travestido de pena judicial, será o modo através do qual a sociedade restaura as forças do ofendido.

Considerando que mesmo os criminosos não são iguais, as penas não deveriam variar? Uma só pena para criminosos diferentes não seria uma injustiça tão grande quanto uma só pena para todos os homens?

Diante desses erros, o perdão concedido ao criminoso das termas de Reuchthal, faz sentido. Através de outra perspectiva, a execução das penas faz menos sentido ainda.

¹⁶⁵ WS/AS, 28.

¹⁶⁶ WS/AS, 28.

Isto posto, uma outra questão, também oriunda do iluminismo, e ainda em voga, emerge de forma inevitável: as penas judiciais recuperam o criminoso para a sociedade? Quais seriam os seus genuínos efeitos? Na crítica nietzscheana também podemos encontrar uma certa ingenuidade na crença iluminista de que o castigo pode melhorar alguém. Críticas semelhantes já haviam sido feitas por Kant e Schopenhauer.

Dentre os comentadores de Beccaria encontramos Kant que, na primeira parte de sua *Metafísica dos Costumes*, publicada em 1797, sob o título *Doutrina do Direito*, analisou a questão das penas:

"O direito de punir é o direito que tem o soberano de atingir o súdito dolorosamente devido à transgressão da lei... A pena jurídica (*poena forensis*), que difere da pena natural (*poena naturalis*), pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter um outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve, sim, ser sempre contra o culpado *pela única razão de que delinqüiu*; por que jamais um homem pode ser tomado por instrumento dos desígnios de outro nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real; sua personalidade natural inata o garante contra tal ultraje... O malfeitor deve ser julgado *digno de punição* antes que se tenha pensado em extrair de sua pena alguma utilidade para ele ou para seus concidadãos. A lei penal é um imperativo categórico. [...]" ¹⁶⁷

Coerente com a estrutura formal de sua ética, e contrário ao iluminismo francês e italiano, Kant não concebe a possibilidade da pena aplicada a um indivíduo, mesmo sendo ele um criminoso, possa vir a ser utilizada como meio para alguma finalidade: mesmo o homem criminoso não deve ser utilizado como meio, tampouco para que o castigo a ele imposto surta algum tipo de efeito intimidatório perante uma comunidade. No que se refere à medida da pena, curiosamente, Kant propõe que se continue a aplicar o direito talionico:

¹⁶⁷ Kant, *Doutrina do Direito*, E, I.

"[...] Há somente o direito de *Talião* (*jus talionis*) que possa proporcionar qualidade e a quantidade da pena, porém com a condição bem entendida de ser apreciada por um tribunal (não pelo juízo privado)".¹⁶⁸

Em *O mundo como vontade e representação* Schopenhauer também se manifestou sobre a questão da pena, e questionou como pode um só meio atingir duas finalidades tão distintas: "Educação é um benefício, o castigo deve ser um mal; supostamente o cárcere penitenciário deve alcançar a ambos".¹⁶⁹

Para Nietzsche o julgador acredita que ao castigar o criminoso estará propiciando a este uma possibilidade para o remorso, uma chance para o arrependimento. Trata-se de uma ingenuidade, uma vez que quem assim pensa está olvidando que o agulhão do remorso não se encontra entre os criminosos.

"[...] – Quem ainda julga que “assim deveriam agir todos nesse caso”, não chegou a andar cinco passos no autoconhecimento: do contrário saberia que não há nem pode haver ações iguais, - que toda ação já realizada foi realizada de uma maneira única e irrecuperável, e que o mesmo se dará com toda ação futura, - que todas as prescrições sobre o agir referem-se apenas ao grosseiro lado exterior [...]"¹⁷⁰

Nietzsche também acompanha Kant e Schopenhauer na crítica à escola clássica do direito penal. Coerente com seu método, antes de manifestar-se sobre o genuíno efeito das penas judiciais, Nietzsche lança seus olhos para a sua gênese. Nesse sentido Nietzsche expõe:

"Durante o mais largo período da história humana, *não* se castigou porque se responsabilizava o delinquente por seu ato, ou seja, *não* pelo pressuposto de que apenas o culpado deveria ser castigado - e sim como ainda hoje os pais castigam os filhos, por raiva devida a um dano sofrido, raiva que se desafoga em quem o causou, mas mantida em certos limites, é modificada

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ Schopenhauer, *O mundo como vontade e representação*, Capítulo XLVII, Da Ética.

¹⁷⁰ FW/GC, IV, 335.

pela idéia de que qualquer dano encontra seu *equivalente* e pode ser realmente compensado, mesmo que seja com a *dor* do seu causador" ¹⁷¹

Não devemos concluir que o castigo foi inventado para se responsabilizar o animal-homem, ou o homem por seus atos. Durante milênios não se castigou com outra finalidade senão a de descarregar uma raiva sobre outro indivíduo. Para Nietzsche o livre exercício da crueldade sempre constituiu uma forma primária de prazer para o animal-homem. Para o homem moderno, o castigo possui outras finalidades:

"[...] Hoje é impossível dizer ao certo *porque* se castiga: todos os conceitos em que um processo inteiro se condensa semioticamente se subtraem à definição; definível é apenas aquilo que não tem história" ¹⁷²

Sendo assim, sob a égide desse substantivo, castigo, encontramos uma pluralidade de sentidos, uma complexidade de processos e de instituições interligadas, do que um objeto ou um evento uniforme.¹⁷³ Portanto, não há que se buscar uma origem para o castigo a partir de suas finalidades, sentidos ou aplicações. Nietzsche observa que podemos encontrar várias finalidades para o castigo e, ainda assim, essas finalidades não refletem a sua origem:

"[...] Ainda uma palavra sobre a origem e a finalidade do castigo - dois problemas distintos, ou que se deveria distinguir: infelizmente se costuma confundi-los. Como procederam neste caso os genealogistas da moral? De modo ingênuo, como sempre -: descobrem no castigo uma "finalidade" qualquer, por exemplo a vingança, ou a intimidação, colocam despreocupadamente essa finalidade no começo, como *causa fiendi* (causa da origem) do castigo, e - é tudo" ¹⁷⁴

Nietzsche afasta as explicações teleológicas. Conforme Garland, as instituições nunca são completamente explicáveis em termos de suas finalidades. Instituições como a prisão, a multa, ou a guilhotina, são artefatos sociais, que incorporam e regeneram categorias culturais

¹⁷¹ GM/GM, II, 4

¹⁷² GM/GM, II, 13

¹⁷³ Interessante notar como a postura genealógica proposta por Nietzsche acabou influenciando até mesmo os mais recentes trabalhos de sociologia sobre o castigo e neste sentido, ver GARLAND, David, *Punishment and Modern Society*, The University of Chicago Press, Chicago, 1990, p. 16.

¹⁷⁴ GM/GM, II, 12.

mais extensas, eis que são meios destinados a servir propósitos penais particulares. Portanto, o castigo, assim como qualquer outro artefato social, não pode ser completamente explicável em termos de suas finalidades.¹⁷⁵

Impõe-se, assim, a pesquisa genealógica sobre o surgimento do castigo, e não uma explicação de sua origem através de seus efeitos ou finalidades.

Ao desenvolver a sua busca pelo surgimento do castigo, Nietzsche salienta dois aspectos presentes no fenômeno:

“[...] Voltando ao nosso tema, ao *castigo*, há que se distinguir nele dois aspectos: o que nele é relativamente *duradouro*, o costume, o ato, o "drama", uma certa seqüência rigorosa de procedimentos, e o que é *fluido*, o sentido, o fim, a expectativa ligada à realização desses procedimentos”¹⁷⁶

Os procedimentos punitivos e suas seqüências constituem o aspecto *duradouro* do castigo. O sentido do castigo, este sempre é *fluido*, podendo ser apropriado e alterado por diferentes interpretações, utilizações e finalidades. Na nossa pré-história, assim como nos tempos selvagens da civilização, Nietzsche detecta no castigo, o seu elemento festivo¹⁷⁷ e conclui que os procedimentos punitivos primordiais surgiram nas guerras e nas suas comemorações de vitória:

“[...] O "castigo", a esse nível dos costumes, é simplesmente a cópia *Mimus* [reprodução] do comportamento normal frente ao inimigo odiado, desarmado, prostrado, que perdeu não só qualquer direito e proteção, mas também qualquer esperança de graça; ou seja, é o direito de guerra e a celebração do *Vae Victis* [ai dos vencidos!] em toda a sua dureza e crueldade - o que explica porque a própria guerra (incluindo o sacrifício ritual guerreiro) forneceu todas as *formas* sob as quais o castigo aparece na história”.¹⁷⁸

No que se refere aos sentidos que podem ser outorgados ao castigo, "para ao menos dar uma idéia de como é incerto, suplementar e accidental o "sentido" do castigo, de como um

¹⁷⁵ Garland, 1990, p. 19.

¹⁷⁶ GM/GM, II, 13.

¹⁷⁷ Conf. GM/GM, II, 7.

¹⁷⁸ GM/GM, II, 9.

mesmo procedimento pode ser utilizado, interpretado, ajustado para propósitos radicalmente diversos" em *Para a Genealogia da Moral* Nietzsche expõe uma série deles, como "resultado de um material relativamente pequeno e casual":

"[...] Castigo como neutralização, como impedimento de novos danos. Castigo como pagamento de um dano ao prejudicado, sob qualquer forma (também na compensação afetiva). Castigo como isolamento de uma perturbação do equilíbrio, para impedir o alastramento da perturbação. Castigo como inspiração de temor àqueles que determinam e executam o castigo. Castigo como espécie de compensação pelas vantagens que o criminoso até então desfrutou (por exemplo, fazendo-o trabalhar como escravo nas minas). Castigo como segregação de um elemento que degenera (por vezes de todo um ramo da família, como prescreve o direito chinês: como meio de preservação da pureza da raça ou de consolidação de um tipo social). Castigo como festa, ou seja, como ultraje e escárnio de um inimigo finalmente vencido. Castigo como criação de memória, seja para aquele que sofre o castigo - a chamada correção -, seja para aqueles que a testemunham. Castigo como pagamento de um honorário, exigido pelo poder que protege o malfeitor dos excessos da vingança. Castigo como compromisso com o estado natural de vingança, quando este é ainda mantido e reivindicado como privilégio por linhagens poderosas. Castigo como declaração e ato de guerra contra um inimigo da paz, da ordem, da autoridade, que, sendo perigoso para a comunidade, como violador dos seus pressupostos, como rebelde, traidor e violentador da paz, é combatido com os meios que a guerra fornece"¹⁷⁹

Apesar das diversas aplicações e reinterpretações pelas quais passa ao longo da pré-história do homem, quando inseridas em um "Estado", as práticas punitivas parecem obedecer a uma mesma lógica interna e um único e mesmo padrão, independente do fato de ser oriundo de ofensas recebidas ou mesmo das primitivas práticas comerciais. A equação interna que o castigo possui pode ser apresentada da seguinte maneira: "dano causado = dor sofrida".¹⁸⁰ Essa equação encontra respaldo na capacidade instintiva que o animal-homem possuía de medir forças diante de inimigos ou situações semelhantes.

¹⁷⁹ GM/GM, II, 13.

¹⁸⁰ Deleuze, p. 202.

De igual maneira, o castigo também é utilizado como forma de pagamento de uma dívida, isto é, como forma de extinção de uma obrigação.¹⁸¹ Nas relações de escambo, na relação existente entre credor e devedor, mais especificamente nas relações comerciais primitivas a crédito, o homem aprende a fazer e, através do castigo, a cumprir suas promessas.¹⁸²

Considerando o homem integrado em uma vida comunitária, onde se proíbe a livre exteriorização dos outrora livres e errantes instintos cruéis e agressivos, a faculdade de poder voltar a colocá-los em prática, quando a eles se havia renunciado, implica em uma grande alegria. A prática do castigo é uma faculdade que outorgada ao credor ou à vítima que, de forma lícita, pode voltar a exercer a sua crueldade reprimida contra o devedor ou o ofensor. "A compensação consiste, pois, em uma remissão e em um direito à crueldade".¹⁸³ Nietzsche expõe a equivalência interna que esse tipo de compensação possui:

"[...] 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 e recompensa - a satisfação de quem pode livremente descarregar seu poder sobre um impotente" ¹⁸⁴

Trata-se, portanto, de uma breve retomada dos antigos instintos de crueldade que, ainda que sublimados ou dormentes dentro de um Estado, não deixam de existir. Em *Para a Genealogia da Moral*, Nietzsche repete a questão para propor uma resposta em termos de uma economia intrínseca e fundamentada na vontade de poder:

"[...] Pergunta-se mais uma vez: em que medida pode o sofrimento ser compensação para a "dívida"? Na medida em que *fazer* sofrer era altamente gratificante, na medida em que o prejudicado trocava o dano, e o desprazer pelo dano, por um extraordinário contra-prazer: *causar* o sofrer - uma verdadeira *festa*, algo, como disse, que era tanto mais valioso quanto mais

¹⁸¹ GM/GM, II, 13.

¹⁸² GM/GM, II, 4.

¹⁸³ GM/GM, II, 5.

¹⁸⁴ GM/GM, II, 5.

contradizia o posto e a posição social do credor. Isto eu ofereço como uma suposição: pois é difícil sondar o fundo dessas coisas subterrâneas, além de ser doloroso; e quem aqui introduz o conceito de "vingança", obscurece e cobre a visão, em vez de facilitá-la" ¹⁸⁵

O prazer na crueldade, assim como fazer o mal pelo prazer de fazê-lo, é aqui lembrado por Nietzsche não só como uma das mais antigas características do homem, mas como uma prática associada à vontade de poder e geradora de prazer. O exercício da crueldade causa prazer ao homem na medida em que o agressor submete a vítima, forçando-a a realizar um ato que ela (vítima) não quer fazer, daí tirando um sentimento de poder: ao fazer um outro homem sofrer, o homem que castiga se conscientiza de que está fazendo o outro experimentar algo *contra a vontade dele*, conscientiza-se de que a sua vontade triunfou sobre a vontade do outro.¹⁸⁶ De acordo com Nietzsche existe mais do que um sentimento moral de dever no fato de se punir, existe um prazer positivo decorrente da superação de alguma resistência, no caso a vontade de não ser punido que é manifestada pelo castigado.

O ato de punir implica em uma medida de força que é ainda mais apreciada na medida em que é menos exercitada.¹⁸⁷ Dessa relação existente entre crueldade e o raro prazer que seu exercício proporciona é que pode-se entender a aplicação do castigo como meio restaurador de relações de força e reparador de direitos.

Quanto a referência que Nietzsche faz à "vingança", trata-se de uma alusão direta ao jurista alemão Eugene Dühring,¹⁸⁸ com a intenção de causar polêmica.

¹⁸⁵ GM/GM, II, 6

¹⁸⁶ SOLL, Ivan, *Nietzsche, On Cruelty, Ascetism, Failure of Hedonism in Schacht, R., Nietzsche Genealogy, Morality*, University of California Press, Berkeley, 1994, p. 180.

¹⁸⁷ Garland, *op. cit.*, p. 63.

¹⁸⁸ Eugene Dühring foi um jurista alemão bastante conhecido em sua época, não só em virtude de suas obras, mas também por suas convicções anti-semitas e nacionalistas. Nietzsche o chamava de "salamandra do pântano" (conf. Janz, 1985, Vol. III, p. 344). No âmbito filosófico, Nietzsche se opõe às convicções e ao positivismo de Dühring. A tradução do segmento de Dühring é do Professor Oswaldo Giacoia Jr.

2.10. Castigo e vingança

Para Nietzsche o castigo não pode ser simplesmente identificado ou confundido com a vingança.¹⁸⁹ O jurista alemão Eugene Dühring via na vingança o moto do castigo:

"[...] Com a mesma necessidade, com a qual a reação resulta da ação mecânica, a lesão espontânea e hostil tem por resultado o ressentimento e com ele o agulhão da vingança. O impulso de se vingar da lesão sofrida é manifestamente uma disposição da natureza, que atua também sobre a autoconservação"¹⁹⁰

Na visão do jurista, a origem da vingança é "uma disposição da natureza", e sua finalidade é a "autoconservação". O castigo seria uma retribuição, um meio através do qual o indivíduo daria vazão ao sentimento reativo e derivado de uma lesão sofrida. Conhecedor das obras de Dühring, seu conterrâneo e contemporâneo, Nietzsche o critica pela visão mecanicista, onde o sentimento de vingança surge do ressentimento, de forma reativa e necessária, e também pelas falhas lógicas e históricas dessa concepção.

A crítica que Nietzsche efetua à noção de castigo como pura vingança pode ser iniciada através de um esclarecimento do próprio conceito de vingança, conforme exposto no aforismo 33 de *O Andarilho e sua Sombra*. Para Nietzsche, o conceito de vingança engloba, de forma indistinta, vários elementos e aspectos diferentes entre si e, pelo menos, duas atitudes bastante distintas:

"*Elementos da vingança.* A palavra "vingança" (*Rache* em alemão) se pronuncia muito depressa: parece quase como se não pudesse conter mais do que uma raiz de conceito e de sentimento... Como se todas as palavras não fossem bolsos em que se guardou ora isto, ora aquilo, ora várias coisas de uma vez! Assim também "vingança" ora é isto, ora aquilo, ora algo mais composto..."

¹⁸⁹ GM/GM, II, 5.

¹⁹⁰ Dühring, Eugene, *Cursus der Philosophie*, Leipzig, 1875, p. 224.

Considerando um indivíduo que receba um golpe qualquer, que lhe cause ferimento e dor, pode-se prever que, através de um reflexo quase que involuntário, o ferido efetue um contragolpe em seu malfeitor. A partir dessa hipótese, Nietzsche propõe:

"[...] Distingue-se, primeiramente, aquele contragolpe defensivo que se desfecha quase que involuntariamente, mesmo contra objetos inanimados que nos causaram danos (como contra máquinas em movimento): o sentido de nosso movimento de revide é pôr fim ao dano fazendo parar a máquina [...]"

Este contragolpe, antes de tudo, é um meio de descarga da dor sentida, possuindo por finalidade o afastamento do agente contundente, ou seja, uma reação instintiva que também possui por base o temor a um segundo golpe:

"[...] a força do contragolpe precisa às vezes ser tão grande, para conseguir isso, que destroça a máquina; mas se esta é forte demais para que possa ser prontamente destruída pelo indivíduo, este desferirá mesmo assim o golpe mais forte de que é capaz - como uma última tentativa [...]"

Esta descarga é uma atitude de autopreservação e que também tem por base o medo. Nesse tipo de contragolpe, em momento algum a vítima chegou a pensar em revidar ou mesmo no seu malfeitor. Se entre o golpe sofrido e o revide do contragolpe pela vítima transcorre algum tempo, trata-se de uma fração de segundos, na qual a vítima pensa apenas em si, em preservar a sua vida e em afastar o perigo mais iminente:

"Assim se procede também contra pessoas que causam dano, na imediata sensação do próprio dano; querendo, se pode então denominar a este ato um ato de vingança; apenas se considere que aqui foi somente a própria *autoconservação* que colocou em movimento a engrenagem da sua razão e que, no fundo, ao fazê-lo, não se pensa no autor do dano, mas somente em si: agimos assim *sem* querer revidar o dano, mas apenas para *safar-nos* sãos e salvos" ¹⁹¹

Ainda que pese uma inegável semelhança entre os argumentos de Nietzsche e de Dühring, Nietzsche admite, com certa condescendência, que podemos chamar este tipo de

¹⁹¹ WS/AS, 33.

atitude de vingança, contanto que se faça uma clara distinção entre um segundo tipo de atitude, que também é chamado de vingança.¹⁹²

A segunda atitude sobre a qual Nietzsche se refere, possui uma outra natureza e requer o auxílio do tempo. Trata-se da vingança entre adversários. Concebendo o animal-homem em seu estágio mais primitivo; supondo que a partir da ação de um outro, esse bicho receba um golpe qualquer, que venha lhe causar ferimento e dor; considerando, ainda, que a vítima queira revidar o dano sofrido ao seu agressor, neste caso Nietzsche pondera:

"[...]É preciso de *tempo*, quando se tira o pensamento de si para voltá-lo ao adversário, e se pergunta de que maneira ele pode ser atingido de modo mais doloroso. Isto ocorre na segunda espécie de vingança: sua premissa é uma reflexão sobre a vulnerabilidade do outro e sobre a sua capacidade de sofrer: quer-se fazer mal. Em contrapartida, garantir-se contra novos danos está aqui tão pouco no horizonte daquele que almeja a vingança que ele quase em regra atrai sobre si um novo dano e muito freqüentemente o prevê e o encara a sangue frio [...]"

Nesta segunda hipótese, a vítima lesada reflete em *como* causar danos a seu malfeitor, nos pontos fracos deste, em seus aspectos vulneráveis, o que requer tempo e a capacidade de elaborar raciocínios de causa e efeito. Ao procurar uma forma de compensação pelo sofrimento que passou, a vítima engendra em seu íntimo todo um raciocínio pródigo em previsões e em relações de causalidade, o que não era próprio do animal-homem. Também deve ser considerado que, neste tipo de atitude, raramente a vítima pensa em se preservar, pois na maioria das vezes a realização do revide coloca em risco a sua própria vida, pois sequer pondera sobre os riscos que esse tipo de reação pode lhe trazer:

"[...] Se na primeira espécie de vingança era o medo do segundo golpe que tornava o contragolpe tão forte quanto possível: aqui há quase total indiferença diante daquilo que o adversário *fará*; a força do contragolpe é determinada somente por aquilo que ele nos *fez*. E o que foi que ele fez? E

¹⁹² No mesmo aforismo 33 de *O Andarilho e sua Sombra* Nietzsche distingue ainda um terceiro tipo de vingança, ligado à reparação da honra e manifestado através do duelo, obviamente não integrante no universo primitivo da antiga eticidade do costume.

de que nos serve que sofra agora, depois que nós sofremos por causa dele? Trata-se de uma *restauração*: enquanto o ato de vingança da primeira espécie serve somente à *autoconservação*..."¹⁹³

Entre a primeira e a segunda forma de reação, as motivações são bastante diferentes entre si, assim como os meios e as respectivas finalidades. Este segundo tipo de reação pode ser chamado de vingança com maior propriedade, contudo, nesta segunda reação, a definição apresentada por Dühring, que se pretende universal, não tem mais aplicação.

Para Nietzsche, os erros lógicos de Dühring consistiriam em: a) ter outorgado uma motivação própria do segundo tipo de vingança ao ato mecânico que caracteriza o primeiro tipo de descarga; e b) ter deixado de considerar o lapso temporal necessário para o desenvolvimento do segundo tipo de vingança. As falhas históricas de Dühring consistiriam em ter deixado de considerar que o segundo tipo de vingança pressupõe uma capacidade de estabelecer relações de causa e efeito, de efetuar previsões, enfim, a capacidade de raciocinar, o que não era presente no animal-homem; e d) ter concebido o surgimento da noção de justiça, de justo e injusto, a partir do ato ofensivo.¹⁹⁴

Através de sua pesquisa genealógica, Nietzsche também identifica que, em várias culturas e em várias eras, para se evitar a vingança feita pela própria vítima, isto é, a autotutela, o que bem poderia desencadear a guerra de todo contra todos, considerando as antigas estruturas sociais por laços de sangue, o poder de castigar foi tomado por um agente centralizador.

As grandes famílias, denominadas *genos* pelos gregos, uniam-se em tempos de guerras em grupos maiores, denominados *fratias*.

"[...] as *fratias* aparentadas formam a tribo. Contudo, a solidariedade dos *genos* não está adstrita somente às questões militares. A *fratia* – agrupamento de vários *genos* – incorpora também direitos e deveres recíprocos, especialmente os que consistem na comunidade de certos ritos

¹⁹³ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁴ Conf. GM/GM, II, 11.

religiosos e no direito de perseguir o homicida no caso de assassinato de um membro da *fratía*.”¹⁹⁵

Dessa maneira, o encargo de punir passa para um agente que está acima da própria lei, posteriormente, este encargo passa para o Estado moderno. Em ambos os casos, como já dissemos, evita-se a autotutela, o perigo de uma guerra de todos contra todos e criando-se um distanciamento entre o ofensor e o ofendido. Este fenômeno surge de forma ativa entre os gregos, mas nada que se compare com o fenômeno da tutela jurisdicional do Estado moderno, oriunda do iluminismo, porque neste surge de forma reativa. Os gregos “aprenderam, pouco a pouco, a organizar o caos de elementos que se misturavam confusamente na história de sua civilização”.¹⁹⁶ Os iluministas, ao fazê-lo, não levaram em conta as desigualdades entre os homens, a desigualdade de razão, de consciência, de livre arbítrio. Os iluministas e o modelo de Estado moderno oriundo da Revolução Francesa, igualaram todos por baixo. Os resultados, por conseguinte, são distintos.

No decorrer da trajetória do homem, o processo judicial com um julgamento imparcial será o mecanismo utilizado para que a efetivação desse distanciamento entre ofendido e ofensor ocorra.

Na obra *Genealogia da moral*, Nietzsche volta ao tema da aplicação da pena ao criminoso, lembrando que o aguilhão da culpa, do remorso são estados de espírito que não são encontrados nos criminosos. Acreditar que o castigo seja a fonte do remorso constitui um atentado contra a psicologia, seja da época atual, seja daquela "mais longa história do homem, a sua pré-história".¹⁹⁷ Sob uma perspectiva histórica Nietzsche constata que

“[...] o desenvolvimento do sentimento de culpa foi *detido*, mais do que tudo, precisamente pelo castigo - ao menos quanto às vítimas da violência punitiva" isto porque "o ferrão da consciência é muito raro entre os criminosos" [...]"

¹⁹⁵ Assis, 2002, p. 57

¹⁹⁶ Giacoia Jr., 2000, p. 38/39.

¹⁹⁷ GM/GM, II, 14.

Por não possuir consciência da natureza criminoso do ato praticado, a aplicação do castigo não faz surgir culpa ou remorso no criminoso. Assim, "durante milênios os malfetores alcançados pelo castigo pensaram a respeito de sua "falta": "algo aqui saiu errado" e *não*: "eu não devia ter feito isso" ..." ¹⁹⁸ Para o criminoso, a punição em si não faz sentido. A crítica remonta a *O andarilho e sua sombra*:

"[...] Para a maior parte dos criminosos a punição vem como vêm os filhos as mulheres. Dez e cem vezes fizeram a mesma coisa sem todavia sofrer-lhe as más conseqüências, mas de repente são descobertos e segue-se o castigo" ¹⁹⁹

Pela perspectiva do criminoso, as mesmas ações violentas que são condenadas e que se pretende coibir, são de igual forma exercidas pelo Estado contra ele mesmo, o criminoso, em nome da justiça, o que não faz sentido algum. É a violência institucionalizada combatendo a violência fora da lei.

Nietzsche salienta que, de uma forma geral, o castigo nunca tornou um homem melhor, pelo contrário: o seu genuíno efeito consiste

"[...] numa intensificação da prudência, num alargamento da memória, numa vontade de passar a agir de maneira mais cauta, desconfiada e sigilosa, na percepção de ser demasiado fraco para muitas coisas, numa melhoria da faculdade de julgar a si próprio. O que em geral se consegue com o castigo, em homens e animais, é o acréscimo do medo, a intensificação da prudência, o controle dos desejos: assim o castigo *doma* o homem, mas não o torna "melhor" - com maior razão se afirmaria o contrário. ("O prejuízo torna prudente", diz o povo: tornando prudente, torna-se também ruim. Mas felizmente torna muitas vezes tolo)..." ²⁰⁰.

Em outra passagem de *Genealogia da moral* Nietzsche constata que o castigo torna o criminoso ainda mais frio e duro. ²⁰¹ Longe de reabilitar o criminoso, as punições modernas

¹⁹⁸ GM/GM, II, 15.

¹⁹⁹ WS/AS, 28.

²⁰⁰ GM/GM, II, 15.

²⁰¹ GM/GM, II, 14.

não teriam o efeito de expiar culpa alguma, "ao contrário, sujam mais do que o próprio delito".²⁰² Isto porque a pesquisa genealógica demonstra que o castigo e a cólera possuem procedência em tempos primordiais, constituindo legados do animal-homem.²⁰³

"[...] Nietzsche argumenta que, mesmo como instrumento do poder do Estado, o castigo continua a ser um festival mudo de crueldade no qual a população pode saborear suas emoções básicas e apreciar indiretamente o seu poder. É claro que as instituições penais da sociedade moderna negam sua associação com a crueldade, e o sadismo popular é desprezado pelos capacitados moralistas da comunidade, mas Nietzsche insiste que por debaixo dessa hipocrisia - ou talvez no que Freud chamaria de inconsciente - essas paixões continuam a existir".²⁰⁴

Mesmo revestido pela figura jurídica da pena judicial, "o instinto da crueldade esconde-se ainda na prática punitiva dos povos civilizados".²⁰⁵ Dessa maneira, o prazer na crueldade possui nas condenações judiciais a sua mais concreta expressão.

Para Nietzsche, nada mais justifica a manutenção das práticas punitivas, nem mesmo a argumentação extrema de que "o castigo é feito para melhorar *aquele que castiga*".²⁰⁶ As penas judiciais e as demais formas de punição já teriam cumprido a sua função na história do homem, não possuindo mais aplicação no mundo moderno.

A proposta da moderna filosofia do direito, no sentido de uniformizar as penas, em nada alteraria esta constatação, pelo contrário, pois deixa de considerar que "o que é justo para um não *pode* absolutamente ser justo para outro".²⁰⁷ Seria novamente incorrer no erro da concepção de igualdade entre os homens. Outro exemplo disso é a questão do suicídio, tal como proposta por Nietzsche.

²⁰² M/A, IV, 236.

²⁰³ WS/AS, 183.

²⁰⁴ Garland, 1990, p. 63

²⁰⁵ FINK, Eugen, *A Filosofia de Nietzsche*. 2ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 1988, p. 143.

²⁰⁶ FW/GC, III, 219

²⁰⁷ JGB/BM, VI, 228.

2.11. A escolha pelo suicídio

Retomando tema exposto por Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco*,²⁰⁸ e também explorado pelos iluministas, uma lei que tentasse vedar o suicídio seria absolutamente inócua, mesmo porque, trata-se de um crime que “Deus pune após a morte do culpado, e somente Deus pode punir após a morte.”²⁰⁹

Nietzsche parece considerar válido todo e qualquer esforço no sentido de restabelecer ao criminoso a sua liberdade e a sua coragem, somente não crê que o castigo seja o método mais adequado para isso. Para casos extremos, onde o criminoso é vítima de impulsos tirânicos e violentos, Nietzsche chega a propor o suicídio como saída extrema, eis que atenuante de sofrimento.²¹⁰ Esta proposta é o mais próximo que o pensamento nietzscheano chegou da controvertida questão da imposição da pena capital ao criminoso, sendo interessante notar que a decisão final do suicídio caberia a este.

O direito de tirar a própria vida é defendido por Nietzsche e por diversas perspectivas. Em *Humano, demasiado humano*, Nietzsche compara o direito de tirarmos a vida do nosso semelhante, com a negação, certamente oriunda da Igreja, de tirarmos a própria vida.

Impedimento do suicídio. – Há um direito segundo o qual podemos tirar a vida de um homem, mas nenhum direito que nos permita lhe tirar a morte: isso é pura crueldade.²¹¹

Em *Para além do bem e do mal*, a questão é retomada, de forma mais pessoal, sem prejuízo, contudo, à perspectiva do direito:

“O pensamento do suicídio é um forte consolo: com ele atravessamos mais de uma noite ruim.”²¹²

A proposta de tirar a própria vida não ficaria restrita apenas ao criminoso, quando este não suportasse mais a sua própria existência. Contudo, não dispomos de um valor

²⁰⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*,

²⁰⁹ Beccaria, *Dos delitos e das penas*, XXXV.

²¹⁰ M/A, III, 202

²¹¹ MAI/HHI, II, 88.

²¹² JGB/BM, IV, 157.

absoluto que nos permita julgar a própria vida, de modo que os aforismos parecem ser argumentações, mesmo porque, invertendo perspectivas mais uma vez, Nietzsche questiona sobre a possibilidade futura do criminoso, embasado por um compromisso pessoal, em gesto voluntário, reconhecer seu erro publicamente e pronunciar a sua própria punição, elevando-se, dessa forma, acima do delito que cometeu.²¹³

A abordagem poderia parecer ingênua, se Nietzsche não tivesse em mente a noção de que devemos sair da vida com dignidade, tal como Sócrates, tal como Antígona.

2.12. A pena capital e o caso Miguel Servet

A análise que Nietzsche faz do criminoso, mais especificamente da culpabilidade tal como concebida pelo direito penal, é muito mais complexa dos que as poucas linhas que Strauss dedicou aos mesmos temas em sua obra *Da velha e da nova fé*. Se em referida obra Strauss aparenta perplexidade quanto à pena de morte aplicada à Miguel Servet, Nietzsche retoma o mesmo tema em *Humano, demasiado humano*. Não de forma a justificar a pena de morte, mas sim através de uma série de perspectivas que não foram de forma alguma pensadas pelo livre-pensador.

Miguel Servet (1511 – 1553) foi um médico filho de marranos que por ter questionado dogmas da Igreja cristã, entre eles o dogma da Santíssima Trindade foi condenado por católicos e levado à fogueira pelos protestantes. Ao sustentar sendo Jesus Cristo filho de Deus, Ele teria uma origem e, por conseguinte, não poderia ser considerado eterno. A lógica de Servet é literal: um filho não pode ser eterno. Servet foi perseguido, julgado culpado e mandado à fogueira por Calvino.²¹⁴

Nietzsche retoma a questão posta por Strauss e se aparentemente absolve a condenação de Calvino, uma leitura mais atenta demonstra a sua preocupação com o rigor que uma pesquisa genealógica deve ter.

“Não julgueis – Devemos ter o cuidado de não incorrer na censura injusta, ao refletir sobre épocas passadas. A injustiça da escravidão, a crueldade na

²¹³ M/A, III, 187.

²¹⁴ FERNANDEZ, José Baron, *Miguel Servet – su vida y su obra*, 1989 e BAINTON, Roland, *Servet, el hereje perseguido*, 1973.

sujeição de pessoas e povos não deve ser medida pelos nossos critérios. Pois naquele tempo instinto de justiça não estava ainda desenvolvido. Quem pode censurar o genebrês Calvino por fazer queimar o doutor Serveto? Foi um ato coerente, que decorreu de suas convicções, e do mesmo modo a Inquisição tinha suas razões; sucede que as idéias dominantes eram erradas e tiveram uma consequência que nos parece dura, porque se tornaram estranhas para nós. E o que é o suplício de um homem , comparado aos eternos castigos do inferno para quase todos? Entretanto essa concepção dominou o mundo inteiro na época [...]”²¹⁵

A crítica moral da condenação de Servet seria um caso paradigmático de como valores e critérios modernos de justiça são transportados erroneamente para o passado. Nietzsche apela para uma suspensão de pré-juízos, base da pesquisa genealógica.

A argumentação em favor de Calvino não é posta por Nietzsche para justificar a pena de morte imposta a Servet, conforme já colocado, mas sim para destacar o sentido histórico, qualidade necessária para o historiador crítico e também base da pesquisa genealógica. Basta lembrarmos que Calvino estava agindo conforme suas convicções e procurando salvar todo o seu rebanho de fiéis da má influência de um herege.

Em *Humano, Demasiado Humano*, Nietzsche já havia se posicionado de forma totalmente oposta à pena capital, esclarecendo que elas “ofendem, mais do que solucionam”.²¹⁶

2.12. A teoria da abolição das penas

Os diversos graus de consciência existentes entre os homens fazem com que Nietzsche sugira a criação de sociedades secretas de indivíduos que, através de um compromisso mútuo, renunciariam o auxílio dos tribunais "assim como a punição e a vingança das ofensas recebidas",²¹⁷ para solucionar ofensas e pendências. Nietzsche já procurava extirpar da nossa cultura o conceito de castigo, e nesse sentido já propunha que o

²¹⁵ MAI/HHI, II, 101.

²¹⁶ MAI/HHI, II, 70.

²¹⁷ M/A, III, 202.

criminoso deveria ser tratado como um insano, como um doente.²¹⁸ A partir de então, no que se refere ao castigo, essas duas propostas passam a nortear o pensamento nietzscheano.

Segundo Nietzsche, toda essa precariedade de perspectivas e de avaliações faz com que os julgamentos da modernidade sejam tão justos e precisos quanto a queima de bruxas na Idade Média, pois não existe culpa alguma a ser expiada.²¹⁹ Ainda mais, as cortes e os códigos criminais possuem uma precisão de "balanças de merceeiro e sua vontade de *contrabalançar a culpa com a pena* [...]" No mesmo aforismo, Nietzsche propõe que "deveríamos ir para além disso" pois "todo culpado é um doente" e não o contrário.²²⁰

Se para Nietzsche, quando se pleiteia perante os tribunais a aplicação da justiça, pleiteia-se uma vingança cega, fundamentada na noção de livre-arbítrio, seja esta de caráter pessoal e privado, ou de caráter público e social,²²¹ de forma que o réu é sempre um "bode expiatório"²²² do instinto de crueldade ainda existente na nossa cultura.

Assim como Voltaire, Schopenhauer, Oscar Wilde, Tolstói e Ghandi, Nietzsche não acreditava que as penas e os castigos judiciais pudessem proporcionar qualquer efeito positivo, sendo um dos primeiros pensadores modernos a abordar a teoria da abolição das penas.

Talvez Nietzsche entendesse melhor do que Strauss o perdão concedido pelo Granduque de Baden ao homicida de Reuchtal. Uma vez que em sua visão perdão dessa natureza, um perdão ativo, é infinitamente superior a uma vingança travestida de justiça, a um sentimento reativo.

Em *A gaia ciência* Nietzsche propõe que aqueles que sofreram algum tipo de ofensa deixem de exercer os seus direitos, deixem de pleitear a vingança institucionalizada e travestida de justiça. Se os castigos, ou as penas já cumpriram o seu papel no processo de domesticação do homem em outros tempos, isto ocorreu de forma ativa, a noção de justiça era outra, era modeladora. A justiça moderna é apenas uma vingança, uma reação,

²¹⁸ M/A, I, 13 e III, 202.

²¹⁹ FW/GC, III, 250 e GM/GM, III, 16.

²²⁰ M/A, III, 202.

²²¹ Conforme WS/AS, 33 e M/A, III, 202.

²²² M/A, IV, 252..

caracterizada pelas práticas punitivas as quais possuem sua gênese na nossa pré-história. Um passo adiante deve ser tomado:

"É somente quando a *enfermidade das cadeias* for sobrepujada, que o primeiro grande fim será inteiramente atingido: a separação do homem e do animal" ²²³

Através do aforismo acima, percebemos que o primeiro passo para uma elevação do homem, seria um afastamento dessa enfermidade que é o hábito de trancafiar o criminoso, uma sociedade forte não precisa disso:

"[...] nenhum pensador teve ainda a coragem de medir a saúde de uma sociedade e dos indivíduos pelo número de parasitas que podem suportar[...]" ²²⁴

De outro lado, é desumano uma pessoa castigar um doente, por ser doente, da mesma forma deve ser considerado desumano castigar um criminoso, por ser criminoso.²²⁵ Nietzsche não está propondo uma solução prática, não se trata de substituir a execução de uma sentença penal por alguma medida de segurança. Se, em última análise, o criminoso não pode ser recuperado, então deve-se alterar o modo de tratá-lo:

"Ter garras e não usá-las, e antes de mais nada estar acima de qualquer *ressentimento* ou desejo de vingança, isto é, de acordo com Nietzsche, o sinal da verdadeira força; e isto também é a chave para a sua persistente crítica do castigo".²²⁶

Em *Genealogia da moral* Nietzsche afirma mais uma vez que

"[...] encontram-se em abundância os vingativos mascarados de juízes, que permanentemente levam na boca, como baba venenosa, a palavra *justiça* e

²²³ WS/AS, 349.

²²⁴ M/A, III, 202.

²²⁵ GD/CI, Os quatro grandes erros, 8.

²²⁶ Kaufmann, 1974, p. 372.

andam sempre de lábios em bico, prontos a cuspir em todo aquele que não tenha olhar insatisfeito e siga seu caminho de ânimo tranqüilo [...].²²⁷

O aforismo ilustra a natureza reativa da justiça moderna, que pune, de forma vingativa, aqueles que não apresentam sinais de ressentimento e insatisfação. Por conseguinte, uma mudança é necessária e se Nietzsche assinala a proposta de ter garras e não usá-las, esta atitude deve partir de um grupo selecionado e ativo. Não podemos esperar que o reativo, o ressentido deixará de ser vingativo por moto próprio. Trata-se de uma mudança que deverá advir de uma outra tipologia moral.

Nietzsche sabia que sua desconstrução do direito penal moderno não dava conta das questões clássicas da filosofia do direito, razão pela qual passa a abordá-las através da sua pesquisa histórica e do seu método genealógico.

²²⁷ GM/GM, III, 14.

CAPÍTULO III

QUESTÕES DA FILOSOFIA DO DIREITO ABORDADAS POR NIETZSCHE

Dentre as questões próprias da filosofia do direito e que foram abordadas por Nietzsche a partir da leitura de Strauss, destacamos: a) o homem em seu estado de natureza e a natureza do homem; b) as sociedades primitivas, a eticidade dos costumes e o direito consuetudinário; c) o surgimento do Estado e as duas tipologias básicas de animais-homem; e, como questões decorrentes, destacamos d) as críticas às teorias contratualistas; e) a desconstrução das noções de direito natural; f) crítica ao direito dogmático.

3.1. O Homem em seu estado de natureza e a natureza do homem

A busca pelo homem em seu estado de natureza é uma questão clássica que permeou todo o pensamento jusnaturalista, inclusive o moderno, mas que sofre uma alteração radical em sua abordagem, após o advento do darwinismo.

Assim como Hobbes, Rousseau e Strauss, Nietzsche também procurou situar o homem em seu "estado de natureza" e nesta questão seria difícil dizer que Nietzsche não foi diretamente influenciado pelas teorias evolucionistas, pois não desassocia o homem em seu estado de natureza e a natureza do homem.

Quando Nietzsche procura o homem em seu estado de natureza, lá encontra o "bicho-homem", ou o "animal-homem", aquele que precedeu o homem.

O estado de natureza do homem nietzscheano aproxima-se de uma reflexão sobre as condições que o animal-homem efetivamente viveu na pré-história. Refletindo sobre as condições de vida daqueles tempos selvagens, Nietzsche expõe em *O andarilho e sua sombra* que em

"[...]florestas e cavernas, em terras pantanosas e sob céus encobertos - ali o homem, em graus de civilização de milênios inteiros, viveu por demasiado tempo, e viveu precariamente[...]" ²²⁸

²²⁸ WS/AS, 16.

Em *Aurora* Nietzsche também se volta para aquele mesmo período indeterminado do tempo, aquele período que constituiu a "[...] verdadeira história que determinou o caráter da humanidade."²²⁹ Afastando-se de qualquer concepção abstrata, para Nietzsche, em seu estado de natureza, o animal-homem vivia mal.

É dentro deste contexto da nossa pré-história, que Nietzsche procura a natureza do homem, pois foi naquela época, através do direito consuetudinário, que ocorreu a inscrição do social no homem, o fenômeno que Nietzsche denominou de eticidade dos costumes.

Para Nietzsche toda e qualquer concepção de natureza humana que considerasse o homem, como se toda a humanidade, ao longo de todos os períodos de sua trajetória, fosse igualmente dotada de razão, consciência, livre arbítrio e sentimento religioso, carece de uma falta de perspectiva histórica, conforme já exposto.

Em função da nova perspectiva que se abriu com as escolas evolucionistas, em *Assim falou Zaratustra*, Nietzsche deixa claro a existência de um impedimento epistemológico no sentido de se detectar uma natureza humana, conforme já exposto anteriormente. O homem seria “uma corda estendida entre o animal e o além-do-homem – uma corda sobre o abismo.”²³⁰

Essa concepção de homem que resgata a comparação efetuada em *Humano, demasiado humano*, entre o homem atrasado e o homem antecipador, será retomada em *Genealogia da moral*, focando, de forma privilegiada, o animal-homem.

Segundo Nietzsche, o animal-homem era um ser selvagem, errante, movido por “impulsos reguladores e inconscientemente certos”.²³¹ Enquanto animal, o homem possuía uma postura de inocência e alegria perante a vida, encontrando no exercício da crueldade a sua maior fonte de prazer.

Para Nietzsche é justamente por dar plena e livre vazão às suas pulsões, e em especial aos seus instintos cruéis, que em seu estado de natureza o animal-homem era mais feliz do

²²⁹ M/A, I, 18.

²³⁰ Za/Za, Prólogo, 3 e 4.

²³¹ GM/GM, II, 16.

que o homem moderno: "Naquela época, quando a humanidade não se envergonhava ainda de sua crueldade, a vida na terra era mais contente do que agora."²³²

Os animais-homem, na concepção de Nietzsche, “não eram iguais por natureza, não amavam uns aos outros por natureza e não eram naturalmente livres”.²³³ Próximo do bicho, o animal-homem não possuía noções de dever, responsabilidade, livre arbítrio, culpa, ou mesmo sentimentos de piedade,²³⁴ assim como era destituído de memória, não sabendo sequer estabelecer relações coerentes de causa e efeito. Para Nietzsche é justamente nesse período pré-histórico, o mais longo período da trajetória da humanidade, que encontramos a inscrição do social no homem, período em que ocorre a eticidade dos costumes, ou moralidade dos costumes, como também é traduzido *Sittlichkeit der Sitte*.

3.2. Sociedades primitivas, eticidade dos costumes e direito consuetudinário

A tradicional questão, tão destacada por vários pensadores e juristas, se existiam direitos naturais antes da origem do Estado, é reinterpretada e invertida por Nietzsche: considerando aquele universo primitivo como surgiu o direito? Para Nietzsche uma das conseqüências do então emergente direito consuetudinário é a própria eticidade dos costumes.

Segundo esta concepção de Nietzsche é praticamente impossível separar o desenvolvimento da razão, da moral e do sentimento religioso primitivo e da eticidade do costume das leis emergente naqueles tempos primevos.

Na primeira parte de *Aurora*,²³⁵ Nietzsche apresenta uma série de definições e conceitos que, posteriormente são retomados e empregados em *Genealogia da Moral*. Esses conceitos são: "eticidade do costume", "costume", "tradição", "leis" e "valores".

²³² GM/GM, II, 7.

²³³ Kaufmann, 1974, p. 170.

²³⁴ conf. GM/GM, II, 19.

²³⁵ Destacamos M/A 9-14, 18-9 e GM/GM, P. 2-4, P. 4, II, 2 e III, 9.

Segundo Nietzsche "eticidade é apenas (e sobretudo *não mais do que isso*) a obediência aos costumes sejam eles quais forem"²³⁶ Nas palavras Azeredo:

"A moralidade do costume é percebida como a capacidade ou mesmo a condição do humano de obedecer a leis, cujo referencial regulador encontra-se em uma superioridade imanente expressa na figura da tradição[...]"²³⁷

No mesmo sentido e nas palavras de Giacoia Jr.:

"[...]Eticidade implica, portanto, um modo efetivo de comportamento e relação que supõe a capacidade de fazer ou deixar de fazer aquilo que é prescrito ou proscrito pelos costumes. A noção de eticidade envolve, portanto, a noção de comportamento normativo, ou melhor, a faculdade de agir ou se abster segundo a representação de uma máxima. Na origem da eticidade há que se postular, portanto, apenas a capacidade de determinar a própria ação segundo o comando de uma regra, e não uma espécie qualquer de vocação inata do homem para o Bem e a Virtude, existente em germe como dado da natureza humana. Eticidade não tem, para Nietzsche, como pressuposto e condição senão a faculdade de agir em geral; eticidade não é senão, para ele, uma modalidade de ação, qual seja, ação de obediência à autoridade imperativa do costume [...]"²³⁸

A obediência aos costumes de uma comunidade, ainda que forçada, acabará por formar no animal-homem um sentimento de reverência pelo costume. Azeredo chama a atenção para aquela condição do homem primitivo e sua relação com os costumes:

"[...]Os próprios costumes, enquanto maneira de agir e apreciar prescrita pela comunidade exige o seu cumprimento. Por isso, tudo o que se referir a eles, desde questões de higiene, saúde, relações entre os membros da comunidade, etc., estavam sob o jugo da moralidade. Os indivíduos teriam necessariamente

²³⁶ M/A, I, 9.

²³⁷ AZEREDO, Vânia Dutra de. *Nietzsche e a dissolução da moral*. São Paulo: Discurso Editorial, 2000, p. 93.

²³⁸ Giacoia Jr., 1989, p. 122.

que se guiar pelos costumes existentes, de forma que a perspectiva propriamente individual se dirime na observância da tradição [...]

[...] Os homens teriam, assim, desde suas origens mais primitivas – primitividade entendida a partir da própria constituição do humano pela ação da cultura, sua inscrição social, desenvolvido a atitude de obedecer a leis. O movimento da cultura é denominado por Nietzsche “Moralidade dos costumes” (*Sittlichkeit der Sitte*), cuja ação precípua está determinada pelo adestramento, pelo ato de impor a obediência aos próprios costumes.²³⁹

Conforme Nietzsche, os costumes representam a experiência anteriormente adquirida pela humanidade acerca do que considerava útil ou prejudicial, constituindo, ao longo do tempo, "a maneira tradicional de agir e de apreciar".²⁴⁰

Em *Genealogia da Moral* Nietzsche retoma a mesma conceituação expondo que "os costumes são, enquanto obra dos antepassados, também seus preceitos e ordens".²⁴¹ A autoridade dos costumes provém do fato de já terem sido experimentados e aprovados por gerações passadas. Por outro lado, deve ser considerado que, naquela época da pré-história da humanidade, não se discutia o valor de um costume, pois este era revestido de um caráter de santidade. "Costumes são, portanto, regras de conduta, cuja observância é exigida pela autoridade da tradição."²⁴² Complementa Azeredo:

“[...] Segundo o filósofo de Sils Maria, há uma distinção entre o costume propriamente dito e o sentimento do costume (*Das Gefühl der Sitte*), designando o primeiro “como o modo tradicional de agir e avaliar”, enquanto segundo refere-se à “obediência a costumes”, a necessidade de assimilar o próprio costume e, portanto, ao âmbito da moralidade (*Sittlichkeit*).[...]

A eticidade dos costumes, iniciada naqueles tempos que precederam a história da humanidade, acabou por se constituir num legado imemoriável e, sendo assim, o valor dos costumes pode ser encontrado em dois princípios fundamentais, a saber: que "o valor da

²³⁹ Azeredo, 2000, p. 94.

²⁴⁰ M/A, I, 9.

²⁴¹ GM/GM, II, 19.

²⁴² Giacoia Jr., 1989, p. 122.

sociedade é maior do que o individual" e que "é preferível uma vantagem duradoura do que uma vantagem transitória".²⁴³

Ao afirmar que "o valor da sociedade é maior do que o individual" Nietzsche está abordando o que em direito é conhecido como o princípio da supremacia do poder público. Este deve prevalecer aos interesses do particular.

Ao sustentar que "é preferível uma vantagem duradoura do que uma vantagem transitória" Nietzsche demonstra como os costumes acabam por se revelar como uma forma de se garantir a sobrevivência da comunidade, proporcionando a esta uma certa qualidade de existência²⁴⁴ e isso de maneira a consolidar um tipo de valoração segundo a qual, "qualquer costume é melhor do que a ausência de costumes".²⁴⁵

Quando elevados à categoria de instituições estáveis, os costumes tornam-se leis. Conforme explica Giacoia Jr. as normas de conduta são "*pontos de vista de valor* com base nos quais são instituídas formas de apreciação das condutas e critérios de medida".²⁴⁶

Por valores, Nietzsche entende as condições de conservação e de crescimento de complexos vitais, "precisamente do *tipo de vida* que os elege e institui a partir de uma perspectiva ou ponto de vista".²⁴⁷ Os valores supõem a existência de avaliações; estas lhes dão origem e lhes conferem valor; as avaliações, por sua vez, brotam das necessidades da própria vida.²⁴⁸

A exemplo dos valores e dos costumes, também as leis são condições de existência, que concentram em si os resultados de experiências que são valorizadas pela comunidade.

Revestido em normas de conduta, o costume é considerado por Nietzsche como uma das fontes do direito, mais especificamente, como a fonte do direito consuetudinário

²⁴³ VM/OS, 89.

²⁴⁴ WS/AS, 44.

²⁴⁵ M/A, I, 16.

²⁴⁶ Giacoia Jr., 1989, p. 122.

²⁴⁷ Idem, p. 100.

²⁴⁸ FW/GC, III, 116.

primitivo. Essas normas também são imperativos de ação e na medida em que possuem um resultado garantido ao longo de gerações, não se questiona a sua autoridade.

"A profunda reverência pela idade e pela origem - todo o direito se baseia nessa dupla reverência - a fé e o preconceito em favor dos ancestrais e contra os vindouros são algo típico da moral dos poderosos"²⁴⁹

Em última instância, a autoridade dos costumes e da lei consuetudinária se determina porque foram dados e revelados por Deus. Por serem sagrados são também intocáveis. Acrescenta-se a isso que sua eficácia já se provou na medida em que a vida dos antepassados se regrou por esses mesmos costumes e leis.

Por conseguinte, uma ação será considerada moral na medida em que segue a tradição, e imoral na medida em que dela se afasta. Ser moral é agir conforme o costume, ser ético significa obedecer à lei ou à antiga tradição. Ser imoral é não segui-los.

Essa inscrição social, oriunda da nossa pré-história, começa a modelar o animal-homem de acordo com a sociedade (tribos primitivas) na qual encontra-se inserido, de forma que podemos apresentar, de maneira bastante arbitrária, o seguinte quadro sinótico:

Origem da Norma	Descumprimento	Nome da Punição	Espécies de Perdão
Jurídica	Crime	Pena judicial	Indulto, Perdão
Religiosa	Pecado	Castigo	Graça
Costumeira	Transgressão	Banimento	Tolerância
Moral	Desrespeito	Afastamento	Relevamento

A divisão é arbitrária, uma vez que nos costumes os mais variados tipos de preceitos se aglomeravam em um só comando, mas ainda assim, o quadro revela uma matriz ainda presente no modo de sentir, pensar e agir do homem.

²⁴⁹ JGB/BM, IX, 260.

A exemplo do que ocorria com os costumes, não cabia ao indivíduo questionar o valor da tradição ou da norma.²⁵⁰ Se assim fizesse, colocaria em risco a memória de seus antepassados, incorreria em um crime contra os ancestrais divinizados, ou, em última instância contra Deus.²⁵¹

Dessa forma, a questão se existia ou não direitos naturais antes do advento do Estado, fica completamente comprometida pela abordagem radical que Nietzsche dispensa à questão.

A questão do surgimento do Estado, também tão privilegiada pela filosofia do direito, mas tão descuidada na filosofia moderna, eis que invariavelmente reduzidas às teorias contratualistas, é abordada de maneira completamente original e inovadora por Nietzsche.

O primeiro Estado, para Nietzsche, está atrelado a duas tipologias básicas de animais-homem e, apesar de adentrar na nossa sua história, suas origens também se encontram na nossa pré-história.

3.3. O surgimento do Estado e duas tipologias básicas

Naquele universo primitivo, Nietzsche detecta "dois tipos básicos" de animais-homem: o "animal de rebanho" e a "besta louca".²⁵² Sempre importante frisarmos se tratar de duas tipologias básicas e não de duas raças. Esta noção de "besta louca", apresentada por Nietzsche, que deu margem a tantas controvérsias e mal-entendidos, não é uma concepção racial, não se refere tampouco à "raça nórdica" da qual os nazistas vieram a fazer uso. Quando Nietzsche introduz este termo, ele se refere a árabes, japoneses, a romanos e gregos, tanto quanto a tribos teutônicas.²⁵³

Para Nietzsche, a grande maioria de animais-homem era de um tipo ordinário, por ele denominado "animal de rebanho". Em decorrência de uma fraqueza instintiva este tipo de animal-homem necessita se unir em hordas para sobreviver, da mesma maneira que todos

²⁵⁰ M/A, I, 20.

²⁵¹ Conf. AC/AC, 57.

²⁵² Conf. JGB/BM, IX, 260 e GM/GM, I.

²⁵³ Kaufmann, 1974, p. 225.

"os doentes, todos os doentios, buscam instintivamente organizar-se em rebanho, na ânsia de livrar-se do surdo desprazer e do sentimento de fraqueza".²⁵⁴

Possivelmente, esses grupos seriam constituídos por raças pastoras, agrupadas por estirpe e comunidades tribais.²⁵⁵ Em *Humano, demasiado humano*, Nietzsche propôs que o poder da comunidade por estirpe, "ao longo de milênios foi muito mais forte do que o poder da família, e mesmo muito antes deste existir já reinava e ordenava".²⁵⁶ Em *Genealogia da moral* Nietzsche considera esses agrupamentos como sendo as primeiras e mais abundantes comunidades sociais de animais-homem.²⁵⁷

Nietzsche efetuou uma clara distinção entre os representantes destas duas tipologias. Nietzsche concebe as "bestas louras" como guerreiros e conquistadores, que impõem de forma ativa a sua vontade de poder sobre aquela grande maioria de homens mais fracos e ordinários. Quando comparadas com os animais de rebanho, as bestas louras se destacam como sendo 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".²⁵⁸

Este tipo superior de animal-homem, "o que em qualquer nível significa também "as bestas mais inteiras"..."²⁵⁹ eram "*necessariamente* ativos, não sabiam separar a felicidade da ação - para eles, ser ativo é parte necessária da felicidade".²⁶⁰ Essas bestas agem necessariamente de forma violenta, mesmo porque não se pode exigir que a força se manifeste de uma outra maneira.²⁶¹

Esse "homem do instinto", também é identificado por Nietzsche como um tipo "nobre",²⁶² uma vez que pode ser encontrado na raiz de todas as raças aristocráticas:

²⁵⁴ GM/GM, III, 18.

²⁵⁵ Conf. JGB/BM, IX, 257.

²⁵⁶ MAI/HHI, VIII, 472.

²⁵⁷ GM/GM, II, 19.

²⁵⁸ JGB/BM, IX, 257.

²⁵⁹ JGB/BM, IX, 257.

²⁶⁰ GM/GM, I, 10.

²⁶¹ GM/GM, I, 13.

²⁶² JGB/BM, VI, 191.

“[...] Na raiz de todas as raças nobres é difícil não reconhecer o animal de presa, a magnífica *besta loura* que vagueia ávida de espólios e vitórias; de quando em quando esse cerne oculto necessita de desafoço, o animal tem que sair fora, tem que voltar à selva - nobreza romana, árabe, germânica, japonesa, heróis homéricos, vikings escandinavos: nesta necessidade todos se assemelham. Foram as raças nobres que deixaram na sua esteira a noção de "bárbaro", em toda parte aonde foram[...]”²⁶³

Conforme Giacoia Jr., pouco se atentou "para o "*Leitmotiv*" artístico que empresta seu vigor à dramatização da "blonde bestie" nietzscheana".²⁶⁴ Essa *besta loura* "age como um fabuloso animal-de-arte, mais semelhante ao centauro que verificável historicamente".²⁶⁵

Através da violência, da pulsão instintiva que possui, manifestação de sua vontade de poder, esta *besta* é responsável pelo surgimento e pela fixação dos primeiros regramentos, hierarquizações e distanciamentos constitutivos da civilização. Nas palavras de Nietzsche:

"[...] Sua obra consiste em instintivamente criar formas, imprimir formas, eles são os mais involuntários e inconscientes artistas... Eles não sabem o que é culpa, responsabilidade, consideração, esses organizadores natos; eles são regidos por aquele tremendo egoísmo de artista, que tem o olhar de bronze, e já se crê eternamente justificado na "obra", como a mãe no filho [...]"²⁶⁶

Trata-se de uma obra instintiva, portanto isenta de uma prévia concepção racional ou teleológica que o homem empreendeu consigo mesmo. A dimensão artística da vontade de poder, ao assim se manifestar, caracteriza o homem como criatura e também como criador:

"[...] No homem estão unidos *criador e criatura*: no homem há matéria, fragmento, abundância, lodo, argila, absurdo, caos; mas no homem há

²⁶³ GM/GM, I, 11.

²⁶⁴ Giacoia Jr., 1989, p. 103.

²⁶⁵ Türrcke, 1993, p. 144. Essa convergência de interpretações encontra seu fundamento no pareamento que Nietzsche efetua entre japoneses, romanos, árabes e heróis gregos, daí Türrcke assemelhar a *besta loura* ao centauro.

²⁶⁶ GM/GM, II, 17.

também criador, escultor, dureza de martelo, deus e espectador e sétimo dia.[...]" ²⁶⁷

É através dessa dimensão artística e ativa que a besta loura criou nomes, Estados e o próprio direito.²⁶⁸

Quando essas bestas louras se unem "isto acontece apenas com vista a uma agressão coletiva da sua vontade de poder, com oposição da consciência individual".²⁶⁹ A alegria na crueldade, a sede de rapinagem, a livre expansão dos instintos cruéis e agressivos, enfim, a vontade de poder, nas suas mais variadas formas e manifestações, se encontram na base dessa ação em conjunto.

Os homens de rebanho, por sua vez, se unem na luta pela sobrevivência, de maneira reativa às bestas louras. Se "os fortes buscam *dissociar-se*" os homens de rebanho, "os fracos buscam *associar-se*"²⁷⁰.

Se a besta loura cria nomes, valores e direitos através de uma valoração própria, através das suas manifestações forças oriundas de sua vontade de poder, a valoração e os direitos criados pelo homem de rebanho são reativos, pois este toma como parâmetro negativo um referencial que lhe é externo: a besta loura. Tudo o que for o contrário à besta-loura, possuirá valor.

Sob essa perspectiva, as guerras entre grupos ou tribos se encontram entre as mais antigas práticas da humanidade. As conseqüências dessas práticas guerreiras são as mais variadas possíveis e entre elas encontramos o Estado.

Em *Genealogia da Moral*, Nietzsche apresenta a sua definição de Estado, que deve ser concebido como um agrupamento desses animais-homem fortes, dessas bestas louras organizadas para conquistar, rapinar e guerrear, que se juntam para poderem se lançar sobre uma população informe e errante:

²⁶⁷ JGB/BM, VI, 225.

²⁶⁸ Conf. JGB/BM, III, 62.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ GM/GM, III, 18.

"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 surgir o "Estado" na terra".²⁷¹

O surgimento do primeiro Estado está diretamente ligado, portanto, àquele tipo superior de animais-homem. Organizados dentro de uma sociedade guerreira, estas bestas se impõem "sobre raças mais fracas, mais polidas, mais pacíficas, raças comerciantes ou pastoras, talvez, ou sobre culturas antigas e murchas".²⁷² É, pois, sob o domínio da força e da guerra que nasce o primeiro Estado:

"O Estado mais antigo apareceu... como uma horrível tirania, como uma máquina trituradora que continuou trabalhando deste modo até que aquela matéria bruta feita de povo e semi-animalidade não somente acabou por ficar bem amassada, maleável, como também por ter uma forma [...]"²⁷³

A primeira ação constitutiva do Estado consiste na subjugação de um grupo por outro e na estabilização do grupo dominante através de uma organização coercitiva a todos, possuindo no castigo o principal instrumento de dominação. Dentro dessa perspectiva, os castigos são concebidos por Nietzsche como um dos bastiões através dos quais as comunidades primitivas e o primeiro Estado se assentam e se mantêm protegidos contra os "velhos instintos de liberdade".²⁷⁴

Com a inserção do animal-homem em um Estado tem início a sua transformação em homem e se o Estado se constitui através da força e da subjugação, não há que se falar em contrato social, apenas em um jogo cíclico de forças, próprio da vontade de poder.

²⁷¹ GM/GM, II, 17.

²⁷² JGB/BM, IX, 257

²⁷³ GM/GM, II, 17.

²⁷⁴ GM/GM, II, 16.

3.4. Críticas às teorias contratualistas

Segundo Ansell-Pearson, Nietzsche teria encontrado na obra *A finalidade do direito*, de autoria do jurista alemão Rudolf von Ihering forte influência para as questões éticas levantadas em para *Genealogia da moral*. De início Ansell-Pearson destaca temas como justiça, castigo, culpa, responsabilidade, e entre estas o surgimento do primeiro Estado.²⁷⁵

Enquanto crítico das concepções naturais do direito, Ihering sustentava que a noção de um contrato social estava totalmente cindida da realidade histórica.

Para Ihering a categoria fundamental para interpretar o mundo das ações humanas é a finalidade, o que podemos observar pelo título de sua principal obra, *A finalidade no direito* [*Der Zweck im Recht*].

A esfera jurídica se caracteriza pela coação, eis que é o meio que se encontra na lei para garantir uma conduta e evitar uma consequência desagradável, qual seja, a sanção, ou pena.

Ihering define coação:

“[...] esta expressão denota a obrigação de alguém no sentido não tanto de fazer, mas de *deixar que se faça*. Assim, o Estado nos adstringe, nos coage a vacinar nossos filhos, a dar-lhes escolaridade, a servirem como testemunha. O emprego de meios coercitivos com a finalidade de fazer com que se cumpram estas obrigações, enquadra-se no aspecto da execução, não da punição. As “penas” cominadas; para o caso de insubmissão, não passam de meios de pressão para romper a resistência.”²⁷⁶

Em seu sentido mais amplo “a realização de uma finalidade mediante a subjugação de uma vontade alheia”. A coação se exerce pelo poder (*Gewalt*) e, portanto, não isenta de uma certa violência. Para Ihering é inconcebível uma noção de lei sem a coação.

²⁷⁵ Ansell-Pearson, 1996, p. 135.

²⁷⁶ IHERING, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. Campinas: Booksellers, 2002, Vol. I, Cap. VIII.

Portanto, na visão de Ihering, a coação define o mundo do direito e somente adquire existência através do Estado. Por essa perspectiva Direito, coação e Estado são elementos que se encontram indissolivelmente ligados.

Ihering chega a conceituar o direito como “a forma que reveste a garantia das condições vitais da sociedade, fundada no poder coercitivo do Estado.”²⁷⁷

Para Bobbio, “no século XIX a doutrina da natureza coercitiva do direito se torna patrimônio comum do pensamento jurídico.”²⁷⁸ Em anotação efetuada entre a primavera e o verão de 1883, Nietzsche escreve que:

“[...] O direito, segundo Ihering, é a segurança das condições de vida da sociedade sob o regime da coerção[...].”²⁷⁹

Ao observarmos que para Ihering, em um sentido mais amplo a coação pode ser entendida não só como a física, mas também como a psíquica, as observações de Ansell-Pearson demonstram a sua pertinência. Nietzsche explora os efeitos do elemento coercitivo da lei, da punição e da coação no animal-homem e no homem. De forma análoga, Nietzsche passa a conceber o direito, a coação e o Estado como elementos que se encontram ligados.

Na concepção nietzscheana, tal como exposto em *Genealogia da Moral*, o primeiro Estado também está longe de ser o fruto de um contrato social firmado entre seus integrantes, onde cada um abre mão de diferenças individuais em prol da coletividade e do bem comum. A refutação das teorias contratualistas, chega a ser expressa: "penso haver-se acabado aquele sentimentalismo que o fazia (ele, o Estado) começar com um contrato." ²⁸⁰

Os animais-homem da pré-história não tinham a razão, a consciência e o discernimento necessários para efetuar contratos sociais. Por essas razões, caem por terra as teorias contratualistas. Se essas teorias devem ser entendidas como hipóteses ontológicas sobre a origem do Estado ou como um fato historicamente comprovável,

²⁷⁷ Ihering, 2002, Vol. 1, Cap. VIII.

²⁷⁸ Bobbio, 1996, 153.

²⁷⁹ Kgw, VII, 1, 2733; Ksa 10, 265.

²⁸⁰ GM/GM, II, 17.

Nietzsche parece considerar ambas, ainda que seu método nos remeta aos primeiros Estados formados na pré-história e no início da história do homem.

A concepção nietzscheana de Estado também afasta a concepção iluminista de que o Estado detém um poder soberano que emana e reflete a vontade do povo, tal como defendiam Montesquieu e Rousseau²⁸¹ ou o entendimento de que seria uma etapa de um processo de auto-revelação de um espírito absoluto como queria Hegel.

Em sua concepção de Estado, além da influência de Ihering, Nietzsche foi influenciado pela história, pela leitura de Homero e dos demais clássicos da literatura greco-romana como Hesíodo, Tucídides e Salústio, assim como pela leitura do próprio Antigo Testamento, onde encontramos doze tribos que, após muitos embates, acabam criando o Estado de Israel.

Por esta perspectiva histórica, o primeiro Estado pode ser encontrado no decorrer da história e surge como uma máquina trituradora que a tudo e todos subjuga, é uma camisa de força social dentro da qual o animal-homem foi inserido e transformado em homem.²⁸²

Todo este processo, que não possuía um telos, encontrou na invenção do direito e da justiça o seu método, e no castigo e penas judiciais seus instrumentos o que pode ser constatado na nossa pré-história e também nos primórdios da nossa história. Mas se o direito é uma das condições da vida, os efeitos da lei coercitiva, da punição e da coação merecem ser mais bem analisados.

3.5. Início de uma segunda natureza

Considerando que a coação também produz efeitos psíquicos, em escrito de sua primeira fase, Nietzsche já colocava que lá "onde o animal acaba, principia o homem".²⁸³ Posteriormente, Nietzsche identifica que é justamente a partir da inserção compulsória do

²⁸¹ Montesquieu, *O espírito das leis* e Rousseau, *O contrato social*.

²⁸² GM/GM, II.

²⁸³ SE/Co. Ext. III, § 5º.

animal-homem dentro da nova forma de organização social, qual seja, o Estado, que o processo de auto-formação do homem se inicia, se desenvolve e é levado a cabo.

Se antes o indivíduo, na condição que precedia o Estado, tratava outros “seres de maneira dura e cruel, visando *intimidá-los*: para garantir sua existência, através de provas intimidantes de seu poder[...]” sob o Estado que “submete os indivíduos, retirando-os de seu isolamento e os reunindo em uma associação” a *coerção* será utilizada.²⁸⁴

Encerrado de forma compulsória dentro do Estado, acomodado “para evitar o desprazer”²⁸⁵ no âmbito da paz, o animal-homem encontra-se impossibilitado de dirigir para fora seus instintos outrora livres e errantes. Neste momento, o homem é forçado a se separar de seu passado animal, declarando “guerra aos velhos instintos nos quais até então se baseava a sua força”.²⁸⁶ Contudo, esses instintos não deixam de existir, e voltam-se para o interior do próprio indivíduo.

Através de uma micro-perspectiva, observa-se uma alteração radical no até então livre e errante animal-homem:

“Todo o mundo interior, originariamente delgado, como que entre duas membranas, foi se expandindo e se estendendo, adquirindo profundidade, largura e altura, na medida em que o homem foi *inibido* em sua descarga para fora. Aqueles terríveis bastiões com que a organização do Estado se protegia dos velhos instintos de liberdade - os castigos, sobretudo, estão entre esses bastiões - fizeram com que todos aqueles instintos do homem selvagem, livre e errante se voltasse para trás, *contra o homem mesmo*. A hostilidade, a crueldade, o prazer na perseguição, no assalto, na mudança, na destruição - tudo isso se voltando contra os possuidores de tais instintos [...]”²⁸⁷

Segundo Nietzsche, a violência dessa mudança só pode ser comparada com aquela que ocorreu com

²⁸⁴ MAI/HDH, II, 99

²⁸⁵ Idem.

²⁸⁶ GM/GM, II, 16

²⁸⁷ GM/GM, II, 16.

"[...] os animais aquáticos, quando foram obrigados a tornar-se animais terrestres ou perecer, ocorreu a esses semi-animais adaptados de modo feliz à natureza selvagem, à vida errante, à guerra, à aventura - subitamente seus instintos ficaram sem valor e "suspensos". A partir de então deveriam andar com os pés e "carregar a si mesmos" [...]"²⁸⁸

Trata-se do surgimento do fenômeno da má consciência, o preço que o homem teve que pagar por ter-se modelado a si mesmo.

Esse fenômeno será elevado a uma proporção superlativa de tal modo que ao longo do processo civilizatório, o homem passará ter vergonha de seus próprios instintos. Isto ocorre quando esse animal-homem passa a ser um homem que, em seu interior, passa a ser credor e devedor de si mesmo. Aqui retomamos a equação interna do castigo, tal como exposta no Capítulo II, 2.10.

3.6. Do direito comercial primitivo

Entre as atividades do homem, Nietzsche detecta as práticas do comércio como integrantes daquele universo primitivo, recordando que o escambo, a troca, a compra e a venda, "juntamente com o seu aparato psicológico, são mais velhos inclusive do que os começos de qualquer forma de organização social ou aliança".²⁸⁹ Nietzsche procura fundamentar a sua concepção apresentando um dado antropológico: "Não foi ainda encontrado um grau de civilização tão baixo que não exhibisse algo dessa relação".²⁹⁰

Em *Humano, demasiado humano* Nietzsche caracterizou o homem como o animal capaz de efetuar estimativas e avaliações. Com base em seus conhecimentos de filólogo, Nietzsche chega a propor uma relação etimológica entre os termos "*Mensch*" (homem) e "*Manas*":

²⁸⁸ GM/GM, II, 16.

²⁸⁹ GM/GM, II, 8.

²⁹⁰ GM/GM, II, 8.

"a palavra "*Mensch*" significa o que mede, o homem quis denominar-se de acordo com o seu maior descobrimento" ²⁹¹

Em *Genealogia da Moral* a mesma argumentação é retomada:

"[...] Talvez a nossa palavra "*Mensch*" (*manas*) expresse ainda algo *deste* sentimento: o homem [*Mensch*, em alemão] se designava como o ser que mede valores, valora e mede, como "o animal avaliador[...]" ²⁹²

Através de aforismo apresentado em *Aurora* pode-se concluir que essa capacidade de estabelecer medidas também encontra a sua primeira manifestação nos instintos de sobrevivência:

"*Em que o indivíduo se conhece* - Tão logo um animal vê um outro, mede-se em espírito com ele; assim também fazem os homens de eras selvagens. Disso resulta que cada pessoa conhece-se quase que somente com respeito a suas forças de ataque e defesa." ²⁹³

Em última análise, uma comparação entre vontades de poder, mas da qual surgem as mais elementares capacidades de avaliação, comparação e medida, necessárias para as práticas comerciais incipientes e consideradas por Nietzsche como constitutivas do próprio pensamento humano:

"Estabelecer preços, medir valores, imaginar equivalências, trocar - isso ocupou de tal forma o pensamento do animal-homem, 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 frente aos outros animais" ²⁹⁴

Com a evolução das práticas comerciais, e com o surgimento da instituição do crédito, o raciocínio do homem teve que tornar-se ainda mais sutil:

²⁹¹ WS/AS, 21.

²⁹² GM/GM, II, 8.

²⁹³ A, IV, 212.

²⁹⁴ GM, II, 8.

"[...] Para poder dispor de tal modo do futuro, quanto não precisou o homem aprender a distinguir o acontecimento causal do necessário, a pensar de maneira causal, a ver e antecipar a coisa distante como sendo presente, a estabelecer com segurança o fim e os meios para o fim, a calcular, contar, confiar - para isto, quanto não precisou antes tornar-se ele próprio *confiável, constante, necessário*, também para si, na sua própria representação, para poder enfim, como faz quem promete, responder por si *como porvir!*" ²⁹⁵

Ser confiável e constante, responder por seus atos futuros, não é somente uma questão de conhecimento e de se fazer comunicar e entender,²⁹⁶ mas também é uma questão que implica em uma postura moral, cujos pré-requisitos são uma noção de dever, de regra, mandamento, a capacidade de se lembrar e de cumprir deveres, o que implica no uso de uma faculdade inexistente no animal-homem, qual seja, a memória da vontade.

Segundo Nietzsche, essas noções também são frutos das práticas comerciais rudimentares e das incipientes noções de direito que delas emergem.

Nietzsche constata que nas relações de comércio estabelece-se uma relação pessoal entre credor e devedor, onde o primeiro possui o direito de exigir do segundo uma determinada prestação, e o segundo tem o dever de prestá-la ao primeiro. Cria-se, portanto, uma obrigação contratual, seja de dar, de fazer ou de se abster, a qual implica em uma reciprocidade.²⁹⁷ Contudo, Nietzsche atenta:

"[...] Imaginar tais relações contratuais desperta sem dúvida suspeita e aversão pela antiga humanidade, que as criou ou permitiu. Precisamente nelas fazem-se *promessas* [...]" ²⁹⁸

Em decorrência da falta de memória, típica desse homem emergente, um contrato firmado com base no crédito é uma empresa de riscos para o credor, pois nada garante o seu cumprimento, podendo-se inferir que, nos tempos primitivos, a inadimplência devia ser uma

²⁹⁵ GM, II, 1.

²⁹⁶ Conf. GC, V, 354.

²⁹⁷ Giacoia Jr., 1989, p. 107.

²⁹⁸ GM/GM, II, 5.

constante. Portanto, é necessário que o devedor preste ao credor uma garantia para o cumprimento da obrigação:

"[...] O devedor, para infundir confiança em sua promessa de restituição, para garantir a seriedade e a santidade de sua promessa, para reforçar na consciência a restituição como dever e obrigação, por meio de um contrato empenha ao credor, para o caso de não pagar, algo mais que ainda "possua", sobre o qual ainda tenha poder, como seu corpo, sua mulher, sua liberdade ou mesmo sua vida" ²⁹⁹

As garantias são relações jurídicas que se ajuntam a uma obrigação para assegurar-lhe o cumprimento. Surge, então, a figura jurídica da *obligatio*, que é justamente a garantia da obrigação prestada pelo devedor. Se o devedor não cumprir a obrigação assumida, contra ele insurgirão as penas decorrentes do inadimplemento, sendo facultado ao credor, neste caso, colocar em exercício a garantia prestada. Essa relação obrigacional emergente pode ser decomposta da seguinte forma: o *debitum*, que constitui a essência do dever (*Schuld* em alemão), e a *obligatio* que é o elemento coercitivo (*Haftung* em alemão). Uma vez cumprida a obrigação, desaparece o débito e a garantia. Se o devedor não cumprir o devido, o exercício da *obligatio* surge como meio de constrangimento, ou como forma de extinção do débito.³⁰⁰ Assim, o

"[...] credor podia infligir ao devedor toda sorte de humilhações e torturas, por exemplo, cortar tanto quanto parecesse proporcional ao tamanho da dívida - e com base nisso bem cedo e em toda parte houve avaliações precisas, terríveis em suas minúcias, avaliações *legais* de membros e partes do corpo".³⁰¹

²⁹⁹ GM/GM, II, 5.

³⁰⁰ Segundo estudos da antropologia do direito contemporânea, os sentidos de dívida e de obrigação são variáveis entre os povos primitivos. Nesse sentido ver *Estudo Comparativo de Categorias de Dívida e Contrato*, organizado por Shelton H. Davis, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1973. Por outro lado, na mesma época da redação de *Genealogia da moral* o jurista alemão Aluiz Brinz desenvolvia as noções de direito obrigacional, noções estas que foram adotadas pelo Código Civil brasileiro.

³⁰¹ GM/GM, II, 5.

Posteriormente, já adentrando em uma economia das penas, eis que se estabelece uma proporção entre o dano sofrido e a pena a ser aplicada, passa-se a observar o princípio da Lei de Talião.

Segundo Nietzsche, é dessa estrutura material que surge a noção jurídica de dever, dívida, e responsabilidade, rudimentos de uma consciência moral. O castigo, exercido através da *obligatio*, fixará no devedor inadimplente essa noção jurídica de culpa, de dívida. Nietzsche faz derivar as categorias da moralidade e, mais especificamente, a consciência do dever moral, da primitiva *obligatio* contratual do direito privado entre *credor* e *devedor*..

"O sentimento de culpa, da obrigação moral [...] teve origem, como vimos, na mais antiga e primordial relação pessoal, na relação entre comprador e vendedor, credor e devedor"³⁰²

Nietzsche também procura fundamentar a sua hipótese através de dados filológicos esclarecendo que, em alemão, a palavra *schuld* significa tanto dívida como culpa. Dessa maneira o devedor inadimplente seria tanto um devedor quanto um culpado. Ainda que os argumentos do filósofo levem em consideração características inatas à língua alemã, tal fato não invalida o pensamento.³⁰³

A noção jurídica de dever teria sido a primeira manifestação moral que surgiu no animal-homem. Na medida que se percebe credor, o homem descobre a noção de obrigação não cumprida, de dever não honrado, assim como também se descobre sujeito de direito. De forma análoga, o homem também começa a reconhecer direitos alheios (conforme será exposto no capítulo sexto).

É nesta esfera das obrigações legais que, segundo Nietzsche, "está o foco de origem desse mundo de conceitos morais: "culpa", "consciência", "dever", "sacralidade do dever" - o seu início, como o início de tudo grande na terra, foi largamente banhado de sangue".³⁰⁴

³⁰² GM/GM, II, 8

³⁰³ Nesse sentido, ver notas 4 e 10, da 2ª Dissertação, na tradução de *Genealogia da moral* efetuada por Paulo César Souza, Ed. Brasiliense, São Paulo, 1987; ver também as notas 7 e 8 que Rubens Rodrigues Torres Filho apresenta na sua tradução da Segunda Dissertação de *Genealogia da moral in Obras incompletas*, Os Pensadores, Abril Cultural, 1983.

³⁰⁴ GM/GM, II, 6.

Nietzsche situa no escambo, nas obrigações assumidas por crédito no direito primitivo, e na respectiva figura jurídica da *obligatio*, a matriz credor/devedor que transportada para outros tipos de relações, dará origem à moral.

A noção de credor/devedor, decorrente das primitivas relações comerciais, juntamente com as práticas punitivas guerreiras, acrescidas à tosca base racional, moral e religiosa do animal-homem, serão retraduzidas e transpostas para vários níveis e relações, de tal forma que, no homem acaba ultrapassando a noção jurídico-econômica de dever (*Schulden*) e acaba atingindo uma noção moral de dever e uma noção introjetada de santidade do dever (*Schuld*).

3.7. Primeira transposição

A primeira transposição da matriz credor/devedor consiste em uma generalização da relação obrigacional para o domínio de relações supra-individuais mantidas entre grupos de estirpe, comunidades e grupos diversos, isto é, com complexos sociais similares, juntamente com o hábito de medir e comparar potências. Assim, ultrapassando o nível pessoal, essa primeira transposição consiste em uma generalização daquela rudimentar forma de relação do direito pessoal, que é transposta para o âmbito das relações supra-individuais mantidas entre complexos comunitários toscos e rudimentares. Nas palavras de Nietzsche:

"... 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 sua relação com complexos semelhantes), simultaneamente ao hábito de comparar, medir, calcular um poder e outro"³⁰⁵

Dentro dessa primeira transposição, o castigo revestido pela figura jurídica da *obligatio*, até então vigente somente nas relações de direito privado, sofre uma reinterpretação, que se caracteriza por seu efeito generalizador. O que antes se limitava ao

³⁰⁵ GM/GM, II, 8

domínio das relações privadas entre pessoas, passa a ser aplicado para regular o plano das relações entre complexos comunitários, os quais, por sua vez, também assumem status de sujeitos de direito. Correlativamente, o conteúdo da primitiva *obligatio* contratual também se generaliza e doravante tudo será passível de ser intercambiado por algo equivalente, toda coisa passa a ter um preço.³⁰⁶

3.8. Segunda Transposição – o castigo na comunidade: banimento

Dessa maneira, os complexos comunitários tornam-se sujeitos de direito e como tais começam a se relacionar em relação aos indivíduos e grupos de indivíduos que os constituem e integram. As relações entre comunidade e indivíduo acabam se regendo conforme o mesmo modelo das relações entre credor e devedor. Observa-se uma reciprocidade nas relações sociais, cujo conteúdo é formado por prerrogativas de direito e obrigações.³⁰⁷

A vida em sociedade gera uma série de benefícios ao indivíduo. Vivendo em sociedade o homem está "protegido, cuidado, em paz e confiança, sem se preocupar com certos abusos e hostilidades a qual está exposto o homem *de fora*, o sem paz".³⁰⁸ O homem passa a desfrutar de diversas vantagens que a vida em comunidade lhe oferece, como a paz e a segurança. A coletividade se comporta como provedora de uma vida segura. Sua tarefa consiste em proteger os indivíduos contra as forças da natureza e contra os abusos dos demais indivíduos. Assim, compete à coletividade a tarefa de garantir a paz, isto é, de impedir a todo custo o ressurgimento do antigo estado de guerra de todos contra todos.

Em contra-prestação o indivíduo deve obedecer as regras e as normas da coletividade; o indivíduo também está obrigado a cumprir sua palavra quando empenhada junto a outros particulares. Todo desrespeito às prescrições da comunidade, assim como qualquer desvio das normas de conduta instituídas, equivale a uma lesão da esfera de poder da coletividade e, por conseguinte, a uma ameaça à sua existência.

³⁰⁶ Giacoia Jr., 1989, p. 114/115.

³⁰⁷ Giacoia Jr., 1989 p. 115.

³⁰⁸ GM/GM, II, 9.

Ao quebrar um preceito da coletividade, ou ao deixar de cumprir uma obrigação assumida com um particular, o indivíduo estará lesando um equilíbrio interno de forças. A lesão, que coloca em risco o equilíbrio interno da comunidade, deverá ser reparada através de um meio equivalente, e aqui surge a figura da pena como forma reparatória de regras de conduta.³⁰⁹

"[...] 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 contrato *com o todo*, no tocante aos benefícios e comodidades da vida em comum, dos quais ele até então participava. O criminoso é um devedor que não só não paga os proveitos e adiantamentos que lhe foram concedidos, como inclusive atenta contra o seu credor: daí que ele não apenas será privado de todos esses benefícios e vantagens, como é justo - doravante lhe será lembrado *o quanto valem esses benefícios*. A ira do credor prejudicado, a comunidade, o devolve ao estado selvagem e fora-da-lei do qual ele foi até então protegido: afasta-o de si - toda espécie de hostilidade poderá então se abater sobre ele"³¹⁰

Esse infrator será combatido com as práticas punitivas oriundas da guerra, esse "inimigo da paz, da ordem, da autoridade, que, sendo perigoso para a comunidade, como violador dos seus pressupostos, como rebelde, traidor e violentador da paz, é combatido com os meios que a guerra fornece".³¹¹

Restituído ao seu estado de natureza, isto é, ao seu estado selvagem, do qual até então era protegido, "toda espécie de hostilidade"³¹² poderá se abater sobre o infrator. O indivíduo é colocado à margem da coletividade. Nas coletividades mais rudimentares, a restituição do culpado ao selvagem estado de natureza, o seu banimento para fora dos limites da coletividade, é um castigo através do qual a fúria decorrente da lesão do direito é apaziguada. Em última análise, não deixa de ser uma exteriorização de crueldade, mas através da qual restaura-se a esfera de poder da coletividade, lesada pela desobediência do indivíduo, ou mesmo de um grupo.³¹³

³⁰⁹ Para a palavra "castigo", Nietzsche utiliza o termo *Strafe*, que em alemão possui duplo sentido. Segue nota explicativa de Rubens Rodrigues Torres Filho em " *Genealogia da moral*, II, § 12, *Obras Incompleta*, p. 307.

³¹⁰ GM/GM, II, 9.

³¹¹ GM/GM, II, 13.

³¹² GM/GM, II, 9.

³¹³ Giacoia Jr., 1989, p. 116.

3.9. Terceira transposição e a interpretação religiosa do castigo

Objetivando as relações entre os animais-homem e seus antepassados, Nietzsche atenta ao fato destes tipos de vinculações não encontrarem fundamentos em laços afetivos ou sentimentos piedosos. Trata-se de vínculos que possuem por base a mesma matriz obrigacional credor/devedor. Assim, nesta terceira transposição, a mesma matriz é reestruturada e projetada nas relações que o homem possui com seus ancestrais, juntamente com a noção de *obligatio*. Na medida em que fornece os costumes e as tradições, que garantem a paz e a prosperidade, o ancestral falecido passa a ser considerado como doador dessa vida protegida, considerada o mais precioso dos bens.

As relações entre os indivíduos e seus antepassados passam a se regular segundo o modelo da *obligatio*, a qual possui por base as noções de crédito e débito. Contudo, nesta reestruturação, essas matrizes serão enriquecidas em novas dimensões, eis que contam com os acréscimos decorrentes da superstição, da fantasia e do emergente sentimento religioso.³¹⁴

Esse legado deixado pelos ancestrais, qual seja, a vida em segurança, a paz no seio da comunidade, passa a ser considerado pelas gerações subseqüentes como uma dívida que tende a crescer na medida em que a comunidade prospera. Enquanto legadores, os ancestrais também são credores dos indivíduos. Trata-se de um tipo especial de dívida pois a comunidade acredita que subsiste graças "aos sacrifícios e às obras dos antepassados".³¹⁵ Esta é uma dívida que exige uma contra-prestação que se dá na forma de veneração e de respeito, manifestados através dos ritos sagrados e sacrifícios religiosos.

Nasce uma nova forma de obrigação, e que possui em seu conteúdo a *obligatio* de natureza jurídica, pois a relação entre crédito e débito considera as partes respectivas num plano de mútua exterioridade. Ocorre uma sacralização da obrigação, mas o credor é externo e a dívida, embora incomensurável, é, ao menos em princípio, resgatável.

Faz parte dessa espiritualidade emergente a crença de que uma catástrofe, ou a ocorrência de algum mau evento, seja um castigo divino imposto contra toda a comunidade,

³¹⁴ É nesta argumentação que Nietzsche desenvolve a noção anteriormente apresentada por Strauss.

³¹⁵ GM/GM, II, 19.

pela inobservância de algum preceito, costume ou tradição. Essa divinização do castigo implicará em uma observação ainda mais rígida no cumprimento dos deveres, dos costumes e da tradição.

Nietzsche observa que o medo supersticioso do homem tende a aumentar na medida em que a estirpe se fortalece, e tende a diminuir caso a estirpe enfraqueça:

"Segundo esse tipo de lógica, o *medo* do ancestral e do seu poder, a consciência de ter dívidas para com ele, cresce necessariamente na medida em que ela mesma (a estirpe) se torna vitoriosa, independente, venerada e temida. Não o contrário! E todo passo para o debilitamento da estirpe, todo acaso infeliz, todos os indícios de degeneração, de desagregação iminente *diminuem* o medo do espírito de seu fundador, oferecendo uma imagem cada vez mais pobre de sua sagacidade" ³¹⁶

A originalidade da concepção nietzscheana consiste justamente no fato de o filósofo considerar um crescimento do sentimento de dívida para com os ancestrais na mesma proporção que a estirpe prospera, e não o contrário. Para todos os efeitos, esse bem-estar é decorrente do rígido cumprimento dos costumes e das tradições, dos preceitos outorgados pelos ancestrais. Nietzsche propõe que se imagine

"[...] essa crua espécie de lógica conduzida até o fim: os ancestrais das estirpes *mais poderosas* deverão, afinal, por força da fantasia do temor crescente, assumir proporções gigantescas e desaparecer na treva de uma dimensão divina inquietante e inconcebível - o ancestral termina necessariamente transfigurado em *deus*. Talvez esteja nisso a origem dos deuses, uma origem no *medo*, portanto!". ³¹⁷

O sentimento de ter dívidas com os ancestrais não diminuiu com o término das comunidades baseadas nos vínculos de sangue,

³¹⁶ GM/GM, II, 19.

³¹⁷ GM/GM, II, 19.

"[...] a humanidade recebeu, com a herança das divindades tribais e familiares, também o peso das dívidas não pagas, e o anseio de resgatar-se... O sentimento de culpa em relação à divindade não parou de crescer durante milênios, e sempre na mesma razão em que nesse mundo cresceram e foram levados às alturas o conceito e o sentimento de Deus".³¹⁸

Neste nível espiritualizado da matriz credor/devedor, que constitui o padrão do processo de espiritualidade do animal-homem, Nietzsche detecta uma quarta e última transposição.

3.10. Quarta transposição e má consciência

A quarta e última transposição que Nietzsche apresenta da matriz obrigacional credor/devedor perfaz uma alteração qualitativa desse binômio, juntamente com uma interpenetração da *obligatio* com o fenômeno da má consciência, já exposto anteriormente.³¹⁹

Segundo Nietzsche, a má consciência surge quando as bestas louras se lançam sobre o rebanho, encerrando e sujeitando a todos no âmbito da paz, através de uma rígida estrutura social. No seu início a má consciência é o "*instinto de liberdade* tornado latente à força...reprimido, recuado, encarcerado no íntimo, por fim capaz de desafogar-se somente em si mesmo...".³²⁰

A hostilidade, a crueldade, o prazer no assalto, na rapinagem, na perseguição e na destruição ficam impedidas de se manifestar externa e livremente, voltando-se para o interior do homem. O efeito principal dessa interiorização é que os antigos instintos do animal-homem, até então livre e errante, passam a ser dirigidos contra ele próprio.³²¹

Voltada para dentro do homem, a vontade de fazer o mal e de causar a dor se apropria dos conceitos e das matrizes decorrentes das relações de direito privado, inclusive da

³¹⁸ GM/GM, II, 20.

³¹⁹ "Má consciência" é o equivalente a "consciência pesada", e talvez este termo seja mesmo a opção de tradução mais adequada e correta, pois é desse fenômeno, que Nietzsche procura dar conta, contudo, o uso dessa tradução mais literal segue uma certa padronização acadêmica.

³²⁰ GM/GM, II, 17.

³²¹ Giacoia Jr., 1989, p. 113.

obligatio. As noções de credor, devedor, dívida, castigo e dever são moralizadas e afastadas de seus respectivos conteúdos jurídicos.

A inserção do homem na camisa de força social não extingue os instintos cruéis, que insistem em se fazer sentir no interior do indivíduo. Este, por sua vez, sente-se culpado por senti-los, eis que indesejáveis e condenáveis no âmbito da paz social. Nota-se que a origem desta culpa encontra-se no próprio homem.

Atento ao crescente processo de divinização dos ancestrais, Nietzsche identifica, de outro lado, uma alteração qualitativa na interpretação da figura do credor que, além de possuir uma natureza oposta à do homem, torna-se absoluto e eterno: este credor é Deus. O homem estabelece com Deus uma relação que possui por base as figuras jurídicas das relações obrigacionais:

"[...] Ele (o homem) apreende em "Deus" as últimas antíteses que chega a encontrar para seus autênticos insuprimíveis instintos animais, ele reinterpreta esses instintos como culpa em relação a Deus (como inimizade, insurreição, rebelião contra o "Senhor", o "Pai", o progenitor e princípio do mundo), ele se retesa na contradição "Deus" e "Diabo", todo o Não que se diz a si, à natureza, naturalidade, realidade do seu ser, ele o projeta fora de si como um Sim, como algo existente, corpóreo, real, como Deus, como santidade de Deus, como Deus juiz, como Deus verdugo, como Além, como eternidade, como tormento sem fim, como Inferno, como incomensurabilidade do castigo e da culpa"³²²

Nesta relação com Deus, impregnada de má consciência e temor, o homem sente-se devedor, justamente por sentir em si os condenáveis instintos agressivos. O homem também passa a identificar seus inextirpáveis instintos de crueldade como o mal em si. Considerando que os referidos instintos não deixam de existir, e o desnivelamento existente entre o credor absoluto e o devedor, esta culpa só tende a crescer. Nesta relação o débito é a própria culpa. A vida em paz, por sua vez, deixa de ser reinterpretada como o mais caro e precioso bem legado pelos ancestrais e começa a ser interpretada como um castigo. Diante da figura desse

³²² GM/GM, II, 22.

credor eterno e perfeito, até mesmo os ancestrais passam a ser tidos como culpados e devedores, na medida em que são legadores dessa inconveniente carga instintiva.

"[...] Já terão adivinhado o que realmente se passou com tudo isso, e *sob* tudo isso: essa vontade de se torturar, essa crueldade reprimida do bicho-homem interiorizado, acuado dentro de si mesmo, aprisionado no "Estado" para fins de domesticação, que inventou a má consciência para se fazer mal, depois que a saída *mais natural* para esse querer-fazer-mal fora bloqueada - esse homem da má consciência se apoderou da suposição religiosa para levar seu martírio à mais horrenda culminância. Uma dívida para com *Deus*: este pensamento tornou-se para ele um instrumento de suplício"³²³

A consciência da culpa adquire a dimensão de dívida permanente e irresgatável, pois é originada pela própria existência do homem. A consciência de uma inferioridade permanente, advinda do sentimento de uma obrigação insatisfeita, transforma-se no aguilhão do *morsus conscientiae*. De outro lado, é a consciência e o reconhecimento permanentes dessa inferioridade e desse desnível entre credor e devedor que constituem a única forma de culto e de veneração do credor.³²⁴

Nietzsche observa que a crescente espiritualização desse processo no interior do homem, acaba afastando o conteúdo jurídico da obrigação, do dever e da *obligatio*. A figura jurídica da *obligatio* é transfigurada em dever ou culpa moral. A dívida moral, por sua vez, gera uma necessidade de expiação e o tributo do devedor é justamente a intensificação de sua consciência sobre a sua culpa irresgatável:

"Há uma espécie de loucura da vontade nessa crueldade psíquica, que é simplesmente sem igual: a *vontade* do homem de sentir-se culpado e desprezível, até ser impossível a expiação, sua *vontade* de crer-se castigado, sem que o castigo possa jamais equivaler à culpa, sua *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

³²³ GM/GM, II, 22.

³²⁴ Giacoia Jr., 1989, p. 120.

fixas", sua *vontade* de erigir um ideal - o do "santo Deus" - e em vista dele ter a certeza tangível de sua total indignidade" ³²⁵

Por detrás de todo esse processo, Nietzsche evidencia o papel determinante da crueldade voltada contra o homem, cuja intensificação fará surgir novas formas de rigidez moral.

3.11. Sentimento da santidade do dever, internalização do castigo e rigidez moral

Vimos que o sentimento de culpa que o homem possui diante do credor absoluto não apresenta possibilidades de expiação, pois os impulsos condenados e contrários à vontade divina insistem em se fazer sentir. O desnivelamento existente entre o devedor e o credor divino gera um sentimento de eterna inadimplência, aumentando o sofrimento no interior do indivíduo e esse débito insatisfeito e sem perspectiva de resgate constitui o próprio aguilhão dos sentimentos de culpa e de inferioridade perante o credor absoluto. O homem deixa de ser um devedor no sentido jurídico, para passar a ser um culpado no sentido moral, tornando-se consciente de sua culpa e do caráter irresgatável de sua dívida; o sofrimento daí gerado passa a ser o teor da vida:

“Em toda parte, a incompreensão voluntária do sofrer tornada teor de vida, a reinterpretação do sofrer como sentimento de culpa, medo e castigo; em toda parte o flagelo, o cilício, o corpo malicento, a contrição; em toda parte o auto-suplício do pecador na roda cruel de uma consciência inquieta, morbidamente lasciva; em toda parte o tormento mudo, o pavor extremo, a agonia do coração martirizado, as convulsões de uma felicidade desconhecida, o grito que pede redenção" ³²⁶

Aqui o castigo é apresentado em sua forma mais sublimada e a vontade de causar dor e sofrimento em si mesmo é transfigurada em *sentimento sublime* de dever. Essa sublimação atenua a dor causada pela crueldade voltada contra si.

³²⁵ GM/GM, II, 22.

³²⁶ GM/GM, III, 20.

Paradoxalmente, a culpa é tanto mais sublime quanto maior profundidade e intensidade a crueldade interior adquire. É esta intensificação da consciência de culpa que servirá de fundamento para a aparição de figuras mais sutis de rigidez moral e para o surgimento da noção de santidade do dever.

Nietzsche observa que, na noção de santidade do dever, ocorre uma fusão das figuras do credor divino e do eterno devedor no interior do próprio homem, fazendo brotar na consciência moral do indivíduo uma noção de dever que é sentida como sagrada e suprema.

Desse modo, são lançados os fundamentos daquilo que mais tarde se transformará na reverência incondicionada da lei moral, independente de qualquer autoridade, coerção externa, promessa de retribuição ou recompensa.³²⁷

O caráter ininterrupto e contínuo dos castigos que, durante milênios, o homem infligiu contra si mesmo, tornou possível o surgimento dessa noção de um dever moral sentido como sagrado, fundado em uma norma imperativa que é livremente outorgada pela consciência e cujo cumprimento é exigido pela própria consciência.

Encontraremos como fruto maduro desse processo o indivíduo soberano:

“O homem "livre", o possuidor de uma duradoura e inquebrantável vontade, tem nesta posse a sua *medida de valor*: olhando para os outros a partir de si, ele honra os seus iguais, os fortes e confiáveis (os que *pode* prometer) - ou seja, todo aquele que promete como um soberano, de modo raro, com peso e lentidão, e que é avaro com sua confiança, que *distingue* quando confia, que dá sua palavra como algo seguro, porque sabe que é forte o bastante para mantê-la contra o que for adverso, mesmo "contra o destino" - : do mesmo modo ele reservará o seu pontapé para os débeis doidivas que prometem quando não podem fazê-lo, e o seu chicote para o mentiroso que quebra a palavra já no instante em que a pronuncia. O orgulhoso conhecimento do privilégio extraordinário da *responsabilidade*, a consciência dessa rara liberdade, desse poder sobre si mesmo e o destino,

³²⁷ Giacoia Jr., 1989, p. 121.

desceu nele até sua mais íntima profundidade e tornou-se instinto, instinto dominante - como chamará ele a esse instinto dominante, supondo que necessite de uma palavra para ele? Mas não há dúvida: este homem soberano o chama de sua *consciência*" ³²⁸

O indivíduo soberano tem a posse de si mesmo em qualquer situação ou circunstância, encontra-se acima da noção de livre-arbítrio, e até mesmo das leis morais e legais, mas não para negá-las: ele as tem sublimada em si. O indivíduo soberano é um tipo de homem superior, mas também é uma exceção que nos aponta para uma pós-história.

Mas voltando no tempo, no seio desta quarta transposição das matrizes obrigacionais, a importância do papel dos antigos sacerdotes, chefes das comunidades primitivas, se evidencia, pois foram eles que direcionaram a transformação do homem sofredor em pecador, dos instintos em pecados, e do sofrimento em castigo divino. É através dos sacerdotes que a má consciência adquire a sua dimensão religiosa.³²⁹

Um quadro sinótico, elaborado com a mesma arbitrariedade anteriormente empregada, utilizando as transposições da matriz credor/devedor, acima exposta, em combinação com a lógica modal, pode ser assim apresentado:

Natureza das Relações	Origem das relações	Matriz da Relação	Tipo de débito
Interpessoais	Escambo ou direito comercial primitivo	Mutuamente Credor-devedor	Necessariamente resgatável
Entre Estados	Escambo, troca, espoliação	Mutuamente Credor-devedor	Possivelmente Resgatável
Entre o indivíduo e o Estado	Necessidade de proteção ou subjugação	Mutuamente Credor-devedor Estado é o Credor maior	Necessariamente resgatável

³²⁸ GM/GM, II, 2.

³²⁹ É bem possível que nesta questão Nietzsche tenha sido influenciado pelo pensamento de Heinrich Heine. HEINE, Heinrich. *Contribuição á história da religião e filosofia na Alemanha*. São Paulo: Iluminuras, 1999.

Entre o indivíduo e Superstição seus antepassados		Mutuamente Credor-devedor. O antepassado é o Credor maior	Possivelmente resgatável
Entre o indivíduo e Superstição Deus		Deus é o maior e único credor	Necessariamente irresgatável
Entre o Indivíduo e sua própria consciência	Introjeção e introspecção	O indivíduo é credor e devedor de si mesmo	Necessariamente Possível, ou Variável

O direito, por sua vez, é aqui caracterizado como o instrumento criado pelo homem, a partir de sua vontade de poder, para moldar a si mesmo.

Se o direito se encontra na base dos nossos sentimentos morais, assim, como estes, ele, o direito não deixa de ser um fenômeno antinatural, verdadeiros estados de exceção, como se isso não bastasse, nada mais antinatural do que um ser outro livre, alegre e errante encontrar-se a ferros dentro do Estado, sendo credor e devedor de si mesmo.

Dentro do pensamento Nietzscheano, tal como acima exposto, uma concepção jusnaturalista do direito parece estar fora de cogitação.

3.12. Desconstrução da doutrina do direito natural

Antecipando em pelo menos 25 anos a desconstrução da doutrina do direito natural efetuada por Hans Kelsen na obra *O problema da justiça*,³³⁰ Nietzsche também desconstruiu as três noções básicas de direito natural. A doutrina do direito natural se caracteriza por uma visão dualista do direito. Esta implica a) na crença da existência de um direito natural; e b) que este direito natural é hierarquicamente superior ao direito positivo, não podendo, portanto, existir uma norma positiva que venha ferir uma norma natural.

³³⁰KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 67 e seguintes.

A doutrina do direito natural costuma ser dividida em três grupos:³³¹

- a) Direito natural identificado com a natureza (Antiguidade).
- b) Direito natural identificado com o divino, isto é, com a Lei de Deus (Idade Média).
- c) Direito natural identificado com a natureza humana, sendo esta racional (Idade Moderna).

Antes de desconstruir a doutrina do direito natural em suas concepções, Nietzsche aborda uma concepção anterior e não classificada por Kelsen, qual seja, a de um direito natural mitológico e, nessa abordagem a tragédia grega, em especial Sófocles,³³² parece ter apontado o caminho para o método genealógico.

3.12.1. Desconstrução do direito natural mitológico em Sófocles

No aforismo 80, de *A gaia ciência*, contra argumentando Aristóteles, “com todo o respeito [...] altíssimo respeito”, Nietzsche sustenta que os atenienses não iam ao teatro para serem subjugados por afetos. O “ateniense, diz Nietzsche, ia ao teatro *para ouvir belas falas!* E de belas falas se ocupava Sófocles” e acrescenta – “que me perdoem esta heresia”. No aforismo seguinte, arremata: “Em Sófocles, pelo menos tudo é demonstrado.”³³³

Das tragédias gregas, restaram-nos apenas 33 peças de três autores, começando com *Os persas*, escrita por Ésquilo, em 472 a.C. e terminando, uns setenta anos mais tarde, com as últimas peças de Sófocles e Eurípides. Ainda que os atenienses tenham continuado a produzir outras peças, o período áureo da tragédia são esses setenta anos.

Dentre essas tragédias, a que melhor apresenta o pensamento jusnaturalista mítico é *Antígona*, de Sófocles. O enredo da peça conta a guerra entre Argos e Tebas em disputa por algumas minas de argila. A personagem Polínices lutou por Argos e seu irmão, Etéocles, lutou por Tebas, sendo que ambos eram irmãos de Antígona e Ismênia. Os irmãos se matam em campo de batalha, trocando golpes de espada. Ao saber da aparente vitória de suas

³³¹ Idem.

³³² GT/NT, 7 e 9.

³³³ WS/GC, II, 81.

tropas, o tirano de Tebas, Creonte, promulga um edital proibindo que o corpo de Polínices receba as libações sagradas e seja enterrado. Antígona não se conforma com o edito de Creonte, pois além de ser irmã de ambos os mortos, a ordem dada pelo tirano fere uma lei natural, justamente o direito de seu irmão receber as libações e um funeral, sendo este um direito natural oriundo dos costumes sagrados.

É justamente por ter ferido um costume sagrado através de um edito, que Creonte instaura a *hýbris* e assim inicia-se a tragédia. Observamos, aqui, duas questões de suma importância: a) a valoração hierarquicamente superior que era dada ao direito natural; b) os gregos não questionavam, por conseguinte, o valor e as origens desses “costumes sagrados”.

Para Nietzsche, a noção de “costumes sagrados” encerra um *contradictio in adjectum*: como pode um costume ser sagrado? Esta questão pode ter aberto as portas para as pesquisas genealógicas de forma a desconstruir um direito natural mítico.

Conforme exposto, para Nietzsche, os costumes, as regras sociais e as leis de conduta são frutos do trabalho que o homem empreendeu consigo ao longo do processo civilizatório empreendido consigo mesmo, cujo início ocorreu na nossa pré-história.

Os gregos antigos, no entanto, não efetuavam uma tal leitura da história, tampouco da pré-história da humanidade. Para o homem grego, assim como para o animal-homem a origem da norma consuetudinária se perde na noite dos tempos e sendo oriunda de antepassados, a memória destes também se perde no tempo. Quanto mais rarefeita é a memória do antepassado, mais divinizado este se torna. O direito de origem consuetudinária, acaba por ser considerado divino e, portanto, considerado natural, uma vez que não se questionava a sua origem.

A referida tragédia grega nos mostra que quando quebrada a hierarquia existente entre direito natural e direito positivo, onde a primeira concepção é imperativa, temos o surgimento da *hýbris*. Díké e as Erínias entrarão em ação para que o equilíbrio seja restaurado.

Nietzsche foi o primeiro a efetuar a desconstrução da noção de direito mitológico de forma a demonstrar o erro existente na base de sua concepção e como este erro ajudou a formar os fundamentos da psique humana. Esta desconstrução, contudo, se fará presente nas demais concepções de direito natural.

3.12.2. Desconstrução do direito natural identificado com a natureza

Para Nietzsche, assim como para Epicuro, não existe uma noção de direito natural. Em *Humano, demasiado humano*, revelando uma forte influência positivista, Nietzsche escreve:

“Lei natural”, uma palavra da superstição. – Se falais com tanto enlevo na legalidade da natureza, ou tendes de admitir que é por obediência livre, submetendo-se por si mesma, que todas as coisas naturais seguem sua lei – caso esse em que, portanto, admirais a moralidade da natureza –; ou vos enleva a representação de um engenheiro criador, que fabricou o mais artístico dos relógios, com seres vivos como ornamento. – A necessidade da natureza se torna, pela expressão “legalidade”, mais humana e um último refúgio do devaneio mitológico.”³³⁴

Nietzsche desconstrói a noção de um direito identificado com a natureza ao identificá-la com uma crença ou ao aproximá-lo de uma leitura moral do mundo. Esta visão implica em considerar a natureza como a fonte da qual se originam as normas que devem guiar os homens. São normas que, nas palavras de Kelsen,

*“[...] já nos são dadas na natureza anteriormente à sua possível fixação por atos da vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e imutáveis”.*³³⁵

A existência de uma norma que antecede a vontade humana, ainda que identificada com a regularidade das leis encontradas na física, é algo de inadmissível dentro do

³³⁴ VM/OS, 9.

³³⁵ KELSEN, Hans, 1993, p. 71.

pensamento nietzscheano, haja vista que a origem humana das leis, até mesmo as da Física, não deixa de ser uma interpretação do mundo.

Kelsen interpreta a mesma questão de maneira muito semelhante, isto é, afastando qualquer concepção teleológica da natureza.³³⁶ Nietzsche também afasta qualquer concepção teleológica da natureza e, nesse sentido, é possível que tenha influenciado Hans Kelsen.

Se a natureza possui um telos, poderíamos perguntar qual é ele, e por que motivo ainda não foi atingido. Em última análise, tentar encontrar um direito natural na natureza, seja na procura de um telos, não passa de uma superstição, uma seqüela do pensamento mítico.

3.12.3. Desconstrução do direito natural identificado com o divino

Nietzsche também descarta toda e qualquer hipótese acerca de um direito natural de origem divina, isto é, oriundo de Deus. Por conseguinte, descarta qualquer noção de justiça divina advinda da patrística ou da escolástica.

Uma tal concepção nada mais seria do que mais uma questão de crença. Nietzsche é o ateu que faz mais do que anunciar a morte de Deus, é também o filósofo que demonstrou como a partir de uma apropriação da noção de logos pela Igreja Cristã, e da união desta com o Estado, floresceu a noção de um direito ou de uma justiça natural divina.

Explicar fenômenos humanos através de uma crença em Deus, dentro da filosofia nietzscheana, é no mínimo uma falta de integridade intelectual. Com o positivismo emergente, Nietzsche não foi o primeiro a anunciar a morte de Deus, uma vez que esta idéia já era bastante difundida no século XIX.³³⁷

Para a questão se ainda somos religiosos, é a partir da concepção de animal-homem que Nietzsche irá localizar a gênese do sentimento religioso. Voltando sua atenção para o interior das comunidades sociais mais incipientes, e especialmente para as comunidades por estirpe, Nietzsche detecta o surgimento do processo de espiritualização do animal-homem.

³³⁶ Idem, *ibidem*.

³³⁷ Nesse sentido ver *God's funeral* de WILSON, A.N.

O sentimento religioso, segundo Nietzsche, possui sua gênese em uma série de fatores e, principalmente na incapacidade inata ao animal-homem de estabelecer com precisão correlações de causa e efeito.³³⁸ Já na segunda fase de seu pensamento, Nietzsche constata essa incapacidade do animal-homem em estabelecer relações corretas de causalidade. É assim, do erro, da falsa causa, que surge um sentimento supersticioso.

Por essa perspectiva, uma coincidência de resultados desastrosos,³³⁹ um sonho, uma alucinação, "o erro na interpretação de determinados fenômenos naturais, uma perturbação do intelecto",³⁴⁰ poderiam ser encontrados na origem do sentimento religioso, uma vez que naqueles tempos o "homem pensava que podia chegar a conhecer um *segundo mundo real* através dos sonhos".³⁴¹

No entendimento do animal-homem, o "morto continua a viver, *porque* ele aparece aos homens vivos em sonhos".³⁴² Nietzsche situa no sonho com o antepassado já morto, uma possível gênese de um mundo metafísico, de uma vida pós-morte. A partir dessa ilusão e desse raciocínio falho, os ancestrais, conforme exposto na concepção de direito natural mitológico, passam a ser vistos como espíritos protetores da comunidade.

Nesse ponto Nietzsche retoma o argumento dos sonhos utilizado por Strauss. Não há que se falar, portanto, de um direito natural oriundo de uma Lei Eterna, revelada ao homem na forma de uma Lei Natural, ou de uma Lei Divina.

Dentro da cultura ocidental, esse sentimento religioso se manifestou na tradição judaico-cristã. Em sua obra *O anticristo*, Nietzsche não apresenta apenas a genealogia do cristianismo.³⁴³ Nietzsche lamenta o próprio advento de um cristianismo distorcido pelo estoicismo de Paulo, lamenta o casamento da Igreja com o Estado, e efetua um paralelo entre a forma que as leis civis, religiosas e morais atuaram e ainda atuam em toda a nossa cultura ocidental.

³³⁸ conf. MAI/HDH, I, 96 e GC, II, 151.

³³⁹ conf. MAI/HDH, II, 96.

³⁴⁰ FW/GC, III, 151.

³⁴¹ MAI/HDH, I, 5.

³⁴² MAI/HDH, I, 5.

³⁴³ CONWAY, Daniel W. *Genealogy and Critical Method in Schacht's Nietzsche, Genealogy, Morality, Essays on Nietzsche's On the Genealogy of Morals*, Los Angeles: University of California Press, 1994, p. 323.

O método genealógico demonstra que o comportamento do homem segue padrões fundamentados em estruturas oriundas de leis primitivas cristalizadas ao longo de milênios.

Antecipando o entendimento de Kelsen, também para Nietzsche a noção de um direito natural divino seria uma questão de crença, sendo descabida a proposta de se fazer ciência sobre fundamentos artigos de fé. Para Kelsen, uma concepção teológica da doutrina do direito natural implica em uma concepção teleológica.³⁴⁴

3.12.4. Desconstrução do direito natural identificado com a razão

Nietzsche também se posicionará contra o direito natural fundamentado na natureza do homem, sendo esta identificada com a razão, como acreditavam os iluministas. Neste ponto Nietzsche aproxima-se das críticas da escola histórica do direito, pois não consegue vislumbrar o homem, único e igual ao longo dos tempos e em todos os lugares.

A perspectiva científica oriunda do darwinismo, da forma que surgiu no século XIX, não permitiu que Nietzsche aceitasse mais esta ilusão iluminista. Sendo a razão um mecanismo antinatural que o homem desenvolveu ao longo de uma longa trajetória, como poderíamos considerar o direito fundado na razão como sendo natural?

Para Kelsen a questão é de outra natureza. A tentativa de fundamentar o direito natural na natureza humana seria malograda por dois motivos básicos. O primeiro é que encontramos, na natureza do homem, instintos, pulsões, razão e sentimento, e, além disso, o fato do homem ser reativo diante de estímulos externos, oriundos de sua relação empírica com o mundo exterior. O segundo é que de fatos não podemos deduzir uma dogmática jurídica.

Se a razão, assim como a moral, são frutos de um processo civilizatório que o homem empreendeu consigo mesmo, processo este que não possuía um *telos* e que teve como instrumentos privilegiados o direito e o castigo,³⁴⁵ como considerar a existência de um direito natural racional? Dentro do pensamento nietzscheano, a hipótese de um direito natural racional não se sustenta, pois enseja uma contradição em termos.

³⁴⁴ Kelsen, 1993, p. 74.

³⁴⁵ Para uma noção da gênese do castigo, ver a tese de mestrado do autor, defendida perante a PUC/SP, intitulada *Nietzsche, o castigo e a gênese da moral*.

Nesse ponto, a crítica nietzscheana aproxima-se da escola histórica que, ao contrário dos iluministas, localizava nos impulsos e na irracionalidade o impulso da história.

3.13. Desconstrução das fontes do direito

Enquanto ciência o direito decorre de fontes formais e de fontes materiais. As fontes formais são a legislação; o costume jurídico; a jurisprudência; e a doutrina. As fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais e pelos valores sociais. A fonte formal valorativa é própria do estudo da atual filosofia.

Através de uma sistematização atípica do pensamento nietzscheano e tomando emprestado conceitos da própria ciência do direito, podemos apreender do anteriormente exposto que, para Nietzsche, o direito é um fenômeno que emerge na pré-história do homem e que possui fontes diversas, contudo em seu pensamento Nietzsche inverte as fontes estabelecendo relações nunca antes exploradas.

Se na concepção científica do direito, as fontes materiais são viabilizadas pelas fontes formais, para Nietzsche as fontes formais criam, alteram e cristalizam valores morais.

Em *Humano, demasiado humano*, assim como em *Aurora* e posteriormente em *Genealogia da moral*, Nietzsche localiza, na pré-história do homem, pelo menos quatro origens para o direito: a) os costumes, juntamente com a tradição, b) os contratos comerciais, isto é, as obrigações de dar, de fazer, ou de se abster oriunda do escambo; c) o homicídio e as rixas; d) as guerras. Esse trabalho genealógico não pode ser enquadrado dentro da classificação fontes materiais e fontes formais. Mesmo porque o surgimento do direito só pode ser mais bem detectado a partir do surgimento do Estado e de uma autoridade centralizadora que impõe a sua vontade de poder sobre uma massa, criando leis, consolidando disciplinas, modificando comportamentos e criando valores. Neste ponto, o pensamento de Nietzsche perfaz mais uma alteração radical quando comparado aos estudos científicos, pois é justamente a vontade de poder expressa na forma de lei, com seu elemento coercitivo que altera e modela a sociedade.

Sob essa perspectiva, a vontade de poder pode ser considerada como a fonte do direito que legitima as demais. Em sua *Genealogia da moral* Nietzsche diz que

"[...] o "direito" foi por muito tempo um *vetitum*, um abuso, uma inovação, apareceu com violência, à qual somente com vergonha de si mesmo alguém se submetia".³⁴⁶

Pela perspectiva de Nietzsche direitos e obrigações são graus de poder reconhecidos e garantidos pela autoridade que encabeça a comunidade primitiva. Assim como o indivíduo tem o seu poder reconhecido, ele também passa a reconhecer, de maneira generalizadora e mútua, o poder dos demais.³⁴⁷ Em se tratando de relações de poder, não devemos crer que fossem estáticas:

"[...] Se as relações de poder sofressem uma modificação essencial, desapareceriam alguns direitos e outros surgiriam... Onde *reina* o direito, mantém-se um certo estado e grau de poder, e há oposição ao seu aumento ou disposição... Se o nosso poder se mostra profundamente abalado e quebrado, os nossos direitos cessam; pelo contrário, se nos tornamos muito mais poderosos, os direitos que até então havíamos reconhecido aos outros deixam de existir para nós"³⁴⁸

Visto assim, o direito alheio é uma concessão feita pelo nosso sentimento de poder ao sentimento de poder dos outros. Considerando a variação de graus de poder, a desigualdade entre os indivíduos parece ser uma condição necessária não só para o surgimento, mas também para a própria subsistência dos direitos. De maneira geral, o direito e o estado de direito caracterizam-se como estados de exceção. Nesse mesmo sentido:

"[...] É preciso mesmo admitir algo ainda mais grave: que, do mais alto ponto de vista biológico, os estados de direito não podem senão ser *estados de exceção*, enquanto restrições parciais da vontade de vida que visa o

³⁴⁶ GM/GM, III, 9.

³⁴⁷ conf. M/A, I, 112.

³⁴⁸ M/A, I, 122.

poder, a cujos fins gerais se subordinam, enquanto estados particulares: a saber, como meios para criar *maiores* unidades do poder".³⁴⁹

O direito, para Ihering, é a “garantia de condições da vida da sociedade, sob a forma coativa” e, em uma segunda expressão o “direito é o conjunto de condições da vida da sociedade garantida em virtude de uma coação exterior, isto é, por meio do poder estatal”.

Assim, “para Ihering, a essência do direito é a coação” e “o Estado é o único titular do poder coativo da sociedade; logo, o Estado é a única fonte do direito”³⁵⁰. Esta noção de fato se aproxima da noção nietzscheana, mas Nietzsche também sustenta que mesmo antes da criação do Estado, toda e qualquer norma, consuetudinária ou religiosa, que fosse considerada obrigatória para os membros de um determinado grupo, não deixava de ser uma norma.

Porém, dentro do pensamento nietzscheano, ainda que apoiado nas teorias de Ihering, a instância criadora e legitimadora do direito é a vontade de poder. Será um direito mais justo, quando posto de forma ativa pelos homens que modelam a sociedade; será um direito mais próximo do injusto quando posto de forma reativa e ressentida pelos homens que deformam a humanidade.

Dessa forma podemos entender que, para Nietzsche o direito é um fenômeno humano, com gênese na pré-história do homem, encontrado em toda e qualquer sociedade, por mais primitiva que seja, eis que todas possuem regras, leis e normas coercitivas. O direito seria, para Nietzsche, esse fenômeno originado na pré-história da humanidade e que integra superstições, costumes, tradições, concreções de força, embates³⁵¹ e vontade de poder e que se revela de forma ativa através das leis postas por uma tipologia de homens nobres e superiores, que são os modeladores da sociedade.

“[...] todos os homens superiores, que eram irresistivelmente levados a romper o jugo de uma moralidade e instaurar novas leis [...]”³⁵²

Por esta perspectiva, a lei possui uma semiótica que lhe é intrínseca.

³⁴⁹ GM/GM, II, 11.

³⁵⁰ Idem, *ibidem*.

³⁵¹ M/A, I, 68.

³⁵² M/A, I, 21.

3.14. Da justiça

Tendo efetuado uma desconstrução das noções de direito natural, tendo apresentado suas origens pré-históricas e tendo apresentando a vontade de poder enquanto fonte do direito enquanto fenômeno social, Nietzsche também afasta as concepções de justiça natural. Ainda assim, a) a origem da justiça; b) o desenvolvimento da noção de justiça; c) estágios da justiça; d) a justiça reativa; e e) a auto-supressão da justiça são temas privilegiados na trajetória do pensamento nietzscheano.

3.14.1. A origem da justiça

Levando-se em consideração a concepção nietzscheana de origem do direito, não há que se falar em uma justiça natural, uma vez que a única justiça possível é aquela decorrente do advento da lei. Neste particular a filosofia nietzscheana aproxima-se da noção de direito enquanto força, tal como exposto por Ihering e em sua abordagem científica do direito.

Contudo Nietzsche afasta a concepção mecanicista de Dühring, segundo a qual a justiça era derivativa da vingança e a pena, do castigo.

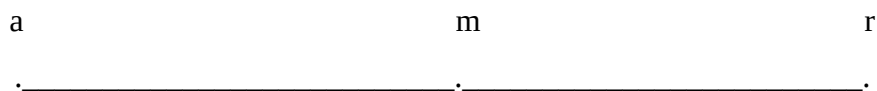
Na segunda fase de seu pensamento, quando a pesquisa genealógica ainda era incipiente, Nietzsche nos apresenta uma noção de equidade totalmente diversa daquela que nos foi outorgada por Aristóteles e que ainda é aplicada até os dias de hoje:

Origem da justiça – A justiça (equidade) tem sua origem entre aqueles que têm *potência* mais ou menos *igual*, como Tucídides (no terrível diálogo entre os enviados atenienses e mélios) o concebeu corretamente: onde não há nenhuma supremacia claramente reconhecível e um combate se tornaria um inconseqüente dano mútuo, surge o pensamento de se entender e negociar sobre as pretensões de ambos os lados; o caráter da *troca* é o caráter inicial da justiça. Cada um contenta com o outro, na medida em que cada um obtém o que estima mais do que o outro. Dá-se a cada um o que ele quer ter, como doravante seu, e se recebe em compensação o que se deseja. Justiça é, portanto, retribuição e intercâmbio, sob a pressuposição

de uma posição mais ou menos igual de potência; assim a vingança pertence originariamente ao domínio da justiça, ela é intercâmbio. Assim também a gratidão. – Justiça remete naturalmente ao ponto de vista de uma autoconservação inteligente, portanto, ao egoísmo daquela reflexão: “Para que haveria eu de danificar-me inutilmente e talvez nem sequer alcançar o meu alvo? – Isso quanto à *origem* da justiça. Porque os homens, de acordo com seu hábito intelectual, *esqueceram* o fim originário das assim chamadas ações justas, eqüitativas, e, em especial, porque através de milênios as crianças foram ensinadas a admirar e imitar tais ações, pouco a pouco surgiu a aparência de uma ação justa é uma ação não-egoísta: e sobre essa aparência repousa a alta estima por elas, que além disso, como todas as estimativas, está ainda em constante crescimento: pois algo altamente estimado é perseguido com sacrifício, imitado, multiplicado, e cresce porque o valor do esforço e zelo despendidos por cada indivíduo é ainda acrescentado o valor da coisa estimada. – Que aspecto pouco moral teria o mundo sem o esquecimento! Um poeta poderia dizer que Deus postou o esquecimento como guardião na soleira da dignidade humana.”³⁵³

Não pretendemos, aqui, interpretar o aforismo por inteiro. Notamos, de início, que Nietzsche tira o exemplo de equidade de uma passagem da história, e não de uma abstração racional. Não fundamenta, portanto, a noção de equidade segundo a tradição pitagórica-aristotélica, enquanto fórmula ou parâmetro racional, oriundo da geometria ou da teoria do meio termo. Para Nietzsche o caráter da justiça, enquanto equidade é a troca, e não uma fórmula racional para se fazer justiça na ausência de uma norma legal.

Assim, a figura abaixo, que representa a noção aristotélica de equidade, base da teoria do meio-termo, estaria completamente em desacordo com a realidade histórica.



³⁵³ MAI/HHI, II, 92.

A equidade não é fruto de um ponto médio entre dois pontos, onde o ponto (a) representa o ofendido, ou o autor da demanda; o ponto (r) representa o ofensor, ou o réu e o ponto (m) representa o ponto de equilíbrio, ou justiça feita pelo equilíbrio da balança.

Conforme a crítica Nietzscheana, tanto a noção pitagórica-aristotélica de equidade fundada na geometria ou em um ponto equidistante entre dois outros, já revelariam uma enorme abstração conceitual, fruto tardio da capacidade racional do homem.

Segundo o aforismo de *Humano, demasiado humano*, supra transcrito, aplicando-se a pesquisa genealógica, a origem da justiça enquanto equidade está diretamente vinculada a um estágio muito cultural anterior ao da capacidade de abstração, possuindo sua origem em um instinto primitivo de sobrevivência e na capacidade que todo animal possui de medir a própria força perante um possível oponente.

Num segundo momento, notamos também uma certa influência, posteriormente negada em *Genealogia da moral*, da teoria de John Stuart Mill, segundo a qual, os homens esquecem a origem dos conceitos valorativos. O que nos coube identificar é que por esta perspectiva a justiça enquanto equidade é oriunda de um sentimento de sobrevivência, da capacidade que todo animal possui de medir forças e evitar danos maiores quando possível. Diferente da noção hobbesiana, Nietzsche não chega a mencionar um contrato social para a formação de um Estado, com a abdicação de direitos naturais em troca de garantia de direitos positivos. Trata-se de uma concepção de equidade bem distante da metafísica.

Se nesta segunda fase de seu pensamento, Nietzsche ainda fundamenta a origem da justiça em um instinto de autoconservação, na terceira fase de seu pensamento, a questão é retomada. Assim, é na hipótese de uma desavença entre duas comunidades, onde a perspectiva de um confronto faça surgir incerteza, temor e grandes perdas para ambas as partes, a composição tomará lugar. Nietzsche retoma essa mesma concepção em *Para Além do Bem e do Mal*:

"[...] Quando é maior o perigo, maior é a necessidade de entrar em acordo, com rapidez e facilidade, quanto ao que é necessário fazer"³⁵⁴

³⁵⁴ GB/BM, IX, 269

Com relação a grupos de homens de menor poder, a composição é imposta pela força:

"[...] 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"³⁵⁵

Se o interesse de preservar o grupo é a meta, um instinto de autoconservação é a base desse interesse de forma que em *Aurora*, Nietzsche ainda identificava o início da justiça com fenômenos animais, o que revela o caráter imanente, ou "demasiado humano", do surgimento da justiça.³⁵⁶

Não devemos crer, em conformidade ao método genealógico, que o conceito de justiça tenha permanecido inalterado ao longo do tempo.

Considerando que as leis revelam o que é estranho para uma sociedade,³⁵⁷ e que as leis são dinâmicas, a noção de justiça também sofre alterações na medida em que o direito se altera e na medida em que o Estado surge:

"[...] "justo" e "injusto" existem apenas a partir da instituição da lei (e *não*, como quer Dühring, a partir do ato ofensivo). Falar de justo e injusto *em si* carece de qualquer sentido[...]"³⁵⁸

Aqui encontramos a ruptura da filosofia do direito de Nietzsche com qualquer noção de justiça natural ou transcendente. A justiça é um fenômeno humano desenvolvido ao longo do nosso processo civilizatório.

³⁵⁵ GM/GM, II, 8

³⁵⁶ M/A, I, 26.

³⁵⁷ FW/GC, I, 43.

³⁵⁸ GM/GM, II, 11.

3.14.2. Desenvolvimento da noção de justiça

Superando o seu cânon inicial de equidade, dentro do "Estado" primitivo, a justiça é concebida como o fruto da prática exercida por uma autoridade centralizadora, com vistas a regular e viabilizar a vida em comunidade.³⁵⁹ Em *Genealogia da Moral* Nietzsche expõe:

“[...]Em toda parte onde se exerce e se mantém a justiça, vemos um poder mais forte que busca meios de pôr fim, entre os mais fracos a ele subordinados (grupos ou indivíduos), ao insensato influxo do ressentimento, seja retirando das mãos da vingança o objeto do ressentimento, seja colocando em lugar da vingança a luta contra os inimigos da paz e da ordem, seja imaginando, sugerindo ou mesmo forçando compromissos, seja elevando certos equivalentes de prejuízos à categoria de norma, à qual de uma vez por todas passa a ser dirigido o ressentimento”³⁶⁰

Nietzsche procura fundamentar a sua concepção lembrando que a administração da justiça, assim como a instituição da lei, sempre estiveram nas mãos de pessoas ativas, que através de sua vontade de poder procuraram combater os sentimentos reativos. Através do exercício da justiça evita-se manifestações de ressentimento e o exercício da vingança privada, que bem poderiam gerar uma volta ao estado *bellum omnium contra omnes*. Portanto, o desenvolvimento da noção de justiça, das noções de justo e injusto, estão diretamente ligados ao advento da lei e à nova organização social emergente:

"[...] 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 dos 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"³⁶¹

³⁵⁹ Conf. WS/AS, 26

³⁶⁰ GM/GM, II, 11.

³⁶¹ GM/GM, II, 11.

Enquanto obra de um poder centralizador, esta concepção de justiça também se opõe à tradição filosófica ocidental, e, em especial, à concepção platônica, que a via como tendo origem em si mesma.³⁶² Para Nietzsche, falar de

"[...] justo e injusto *em si* carece de qualquer sentido; *em si* ofender, violentar, explorar, destruir não pode naturalmente ser algo "injusto", isto é, em suas funções básicas, a vida atua ofendendo, violentando, explorando, destruindo, não podendo sequer ser concebida sem esse caráter".³⁶³

Nesse sentido, o pensamento de Nietzsche parece ser um prelúdio à concepção própria do positivismo jurídico de Kelsen, para quem o direito é uma “técnica social” consistente em obter uma conduta social dos homens, mediante a ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária. Justo e injusto são noções que emergem a partir do advento da lei, o que demonstra o caráter demasiado humano da justiça. Curioso notarmos que Nietzsche aborda os três estágios da justiça até hoje utilizados no direito.

3.14.3. Estágios da justiça

Em *Genealogia da Moral* Nietzsche apresenta traços de uma evolução posterior do direito, ocorrida na proporção em que aumenta o poder de uma comunidade, o que refletirá na própria justiça. Isto ocorre quando a comunidade

“[...] deixa de atribuir tanta importância aos desvios do indivíduo, porque eles já não podem ser considerados tão subversivos e perigosos para a existência do todo: o malfeitor não é mais “privado da paz” e expulso, a ira coletiva já não pode se descarregar livremente sobre ele – pelo contrário, a partir de então ele é cuidadosamente defendido e abrigado pelo todo, protegido em especial da cólera dos que prejudicou diretamente. O acerto com as vítimas imediatas da ofensa; o esforço de circunscrever o caso e evitar maior participação e inquietação; as tentativas de achar equivalentes e acomodar a questão (*compositio*); sobretudo a vontade cada vez mais firme de considerar toda infração *resgatável* de algum modo, e assim

³⁶² Conf. Platão, *A República*, Livro I, 338, "c"; e *Górgias*, 483, "a", "b", e "c".

³⁶³ GM/GM, II, 11.

isolar, ao menos em certa medida, o criminoso de seu ato estes são os traços que marcaram cada vez mais nitidamente a evolução posterior do direito penal. Se crescem o poder e a consciência de si de uma comunidade, torna-se mais suave o direito penal; se há enfraquecimento dessa comunidade, e ela corre grave perigo, formas mais duras desse direito voltam a se manifestar...”³⁶⁴

Dessa forma, Nietzsche acaba abrangendo, sem sistematizar, os três estágios da justiça, conhecidos como autotutela; composição e tutela jurisdicional.

- a) A autotutela é a vingança, reflete o “direito dos punhos”, para utilizarmos uma expressão nietzscheana. É quando o homem faz justiça com as próprias mãos. Segundo Nietzsche é presente na pré-história do homem e também na sua história. Na trajetória do processo civilizatório a vingança foi necessariamente contida por legisladores.
- b) A composição, também conhecida como mediação, implica em um agente que, estando acima das normas e através de sua vontade de poder, resolverá uma demanda, afastando ofendido de ofensor. Dessa maneira, a ofensa, seja ela a outro indivíduo ou à um indivíduo coletivo, o que era mais comum, torna-se menos pessoal.
- c) A tutela-jurisdicional, por sua vez, implica em uma atualização do conceito de justiça. A tutela jurisdicional é fruto do Estado moderno. Ela se dá através de normas jurídicas, que são as normas postas pelo Estado e que refletem a vontade do povo, e é aplicada de forma silogística por um juiz de direito que, sendo funcionário público, é obrigado a aplicar a lei que lhe é posta, de forma silogística, sob pena de responder por crime de responsabilidade. Na tutela jurisdicional aplica-se a justiça comutativa, a justiça distributiva e a equidade, tal como concebidas por Aristóteles, visando à justiça e à felicidade do Estado. A aplicação silogística da norma jurídica, é oriunda da lógica aristotélica e do pensamento de Beccaria, conforme já exposto.

³⁶⁴ GM/GM, II, 10.

O juiz, por sua vez, passa a ser um funcionário público, não está mais acima da lei, e, por conseguinte, deixa de ser um modelador da sociedade. Caso o juiz deixar de aplicar a norma jurídica, ou deixar de julgar a ação, responderá por crime de responsabilidade, isto tudo em decorrência das idéias iluministas, da Revolução Francesa mas, principalmente, em decorrência do Código de Napoleão, que à força queria impor, inclusive à Alemanha a noção de que todos os homens são iguais.

3.14.4. Da justiça reativa

Conforme exposto no Capítulo II, Nietzsche repudia a idéia de que os homens são iguais, assim como repudia um direito para todos e uma justiça de origem reativa, oriunda de um povo ou mesmo oriunda da vingança, seja esta particular ou coletiva.³⁶⁵

Se em *Genealogia da Moral* Nietzsche afasta a justiça da vingança, do campo reativo, em *Crepúsculo dos ídolos* Nietzsche afasta a Revolução Francesa, que caracteriza o Estado Moderno e, por conseguinte, o que deste decorre:.

“[...] a revolução enquanto *peça teatral* seduziu mesmo os espíritos mais nobres. Isto não é por fim nenhum motivo para apreciá-la mais. – Eu só vejo um homem que a acolheu como ela precisa ser acolhida, com *nojo* - Goethe ...³⁶⁶

O aforismo supra transcrito dispensa maiores interpretações, pois demonstra a rejeição de Nietzsche pela revolução, para o tipo de direito e de justiça reativa que ela engendrou. E se a lei revela o que é estranho a uma sociedade, a tutela jurisdicional que acata todos de igual maneira, demonstra o que é estranho à sociedade moderna: o homem desigual, o homem livre.

Dentro do Estado, não encontramos mais espaço para a livre manifestação política.³⁶⁷ lugar para a ação e para a liberdade. A democracia moderna, tal como concebida pelos

³⁶⁵ GM/GM,II, 11.

³⁶⁶ GD/CI, Incursões de um extemporâneo, 49.

³⁶⁷ Este é justamente o tema que Ansell-Pearson privilegia em sua obra *Nietzsche enquanto pensador político*.

iluministas, a rigor é fruto de uma revolução do povo, daí o seu caráter reativo. Por conseguinte, a justiça que se encontra no Estado moderno também é modeladora, mas sendo de origem reativa, seu solo é a vingança e o ressentimento; sua função é tolher a liberdade de ação dos indivíduos ativos.

Na filosofia de Nietzsche a Revolução Francesa não representa evolução alguma. A concepção de uma evolução, de um progresso crescente através do direito e da justiça oriundo do iluminismo, implicaria na crença de uma *ratio* organizadora de toda a trajetória humana. Uma visão mais apurada demonstra que tal conceito é reativo ao absolutismo da França do século XVIII. Esta visão aproxima Nietzsche da escola histórica do direito.

Não havendo uma crença no melhoramento do futuro da humanidade, outra característica da escola histórica, em nítido contraste com os ideais iluministas, era o amor pelo passado. Nietzsche não possui um tal amor pelo passado, apenas busca em tempos idos referências para efetuar uma crítica dos valores morais da Idade Moderna. Para tanto, se apóia em pesquisas diversas, incluindo o direito e uma das conseqüências direta é o interesse pela origem das civilizações e pelas sociedades primitivas. De outro lado, um traço ulterior da escola histórica, que é o amor à tradição, pode ser encontrado no pensamento de Nietzsche.

Outro ponto de convergência entre o pensamento nietzscheano e a escola histórica do direito é que com esta morre a visão dualista do direito. A escola histórica do direito parece enterrar por vez a noção de direito natural. Segundo o jurista contemporâneo Leo Strauss, a “rejeição contemporânea do direito natural leva ao niilismo – não, é idêntico ao niilismo.”³⁶⁸

Leo Strauss não está se referindo ao pensamento nietzscheano exclusivamente, mas sim aos efeitos decorrentes da morte do direito natural, ao niilismo enquanto fenômeno natural. No campo jurídico, trouxe o paradigma kelseniano de direito e suas leis lógicas e ocas.

³⁶⁸ Strauss, 1997, p. 5. Para as relações entre Leo Strauss e Nietzsche indicamos a obra de LAMPERT, Laurence, *Leo Strauss and Nietzsche*. Chicago: The Chicago University Press, 1996.

3.15. O que revelam as leis

As leis enquanto atos oriundos da vontade de poder de um agente modelador, não revelam a expressão de um povo, muito pelo contrário, mas sim o que aquele povo toma como exceção. No aforismo 43 de *A gaia ciência*, Nietzsche expõe a sua teoria sobre o que as leis revelam:

“ *O que revelam as leis.* – É um grave erro estudar as leis penais de um povo como se fossem expressão de seu caráter; as leis não revelam o que um povo é, mas o que lhe parece estranho, estrangeiro, singular, extraordinário. As leis se referem às exceções à moralidade dos costumes; e as penas mais duras atingem o que está conforme aos costumes do povo vizinho [...]”

Sendo fruto de uma autoridade centralizadora ou mesmo de costumes, a lei molda, cria, altera e ratifica valores. Essa característica da lei pode ocorrer tanto de forma ativa como de forma reativa. Por aplicação da exegese do aforismo supra transcrito, as normas jurídicas oriundas dos ideais iluministas e postas pelo Estado moderno, na medida em que fundamenta o princípio da igualdade entre os homens, ignora as diferenças existentes entre os homens. Sendo fruto de uma vontade de poder reativa, só gera injustiça.

Por uma questão de integridade intelectual, Nietzsche vai além dos ideais iluministas e encontra na filosofia ática e mais particularmente no pensamento de Platão, e na noção de “bem comum” a raiz mais remota desse direito reativo, que solapou a verdadeira eticidade dos gregos da antiguidade.

3.16. Crítica ao direito dogmático

Nietzsche via em Platão a origem da dogmática jurídica, o que é bastante sustentável, se considerarmos a *República* como modelo de Estado a ser seguido. A noção de “bem comum” também teria posto um fim ao antigo direito grego que levava em consideração as desigualdades entre os homens. Contudo, coube a Aristóteles o título de pai da filosofia do direito.

Aristóteles foi o primeiro filósofo a versar sobre a filosofia do direito, apresentando uma formidável distinção entre justiça natural e justiça positiva. Esta última divide-se em distributiva e comutativa. Sendo que esta também se subdivide em comutativa consensual e comutativa judicial. A justiça comutativa é aquela decorrente de uma lei que leva em consideração os iguais, de forma que eles permaneçam iguais. A justiça distributiva leva em conta a desigualdade dos homens, e através de leis, iguala os desiguais. Essas concepções encontram-se na base do iluminismo e estão em vigor até os dias de hoje, contudo, conforme já exposto, para Nietzsche os homens não são iguais, não podendo haver maior injustiça do que tratar os desiguais de forma desigual, igualando-os, isto é, a justiça distributiva.

Ainda mais, Aristóteles descobriu e desenvolveu a ferramenta do bem pensar: a lógica, que veio a ser aplicada no direito, por força da obra do Marquês de Beccaria. A única crítica a ela foi efetuada por Nietzsche, conforme já exposto, e aqui reside outro ponto de extrema originalidade de seu pensamento, mesmo porque, a lógica é uma invenção do homem que não dá conta do fluxo contínuo do devir.

No decorrer de sua obra, Nietzsche não cita Aristóteles com muita frequência, e quando o faz, não se refere ao direito. Uma das principais críticas a Aristóteles é a citação implícita e irônica, em *Crepúsculo dos ídolos, em Sentenças e setas* 3:

“Para viver sozinho, é preciso ser um animal ou um deus – diz Aristóteles. Falta ainda a terceira alternativa: é preciso ser os dois ao mesmo tempo – *Filósofo...*”

A crítica se justifica. Se para Aristóteles a origem do Estado encontra-se na união de famílias, clãs e tribos, para Nietzsche a origem do Estado se encontra na guerra. E se para Aristóteles a finalidade do Estado é garantir a felicidade dos cidadãos, então é certo que a visão aristotélica, além de ingênua, e daí a sátira, garante a leitura nietzscheana do Estado como uma máquina trituradora de homens, uma camisa de força social, que possui no direito e nas leis o método necessário para igualar os homens desiguais e de privar qualquer manifestação de liberdade por parte do desigual, no caso, o bárbaro. A visão aristotélica

ratifica, dessa maneira, a concepção nietzscheana de que o animal-homem não cabe no Estado e, de igual maneira, o filósofo também não, por causa de seu caráter questionador.

Se as leis revelam o que um grupo social considera estranho e considerando que os grupos não possuem as mesmas valorações, e considerando, ainda a desconstrução das noções fantasiosas sobre a origem do direito, não devemos crer que exista apenas uma noção de justiça, como queria Platão, Aristóteles e os iluministas.

Contudo, é justamente em *Ética a Nicômaco* que Aristóteles conceitua a justiça como a mais elevada virtude. Através dessa conceituação, Aristóteles fundamentou de vez o dogmatismo na nossa cultura ocidental. Sendo a justiça decorrente da lei e sendo ela a mais elevada virtude, conforme exposto no Livro V, 1 da mencionada obra, “o justo é, portanto, o respeitador da lei”. Em outras palavras, o homem moral, ou o homem justo, é justamente aquele que segue as leis postas pelo Estado. Dessa forma, a tese nietzscheana de que a moral ocidental tem sua gênese na observância do direito também pode ser encontrada na filosofia aristotélica. Esta observação é de crucial importância ao considerarmos que a filosofia do direito aristotélica se encontra na base do nosso sistema jurídico, o que também sustenta a crítica nietzscheana à dogmática, seja esta jurídica ou moral.

CAPÍTULO IV

O EMPREGO DO DIREITO NA FILOSOFIA

A DANÇA DOS CONCEITOS

O estudo do direito forneceu mais do que dados para a pesquisa genealógica de Nietzsche, forneceu-lhe conceitos técnicos que, por vezes, foram empregados para dirimir questões de cunho estritamente filosófico. São elas: a) o direito e a genealogia – o caso Shylock; b) o valor da vida; c) Sócrates e a cultura grega; d) a abordagem do direito enquanto fenômeno antinatural; e) a retomada dos filósofos legisladores; f) o além-do-homem.

Através de uma transferência de conceitos, que Nietzsche chamou de “dança de conceitos”³⁶⁹ e através da aplicação de métodos entre eles o analítico e o comparativo, Nietzsche leva a cabo o processo de desconstrução da estrutura do direito e, por conseguinte dos valores da moral ocidental. Nas palavras de Nietzsche:

“[...] – Em verdade, não se pode subtrair da *educação nobre* a *dança* em todas as suas formas: poder dançar com os pés, com os conceitos, com as palavras; eu diria ainda que também se precisa poder dançar com a *pena*. [...]”

Com conceitos próprios do direito, Nietzsche aborda questões filosóficas, da mesma forma que anteriormente, através de conceitos filosóficos, desmontou o direito penal moderno, assim como as noções de justiça.

4.1. O direito e a genealogia – o caso Shylock

Vimos no capítulo III como Nietzsche faz surgir a moral do direito, através do método genealógico por ele desenvolvido. Trata-se de uma verdadeira dança de conceitos, pois é das matrizes credor/devedor, próprias do direito comercial, que Nietzsche apresenta suas hipóteses.

³⁶⁹ GD/CI, O que falta aos alemães, 7.

Ainda assim, essa transferência de conceitos bem como suas origens podem ser ilustradas através de uma comparação entre as abordagens que Hegel, Ihering e Nietzsche efetuaram sobre uma mesma questão, presente na obra intitulada *O Mercador de Veneza* de William Shakespeare.

Na referida obra, uma peça para teatro em três atos, Shakespeare salienta o aspecto da vingança no espírito do agiota Shylock, que toma como garantia de um empréstimo, uma libra de carne do peito do fiador Antônio. O pagamento da dívida não é satisfeito pelo devedor e a questão é levada a Juízo. A decisão judicial causa espanto: por força de sentença que reconhece a validade do título de crédito, o credor tem o direito de arrancar uma libra de carne de seu devedor, contudo, uma libra de carne sem sangue e sem derramar sangue. Em outras palavras, a decisão é inexeqüível.

Essa decisão judicial, exposta em uma obra clássica, que gera um diálogo, imaginário ou não, entre os três pensadores.

Antes de adentrarmos ao tema, alguns aspectos devem ser salientados. Inicialmente, é necessário lembrarmos que na Alemanha, o regime da pena privada adentrou o século XVIII, enquanto que em outros países já havia sido abolido. Assim, a questão fala de perto ao alemães do século XIX, pelo menos histórica e cronologicamente. Em segundo lugar, a decisão judicial estanca um velho preceito do direito romano que dizia não constituir crime se o credor ou o ofendido cortou um pouco mais ou menos o seu devedor.

Na introdução de sua obra *Princípios à Filosofia do Direito*, de 1820, ao questionar a utilidade e a transitoriedade de algumas leis positivas, Hegel toma como exemplo a Lei das doze Tábuas e comenta a referida obra de Shakespeare. Hegel não se manifestou sobre a injustiça cometida contra o agiota Shylock, comenta apenas a lei e seu eventual valor histórico:

"O exemplo reside na horrível lei que dá ao credor, depois de ter passado um certo prazo, o direito de matar o devedor ou de o vender como escravo ou, até, caso os credores sejam vários, de o cortar em pedaços e dividi-los entre eles com um requinte tal que aquele que cortou de menos ou demais

não pode por isso ser objeto de uma instância judiciária (cláusula que o Shylock de Shakespeare, nem *O mercador de Veneza*, não deixaria de aproveitar e aceitar o reconhecimento) [...]" ³⁷⁰

As palavras de Hegel revelam valores pessoais. Para um direito que estava prestes a se transformar em ciência avaliativa, essas palavras revelam-se inadequadas. A cláusula que garantia o débito não parece fazer sentido algum para Hegel, causando-lhe apenas horror e repulsa. Quanto ao livre exercício da *obligatio*, ainda aos olhos de Hegel, a cláusula parece ser irracional. A indignação e opinião pessoal de Hegel revelam ausência de sentido histórico e, quiçá, um certo preconceito contra a personagem Shylock.

Ihering, por outro lado, é um típico jurista que entre as regras “não cometas injustiças” e “não tolere injustiças” opta pela segunda, conforme expõe em sua obra de maior circulação entre leigos. Trata-se de uma conferência apresentada em Viena, na primavera de 1872 e publicada a partir do ano seguinte em várias línguas e diversos países, sob o título *A luta pelo direito*.

Coerente com seu pensamento, Ihering utiliza-se da personagem Shylock de Shakespeare para ilustrar que, apesar do “Ódio e do espírito de vingança” terem conduzido Shylock ao tribunal “para cortar do corpo de Antônio a sua libra de carne”, as palavras “Eu exijo a lei” de Shakespeare indicam a verdadeira relação entre o direito subjetivo e o direito objetivo. O problema de Shylock deixa de ser pessoal, se eleva, pois é

“[...] a própria lei de Veneza que bate às portas do tribunal! [...] Porque o direito *dele* e o *direito veneziano* são um só direito e, como consequência, se há lesão ao primeiro, o direito de Veneza desmorona”. ³⁷¹

Prossegue Ihering em uma tentativa de interpretação para além da jurídica:

“[...] Quando ele próprio (Shylock) cai sob o peso da sentença, que mediante sofisticado ardil lhe frustra o direito, quando perseguido com insultos, aniquilado e desalentado, curva, tremendo os joelhos, e sai

³⁷⁰ Hegel. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, Introdução, págs. 8 e 9.

³⁷¹ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2001, Introdução.

trôpego, não há absolutamente ninguém que não sinta, na própria pele, que o próprio direito de Veneza foi conspurcado e que não é o judeu Shylock que se afasta, humilhado, mas é a típica figura do judeu da Idade Média, pária social, que clamava, em vão, por justiça.[...]”

Prossegue Ihering em uma análise psicológica da personagem Shylock:

“[...] A tragédia enorme de seu destino não é o do seu direito não ter sido reconhecido, mas o fato de um judeu da Idade Média acreditar no direito, quase como um cristão.

É uma fé inabalável no direito, que, neste mundo, nada quebrará, fé incentivada até pelo juiz, até que, com a força de uma tempestade, desaba-lhe sobre a cabeça a catastrófica fé que o tira do campo das ilusões e que lhe traz à mente que não passa de um judeu medieval, um renegado, cujo direito é violado, na mesma hora em que é reconhecido. [...]”³⁷²

Sabemos que Ihering foi grande leitor de Kant e de Hegel, ambos citados por ele em seu livro *A luta pelo direito*. Também sabemos que Nietzsche leu *A finalidade do direito*, obra escrita por Ihering, cujo primeiro volume apareceu em 1877 e o segundo em 1883. Não sabemos, contudo, se Nietzsche leu *A luta pelo direito* de 1872. A aproximação é sugestiva tanto no caso de Hegel como no caso de Ihering.

Nietzsche parece dialogar ao menos com Hegel ao abordar a questão da flexibilidade da Lei das Doze Tábuas, ao concordar com este que as antigas relações contratuais desperta “suspeita e aversão”. Contrastando, no entanto, com o método dialético hegeliano e ainda mais com as análises de Ihering, Nietzsche aplica o seu método genealógico:

“[...] Como seria de esperar [...] imaginar tais relações contratuais desperta sem dúvida suspeita e aversão pela antiga humanidade, que as criou ou permitiu. Precisamente nelas fazem-se *promessas*, justamente nelas é preciso *construir* uma memória naquele que promete; nelas, podemos desconfiar, encontraremos um filão de coisas duras, cruéis, penosas. O

³⁷² Idem, *ibidem*.

devedor para infundir confiança em sua promessa de restituição, para garantir a seriedade e a santidade de sua promessa, para reforçar na consciência a restituição como dever e obrigação por meio de um contrato empenha ao credor, para o caso de não pagar, algo que ainda “possua” sobre o qual ainda tenha poder, como seu corpo, sua mulher, sua liberdade ou mesmo sua vida (ou em certas circunstâncias religiosas sua bem-aventurança, a salvação de sua alma, e por fim até a paz no túmulo: assim era no Egito, onde o cadáver do devedor nem sequer no túmulo encontrava sossego diante do credor – mas é certo que para os egípcios essa paz era algo especial). Sobretudo o credor podia infligir ao corpo do devedor toda sorte de humilhações e torturas, por exemplo, cortar tanto quanto parecesse proporcional ao tamanho da dívida – e com base nisso bem cedo e em toda parte houve avaliações precisas, terríveis em suas minúcias, avaliações *legais* de membros e partes do corpo.[...]”

A abordagem genealógica é bastante clara e contrastante com as abordagens de Hegel e de Ihering. O diálogo com Hegel parece ser explícito quando Nietzsche aborda a questão da Lei das Doze Tábuas:

“[...] Já considero um progresso, prova de uma concepção jurídica mais livre, mais generosa, mais *romana*, que a Lei das Doze Tábuas decretasse ser indiferente que os credores cortassem mais ou menos nesse caso: “*si plus minusve sequerant, ne fraude esto*” [se cortam mais ou menos, que não seja crime]. [...]“

Se a cláusula romana que dispõe não caracterizar crime cortar mais ou menos o credor, esta certamente procura impedir um questionamento infinito entre credor e devedor.

Prosseguindo em sua análise, Nietzsche apresenta, com base na concepção de vontade de poder uma economia das penas subjacente à aplicação da pena. Esta análise também leva em consideração a alegria que o homem primitivo possuía no exercício da crueldade, homem primitivo este que a qualquer momento pode emergir.

“[...] Tornemos clara para nós mesmos a estranha lógica dessa forma de compensação. 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 e recompensa – a satisfação de quem pode livremente descarregar seu poder sobre um impotente, a volúpia de “*faire le mal pour le plaisir de le faire*”. O prazer de ultrajar: tanto mais estimado quanto mais baixa for a posição do credor na ordem social, e que facilmente lhe parecerá um delicioso bocado ou mesmo antegoço de uma posição mais elevada. Através de uma punição ao devedor, o credor participa de um *direito dos senhores*, experimenta enfim ele mesmo a sensação exaltada de poder desprezar e maltratar alguém como “inferior” ou então, no caso em que o poder de execução da pena já passou à “autoridade”, poder ao menos vê-lo desprezado e maltratado. A compensação consiste, portanto, em um convite e um direito à crueldade. [...]”³⁷³

Nessa passagem de *Genealogia da moral* encontramos os três estágios da justiça: a) a auto-tutela, isto é, quando o ofendido faz justiça com as próprias mãos; b) a mediação, quando um árbitro surge para dirimir o conflito; e c) a tutela jurisdicional, isto é, quando o Estado produz as leis que deverão ser aplicadas nas lides pelos magistrados. É certo que Nietzsche não sistematiza os três estágios da justiça dessa maneira, tampouco os apresenta de uma maneira historicamente retilínea.

Nenhum dos pensadores acima citados, isto é, Hegel e Ihering, questionou a origem dessa forma de *obligatio* e se Nietzsche foi inspirado por essa polêmica, o que é bem possível, é fato que aborda a questão sob uma perspectiva amoral e genealógica. Diferente de Hegel, Nietzsche concorda com uma certa “suspeita e aversão”, mas não com horror ou repulsa. Diferente de Ihering, Nietzsche não demonstra indignação pelo direito denegado.

Ihering volta ao mesmo tema em duas outras ocasiões através de novos prefácios para a sua obra *A luta pelo direito*, escritos respectivamente em 24 de dezembro de 1888 e em 1º de julho de 1891, salientando que seu intuito maior era o “de despertar nos espíritos a disposição moral que deve constituir a atuação firme e corajosa do sentimento jurídico”.³⁷⁴ Esse sentimento reverencial pelo direito não é encontrado na filosofia de Nietzsche.

³⁷³ GM/GM, II, 5.

³⁷⁴ Ihering, 2001, Prefácio, p. 13.

No que tange à questão de Shylock, em ambos os prefácios o texto é basicamente o mesmo:

"Algumas palavras ainda, por fim, sobre um assunto secundário, que nada tem a ver com minha teoria como tal, mas com o qual concordo. Trata-se de minha convicção a respeito da injustiça cometida contra Shylock.

O que declarei foi que o juiz deveria reconhecer como válido o título de Shylock, mas, uma vez reconhecido, depois de prolatada a sentença, não poderia, por desprezível subterfúgio, frustrá-la.

O juiz tinha a opção de declarar o título válido ou inválido. Essa decisão do juiz seria, conforme Shakespeare, a única possível. E por ela optou. Ninguém em Veneza duvidaria da validade do título: os amigos de Antônio, o próprio Antônio, o doge, o tribunal, todos, enfim, estavam de acordo que o judeu estava em seu direito. imbuído da inabalável confiança no seu direito, por todos reconhecidos, é que Shylock solicita o auxílio da justiça, e o sábio Daniel, depois de tentar dissuadir o credor, que clamava por vingança, na concretização de seu direito, acaba reconhecendo esse mesmo direito.

Agora, proferida a sentença e afastada toda e qualquer dúvida sobre o direito do judeu, quando não mais se ousa formular a menor contestação contra a decisão, quando toda a Assembléia, inclusive o doge, se submete à palavra da lei, quando o vencedor, plenamente convencido do seu direito, pretende executar aquilo que a sentença o autoriza, o próprio juiz, que solenamente proclamara esse direito, procura frustrá-la com objeção, com uma artimanha tão desprezível e tão vil que não merece sequer uma contestação séria. Por ventura existiria carne sem sangue?

Ao reconhecer a Shylock o direito de cortar do corpo de Antonio uma libra de carne, o juiz reconheceu-lhe também o direito ao sangue, sem o qual a carne não pode existir e quem tiver o direito de cortar uma libra de carne, pode, se quiser, tirar menos.

Nega-se ao judeu tirar ambos: ele só poderá cortar uma libra de carne, sem sangue, e só poderá cortar uma libra, nem mais nem menos. Teria eu dito demais, por acaso, afirmando que o judeu aqui foi enganado em seu direito? [...]³⁷⁵

As palavras de Ihering revelam uma indignação moral com a sentença judicial, indignação esta própria de um jurista que encontrou na luta pelo direito o meio para atingir-se a paz. É também uma visão científica, estritamente jurídica e positivista de um defensor ardente de direitos feridos.

Ao abordar o tema de *O Mercador de Veneza*, Nietzsche não se restringe ao julgamento de Shylock, não se preocupa com a prática ou com o resultado do julgamento – o que lhe interessa é a gênese desse tipo de *obligatio*. Em sua obra de 1886, *Genealogia da Moral*, Nietzsche considera as obrigações entre credor e devedor estabelecidas com base no crédito como constituintes das primeiras manifestações morais e da própria consciência do homem. Assim, Nietzsche não interpreta a cláusula de Shylock através de uma perspectiva moral, seja esta pessoal ou coletiva. É função do genealogista procurar as origens de instituições, inclusive das jurídicas, e demonstrar, de forma isenta de paixões e interesses pessoais, as transformações sofridas ao longo do tempo.

4.2. O valor da vida

O estudo da ciência do direito também possibilitou a Nietzsche uma transferência de conceitos, qual seja, a abordagem radical da questão sobre o valor da vida. Em *O nascimento da tragédia* Nietzsche abordou a questão do valor da vida de forma abreviada e através do pensamento mítico, mais particularmente a partir da lenda do rei Midas e seu encontro com o sábio demônio Sileno. Após perseguí-lo pela floresta e finalmente capturá-lo, o rei Midas pergunta para Sileno qual dentre as coisas era a melhor e a mais preferível para o homem. Sileno permaneceu imóvel e calado por algum tempo. Forçado a falar, entre um riso amarelo, prorrompeu as seguintes palavras:

³⁷⁵ Ibidem, págs. 17 e 18.

“[...] – Estirpe miserável e efêmera, filhos do acaso e do tormento! Por que me obrigas a dizer-te o que seria para ti mais salutar não ouvir? O melhor de tudo é para ti inteiramente inatingível: não ter nascido, não *ser*, *nada ser*. Depois disso, porém, o melhor para ti é logo morrer”.³⁷⁶

No terceiro prefácio de *Cinco prefácios para cinco livros não escritos* intitulado *O estado grego*, Nietzsche observa que, para os gregos, a “existência não tem nenhum valor em si mesma”.

Naquele ensaio, o filósofo explora de forma privilegiada os diferentes valores da antiga sociedade grega e da sociedade moderna.

Identificada com a vontade de poder, a vida pode ser compreendida como o único parâmetro que, de fato, poderia ser entendido como absoluto e, portanto, único aplicável na crítica da cultura e dos valores ocidentais. É nesse sentido que dentro da filosofia nietzscheana o questionamento sobre o valor da vida adquire importância filosófica quando interpretado como sintoma revelador de uma condição psicológica subjacente:

“[...] A condenação da vida por parte do vivente continua a ser, em última instância, apenas o sintoma de uma determinada espécie de vida: a pergunta, se ela é justa, se ela é injusta, nem sequer é levantada com isso [...]”³⁷⁷

De igual maneira, os preconceitos e os valores morais também são sintomas na medida em que afirmam ou negam a vida. Dessa forma Nietzsche desenvolve uma linguagem de sinais e de afecções que lhe possibilita estabelecer uma hierarquia de morais.

A questão sobre o valor da vida é abordada de forma privilegiada por Nietzsche em 1888, na obra *Crepúsculo dos ídolos*:

“[...] Em todos os tempos os grandes sábios sempre fizeram o mesmo juízo sobre a vida: *ela não vale nada*...Sempre e por toda parte se escutou o

³⁷⁶ GT/NT, 3.

³⁷⁷ GD/CI, Moral como contranatureza, 5.

mesmo tom saindo de suas bocas. Um tom cheio de dúvidas, cheio de melancolia, cheio de cansaço de vida, um tom plenamente contrafeito frente a ela.[...] ³⁷⁸

Retomando a questão exposta anteriormente em *A gaia ciência*, Nietzsche enfatiza que o próprio Sócrates disse a Críton, antes de morrer, que devia um galo a Asclépio “curador”. Viver significaria estar doente há muito tempo? ³⁷⁹

A diferença é que em *Crepúsculo dos ídolos*, Nietzsche aborda a questão do valor da vida através de uma perspectiva jurídica, de uma perspectiva epistemológica, de uma perspectiva lógica, de uma perspectiva psicológica, e, por fim, de uma perspectiva fisiológica.

Privilegiando a perspectiva jurídica, Nietzsche aborda a questão sob o ponto de vista próprio do direito processual:

“[...]É preciso estender a mão e apalpar esta surpreendente *finesse*: o valor da vida não pode ser apreciado. Não pode ser apreciado por nós, viventes, porque um vivo é parte interessada, objeto do litígio e não juiz; e nem um morto, por uma outra razão [...]” ³⁸⁰

Para dirimir a primeira parte dessa questão, tão valorizada pela filosofia ocidental, Nietzsche realiza uma transferência de conceitos aplicando o instituto processual da suspeição da parte ou do juiz. Judicialmente um indivíduo não pode ser parte e julgador ao mesmo tempo, também não pode julgar uma questão sobre a qual possui algum interesse direto no resultado ou no julgamento final. Além disso, na posição de vivente, o indivíduo confundi-se mesmo com o objeto a ser julgado.

É interessante notar que a questão sobre o valor da vida, a qual Nietzsche localiza em “todos os tempos” e entre “os grandes sábios” a iniciar por Sócrates, também pode ser encontrada na polêmica levantada pelo jurista Dühring, em sua obra de 1865 e intitulada *Der*

³⁷⁸ GD/CI, O problema Sócrates, 1.

³⁷⁹ FW/GC, IV, 340.

³⁸⁰ GD/CI, *O Problema de Sócrates*, 2

Wert des Lebens. Dessa maneira, a polêmica com Dühring assume um caráter ainda mais provocativo, pois Nietzsche o ataca em seu próprio campo de batalha, o terreno jurídico, e com as próprias armas que ele, Dühring, deveria manejar com maior maestria do que Nietzsche, o direito.

A questão do valor da vida é retomada sob uma perspectiva epistemológica, na mesma obra, mas em outro capítulo. Desta vez, Nietzsche chama a atenção para a existência de um limite epistemológico:

“[...] Se precisaria ter uma posição *fora* da vida, e, por outro lado, conhecê-la tão bem quanto um, quanto muitos, quanto todos que a viveram, para se ter antes de tudo o direito de tocar o problema do *valor* da vida: razões suficientes para se compreender que esse problema é inacessível para nós.[...]” ³⁸¹

Como se não bastasse o fato do indivíduo não poder fazer as vezes de juiz, nesta questão do valor da vida, de outro lado, o vivente não possui um ponto para além desta vida para poder julgá-la. Trata-se, portanto, de um impedimento epistemológico.

Do ponto de vista da lógica, Nietzsche também encontra outro sério impedimento: ainda que uma vida, mesmo a nossa própria vida, tenha sido ruim e cheia de sofrimentos, isto não nos permite efetuar uma conclusão apressada, ou seja, incorrer na falácia do acidente, pois aqui não se aplica um raciocínio indutivo e apressado. Para sanar esta questão seria necessária a aplicação de um raciocínio dedutivo, o que acarreta em outro impedimento epistemológico, pois é impossível conhecer como foi e é a vida de todos os seres humanos, vivos ou mortos.

Dessa maneira, a questão sobre o valor da vida só pode ser abordada pelo viés psicológico e interpretada como sintoma revelador de uma condição fisiológica que lhe é subjacente:

³⁸¹ GD/CI, A moral como contranatureza, 5.

“[...]No entanto, uma condenação da vida por parte do vivente permanece sendo em última instância apenas o sintoma de um tipo determinado de vida: sem que se com isso se pergunte se uma tal condenação tem ou não razão de ser.[...]”³⁸²

A perspectiva fisiológica é empregada para posicionar Sócrates e Platão como

“[...] *tipos decadentes* [...] como sintomas de declínio, como instrumentos da decomposição grega, como falsos gregos, como anti gregos [...]”³⁸³

Trata-se de uma retomada de uma antiga questão, proposta inicialmente em *O Nascimento da Tragédia*, em 1872, mas que em 1888, em *Crepúsculo dos Ídolos*, contará com o auxílio da antropologia criminal: Sócrates como exemplo de decadência da cultura helênica e que caracteriza mais uma dança de conceitos dentro do pensamento nietzscheano.

4.3. Sócrates - *monstrum in face, monstrum in anima*

Em *Crepúsculo dos Ídolos*, Nietzsche volta a analisar Sócrates e reapresenta a sua tese de ser ele um grego degenerado, contudo, desta vez, procura fundamentá-la nas teorias dos antropólogos criminais.

Para tanto, Nietzsche vale-se de conceitos lombrosianos: Sócrates seria “*monstrum in face, monstrum in anima*”. Para o povo grego, possuidor de um senso estético tão apurado, a feiúra de Sócrates seria uma prova encarnada de degenerescência da raça grega.

No aspecto psicológico, a ironia socrática ratificaria a mesma conclusão, na medida em que revela a maldade do raquítico. Nesta fase de seu pensamento, Nietzsche vale-se de princípios da escola antropológica do direito penal para fundamentar a sua crítica a Sócrates. Até mesmo vocabulário empregado muda.

³⁸² GD/CI, A moral como contranatureza, 5.

³⁸³ GD/CI, O problema Sócrates, 2.

Se Nietzsche utiliza a expressão “Pré-Platônicos” ao invés de “Pré-Socráticos”, isto se deve ao fato do Sócrates histórico se confundir com o Sócrates de Platão. Nos primeiros diálogos é certo que Sócrates não divide o mundo em dois: o mundo dos fenômenos, como mundo irreal e o mundo racional como único verdadeiro.

Ainda mais, Sócrates era politicamente atuante em Atenas e se morreu não foi por mero cansaço à vida. Nietzsche admirava o que Sócrates falou e deixou de falar: assim como Diógenes da Lanterna, o cínico, Sócrates viveu e morreu pela liberdade, ainda que pela liberdade de filosofar ou de viver conforme sua consciência, diferente da dogmática que Nietzsche encontrou na filosofia de Platão.

4.4. O direito enquanto fenômeno antinatural

Dentre as virtudes Socráticas, a justiça era imperativa. Já na contraposição entre direito natural e direito positivo, próprias da filosofia do direito, ou da filosofia jurídica, como também é chamada, é o fato de o homem ser considerado como um ser separado da natureza. Essa cisão ficará ainda mais clara diante das características que o direito natural e o direito positivo apresentam³⁸⁴ e talvez, não por acaso, Nietzsche explorará a gênese do direito, no período da pré-história do homem, quando referida cisão ainda não existia. Este é um dos pontos cruciais na filosofia nietzscheana: em contraste com a tradição ocidental, para Nietzsche o direito aparece como um fenômeno antinatural. O homem domesticado, restrito ao Estado civilizado é cindido de sua condição primeira, de seus instintos mais autênticos.

Seguindo a visão nietzscheana, desde que o mundo é mundo, o direito foi posto pelo homem, até mesmo nas mais primitivas das sociedades, antes mesmo do advento do direito escrito, isto é, quando o direito primitivo sustentava-se pela tradição oral. Esta é a fase que Nietzsche procura enfocar através do método genealógico.

A origem mais remota da dogmática jurídica encontra-se nos pensamentos de Platão e de Aristóteles, eis que apontam para um mundo do “dever ser”. O Estado ideal platônico, tal como descrito na *República*, em que três classes (artesãos, guerreiros e governantes)

³⁸⁴ Conforme Anexo A.

trabalhariam de forma altruísta, cada um em sua especialização, para o bem de todos, assim como as descrições aristotélicas de que as leis deveriam ser flexíveis, genéricas como a régua de Lésbos e cumpridas conforme o determinado em *Ética a Nicômaco* são exemplos de uma visão dogmática do direito. A visão dogmática aponta para um mundo ideal, para um mundo do “dever ser”.

No prefácio de *Para Além do Bem e do Mal*, Nietzsche indica a sua oposição à filosofia dogmática e localiza a sua fonte: Platão.

“[...] Parece que todas as coisas grandes, para se inscrever no coração da humanidade com suas eternas exigências, tiveram primeiro que vagar pela terra como figuras monstruosas e apavorantes: uma tal caricatura foi a filosofia dogmática, a doutrina vedanta na Ásia e o platonismo na Europa. Não sejamos ingratos para com eles, embora se deva admitir que o pior, mais persistente e perigoso dos erros até hoje foi um erro dogmático: a invenção platônica do puro espírito e do bem em si. [...]”³⁸⁵

Na referida obra, o pensamento nietzscheano parece voltar-se a uma reversão da ética ocidental, cuja origem repousa sobre o platonismo e o cristianismo.

O desenvolvimento e a maturação do conceito de vontade de poder permitem a Nietzsche desenvolver a sua teoria sobre a dupla origem da moral, apresentada pela primeira vez em *Humano, demasiado humano* e a caracterizar o direito como um fenômeno primitivo e anti-natural, com origem na pré-história do homem, razão pela qual alguns estudiosos de Nietzsche aproximaram o seu pensamento, inclusive a sua concepção de direito às dos sofistas Cálicles, Górgias e Trasímaco, que sustentavam o *argumentum ad baculum*, tão repudiado e refutado por Platão.

Nessa reversão, e no que se refere à essência do direito, Nietzsche parece estar muito mais próximo dos sofistas que Platão tanto procurou combater. O relativismo jurídico proposto por Protágoras e Górgias, assim como a concepção do direito como conveniência do mais forte, sugerida Trasímaco, parecem muito mais próximas da concepção nietzscheana

³⁸⁵ GB/BM, Prólogo.

de direito. Isto porque, para Nietzsche o direito é fruto da força, posto de forma mais correta, é fruto da vontade de poder.

Do sofista Cálicles, Nietzsche parece herdar a noção de direito enquanto fenômeno antinatural, uma vez que a natureza (*physis*) demonstra que os homens não são iguais. Contudo, a lei, oriunda de uma convenção (*nomos*), afirma justamente o contrário: os homens são iguais. O direito, seria, assim, um fenômeno anti-natural.

Na obra intitulada *Os Sofistas*, Guthrie chega a questionar a figura misteriosa de Cálicles:

“Cálicles é figura um tanto misteriosa, pois, além de seu aparecimento como personagem no diálogo de Platão, não deixou nenhum traço na história registrada. Todavia é descrito com soma de pormenores autênticos que é difícil acreditar ser personagem fictícia...”³⁸⁶

A questão não nos parece ser assim tão relevante, uma vez que o pensamento a ele atribuído por Platão, parece ter influenciado Nietzsche de forma marcante. Na mesma obra Guthrie comenta:

“[...]Doods vê até maior importância na “vigorosa e perturbadora eloquência que Platão concedeu a Cálicles”, mas não deve ser nenhuma novidade para nós que Platão foi soberbo dramaturgo. Esta eloquência convenceu o jovem Nietzsche, ao passo que o raciocínio de Sócrates o deixou frio. Isto não é surpreendente, mas pouco relevante. O apóstolo do *Herrenmoral* (*Moral do senhor*), da *Wille zur Macht* (*Vontade de poder*) e *Unwertung aller Werte* (*Revolução de todos os valores*) não precisava de muito convencimento, pois ele era irmão de sangue de Cálicles, ao passo que Sócrates se tornou para ele, para citar de novo Doods, “uma nascente de falsa moralidade”. (sic) “³⁸⁷

³⁸⁶ GUTHRIE, W.K.C. *Os sofistas*. São Paulo: Paulus, 1995, p. 98.

³⁸⁷ Guthrie, 1995, p. 103.

Chamar Nietzsche de irmão de sangue de Cálicles não deixa de ser uma retórica bastante rica, e por um lado verdadeira, pois se Nietzsche realmente via o direito e a moral como fenômenos antinaturais, ao chamar Nietzsche de “irmão de sangue” de Cálicles, a associação com a má fama que os sofistas adquiriam ao longo da história da nossa cultura é inevitável. Isso sem mencionar o curso de Retórica que o jovem professor Nietzsche ministrou no início de 1873.

Já é bastante conhecida a interpretação de que Nietzsche estaria mais próximo da cultura sofística, mais próximo de Trasímaco e da defesa de que a justiça seria decorrente da conveniência do mais forte, o que também é bastante sustentável. Mas se Nietzsche afasta-se da dogmática, nem por isso aproxima-se da conotação dada aos sofistas.

Contudo, conforme expõe Giacoia Jr, a oposição Nietzsche Platão não se resume em reverter o platonismo ou dar um valor maior a tudo aquilo que não foi valorizado por Sócrates e Platão.

“[...] Penso aqui ser fundamental distinguir o Nietzsche de fachada de um Nietzsche mais sutil, de intenções filosóficas abissais. Inverter o platonismo não significa, no fundo, retornar à sofística ou ao realismo cru de Tucídides; significa, antes, levá-lo além e acima de si mesmo, superá-lo e transfigurá-lo numa espécie de grandeza, profundidade e elevação cuja virtude não consiste na violência ou na crueldade da dominação física ou política, mas naquilo que se poderia denominar *domínio de si*, tornar-se senhor de seus próprios demônios.”³⁸⁸

Aqui a dança de conceitos perfaz o seu mais belo passo, pois Nietzsche se apropria da concepção platônica de filósofos governantes e lança a noção de filósofos legisladores, com a intenção de quebrar a dogmática oriunda da própria filosofia ática, lançando, assim, a sua proposta ética.

³⁸⁸ Giacoia Jr., Cadernos Nietzsche 3, 1997, p. 33.

4.5. A proposta ética de Nietzsche e os filósofos legisladores

Toda a historiografia crítica, a pesquisa genealógica, a genealogia do direito primitivo, o direito comparado, a transferência de conceitos, enfim, todas as pesquisas e métodos empregados por Nietzsche parecem possuir uma finalidade dentro da filosofia nietzscheana e apontam para uma proposta ética, ainda por vir em uma pós-história, a qual deverá ser dirigida por filósofos legisladores:

Acima da moral moderna, que é a moral do rebanho, esse indivíduo aponta para a supressão da moral, para a supressão da justiça e, para além do direito. Nietzsche tem em mente o além-do-homem.

Sabemos que a figura do filósofo legislador foi apresentada pela primeira vez na *República* de Platão. A história da filosofia localiza a figura do filósofo governante no imperador romano Marco Aurélio. Na filosofia nietzscheana o conceito é transformado e nos é reapresentado em *Para além do bem e do mal*. Enquanto arauto dessa nova tipologia de filósofos, já no aforismo 2 da referida obra e “falando com toda a sinceridade”, Nietzsche escreve: “eu vejo esses filósofos surgirem.”³⁸⁹

Nos aforismos 42, 43, 44 e 211 do mesmo livro, Nietzsche retoma o tema:

“Está surgindo uma nova espécie de filósofos: atrevo-me a batizá-los com um nome que não está isento de perigos. Tal como eu os percebo, tal como eles se deixam perceber – pois é da sua natureza *querer* continuar sendo enigmas em algum ponto -, esses filósofos do futuro bem poderiam, ou mesmo mal poderiam, ser chamados de *tentadores*. Esta denominação mesma é, afinal, apenas uma tentativa e, se quiserem, uma tentação.”³⁹⁰

[...] Mas com certeza não serão dogmáticos. Ofenderia o seu orgulho, e também seu gosto, se a sua verdade fosse tida como verdade para todos [...]”³⁹¹

³⁸⁹ JGB/BM, I, 2.

³⁹⁰ JGB/BM, II, 42

³⁹¹ JGB/BM, II, 43.

O distanciamento do dogmatismo é essencial na filosofia nietzscheana, principalmente para esses novos filósofos, pois se dogmáticos fossem, correriam o risco de incorrer nos mesmos erros dos filósofos do ocidente, eis que todos dogmáticos, com exceção dos céticos.

No aforismo 44, Nietzsche prossegue afirmando que esses filósofos serão muito mais do que aqueles que usam e abusam do nome, “espírito livre”. Estes

“[...] são niveladores, esses falsamente chamados “espíritos livres” – escravos eloqüentes e folhetinescos do gosto democrático e suas “idéias modernas”; todos eles homens sem solidão, sem solidão própria, rapazes bonzinhos e desajeitados, a quem não se pode negar coragem nem costumes respeitáveis, mas que são cativos e ridiculamente superficiais, sobretudo em sua tendência básica de ver, nas formas da velha sociedade até agora existente, a causa de *toda* a miséria e falência humana: com o que a verdade vem ficar alegremente de cabeça para baixo! O que eles gostariam de perseguir com todas as forças é a universal felicidade do rebanho em pasto verde, com segurança, ausência de perigo, bem-estar e felicidade para todos; suas duas doutrinas e cantigas mais lembradas são “igualdade de direitos” e “compaixão pelos que sofrem” – e o sofrimento mesmo é visto por eles como algo que se deve *abolir*. [...]”

Aqui Nietzsche ataca de forma aberta a democracia moderna e a falta de espaço de expressão que decorre dela. A felicidade do rebanho em pasto verde, iguados e sem sofrimentos são utopias que causam mais sofrimentos ainda. O erro essencial está na concepção de igualdade – inclusive, ou principalmente, de igualdade perante a lei.

Nietzsche estabelece diferenças:

“Nós, os avessos, que abrimos os olhos e a consciência para a questão de onde e de que modo, até hoje, a planta “homem” cresceu mais vigorosamente às alturas, acreditamos que isso sempre ocorreu nas condições opostas [...] acreditamos que dureza, violência, escravidão, perigo nas ruas e no coração, ocultamento, estoicismo, arte da tentação e diabolismo de toda espécie, tudo o que há de mau, terrível, tirânico, tudo o

que há de animal de rapina e de serpente no homem serve tão bem à elevação da espécie “homem” quanto ao seu contrário.”³⁹²

Assim, essas condições que são próprias da condição humana não podem ser extirpadas da vida, em si não são justas e nem injustas, e se extirpadas fossem, impediriam a evolução do homem para o além-do-homem.

Nietzsche prossegue na descrição do filósofo do futuro:

“Curiosos ao ponto do vício, investigadores a ponto de ser cruéis, com dedos impetuosos para o intangível, com dentes e estômagos para o mais indigesto, prontos para todo ofício que exija perspicácia e sentidos agudos, prontos para todo risco, graças a um excesso de “livre arbítrio”, com almas de frente e de fundo, das quais não se vêem facilmente os últimos propósitos, com fachadas e bastidores que ninguém percorreria até o fim, escondidos sob o manto da luz, conquistadores, mesmo que pareçamos herdeiros e esbanjadores, colecionadores e arrumadores desde a manhã até a noite, avarentos de nossa riqueza e nossas gavetas abarrotadas, parcimoniosos no aprender e esquecer, inventivos em esquemas, às vezes pedantes, às vezes corujas do trabalho mesmo em pleno dia; quando necessário, até mesmo espantalhos – e atualmente isso é necessário: na medida em que somos os amigos natos, jurados e ciumentos da *solidão*, de nossa mais profunda, mais solar e mais noturna *solidão* – tal espécie de homens somos nós, nós, espíritos livres! E também *vocês* seriam algo assim, *vocês* que surgem? *Vocês, novos filósofos?*”³⁹³

No trecho do aforismo acima transcrito, Nietzsche faz mais do que delinear o perfil do filósofo do futuro, ele mesmo se inclui nesse perfil e, portanto, na categoria. Se considerarmos a carta de 30 de setembro de 1888, que fecha alguma das edições de *O anticristo*, de fato encontramos um Nietzsche legislador, tal como previsto na *República* de Platão, uma vez que apresenta sete proposições, ou leis, contra o cristianismo. Transcrevemos, aqui, o artigo primeiro:

³⁹² JGB/BM, II, 44.

³⁹³ Idem

*“Artigo primeiro – Viciosa é toda forma de ir contra a natureza. A forma humana mais viciada é o sacerdote: ele prega a contradição da natureza. Contra o sacerdote não há razões e sim cadeia.”*³⁹⁴

O artigo supra transcrito caracteriza Nietzsche enquanto filósofo legislador assim como demonstra o cerne de sua questão filosófica: a retomada de um mundo sem as categorias de culpa, pena, pecado, castigo. O que não significa um mundo sem leis ou diretrizes, conforme veremos.

Nos novos filósofos o livre-arbítrio pode ser encontrado de maneira superlativa. Por mais paradoxal que possa parecer, a tão combatida teoria do livre-arbítrio é aqui retomada como diferencial do filósofo do futuro. É através do livre arbítrio, mas não apenas através dele, que esses filósofos se destacam.

E se esses filósofos são curiosos ao extremo, o trecho infra transcrito, retirado do mesmo aforismo, Nietzsche ressalta o caráter crítico e experimentalista da atividade filosófica desses filósofos :

*“[...]Supondo, pois, que na imagem dos filósofos do futuro algum traço permita imaginar que eles terão de ser céticos no sentido indicado, com isso estaríamos designando algo acerca deles – e não eles mesmos. Com o mesmo direito poderiam se chamar críticos; e sem dúvida serão experimentadores. Através do nome com que ousei batizá-los, já sublinhei claramente a experimentação e o prazer no experimentar: seria porque, críticos de corpo e alma, eles amam servir-se do experimento num sentido novo, talvez mais amplo, talvez mais perigoso? Deverão eles, em sua paixão do conhecimento, levar suas experiências arrojadas e dolorosas mais longe do que pode aprovar o gosto brando e mimado de um século democrático?”*³⁹⁵

³⁹⁴ AC/AC, posfácio.

³⁹⁵ JGB/BM, III, 210.

Se não serão dogmáticos, de um lado, esses filósofos do futuro, de outro, não deverão ser confundidos com aqueles que já trabalham com a filosofia, isto é, o crítico, o cético, o historiador, o livre pensador, o moralista, o poeta. Eles serão tentadores, experimentadores.

O aforismo também possui um contraste interno, intrínseco a ele mesmo. O filósofo legislador é uma figura decorrente de uma idealização oriunda de uma Atenas onde os assuntos públicos ainda eram discutidos de forma efetivamente democrática entre seus cidadãos em plena praça pública, bastante distinta da recente democracia moderna, branda e mimada.

*“[...] Mas os autênticos filósofos são comandantes e legisladores: eles dizem “assim deve ser!”, eles determinam o para onde? E para quê? Do ser humano, e nisso têm a seu dispor o trabalho prévio de todos os trabalhadores filosóficos, de todos os subjugadores do passado – estendem a mão criadora para o futuro, e tudo o que foi torna-se para eles um meio, um instrumento, um martelo. Seu “conhecer” é criar, seu criar é legislar, sua vontade de verdade é – vontade de poder. – Existem hoje tais filósofos? Já existiriam tais filósofos? Não têm que existir tais filósofos?”*³⁹⁶

Nietzsche propõe que através desses filósofos legisladores, venha surgir um novo tipo de sociedade, diferente deste modelo que já dura mais de dois mil anos. Enquanto arauto desses filósofos do futuro, talvez ele mesmo, Nietzsche, um filósofo do futuro, uma vez que nos apresenta a sua proposta ética, fundamentada no direito: uma transvaloração de todos os valores ocidentais.

Para tanto, os filósofos legisladores deverão se livrar das “velhas tábuas partidas”, nas quais foram escritos os Dez Mandamentos, assim como deverão se livrar das “novas tábuas que foram escritas pela metade”³⁹⁷ nas quais foram escritas as leis romanas. É através de Zaratustra que Nietzsche apresenta uma nova tábua:

“Eis uma nova tábua; mas onde estão os meus irmãos que a levem comigo ao vale e ao coração dos homens? –

³⁹⁶ JGB/BM, III, 211.

³⁹⁷ Za/ZA, De velhas e novas tábuas, 1.

Isto exige o meu amor pelos mais distantes: *não poupes o teu próximo!* O homem é algo que deve ser superado.

Muitos caminhos há e modos de superá-lo: a escolha cabe a *ti!* Mas somente um palhaço pensaria: “Pode-se também *pular por cima* do homem”.

Supera a ti mesmo ainda no teu próximo; e, um direito que podes arrebatá-lo, não permitas que te seja dado!

Aquilo que fizeres, ninguém poderá refazê-lo a ti. Não há recompensa nem castigo.

Quem não sabe mandar deve obedecer. E há quem *pode* mandar em si mesmo, mas ainda lhe falta muito para que, também obedeça a si mesmo!”³⁹⁸

Que ninguém seja responsabilizado por ser do jeito que é, pois ninguém deu ao homem

“[...] as suas qualidades, nem Deus, nem a sociedade, nem os seus pais e antepassados, nem ele *próprio...* *Ninguém* é responsável por existir, por estar constituído de tal ou tal maneira, por se encontrar nestas circunstâncias e neste meio. A *fatalidade* do seu ser não é dissociável da fatalidade de tudo aquilo que foi e será. Ninguém é consequência de uma intenção própria, de uma vontade, de uma finalidade; com ninguém se deve fazer a tentativa de atingir um “ideal do homem” ou um “ideal de felicidade” ou um “ideal de moralidade” - é absurdo querer *deslocar* o seu ser para qualquer fim. Fomos *nós* que inventamos o conceito de “fim”: na realidade, o fim *não existe...* O homem é necessário, o homem é um bocado do destino, o homem pertence ao todo, o homem *está* no todo - nada há que consiga condenar, medir, comparar, julgar o nosso ser, pois isso equivaleria a condenar, comparar e julgar o todo...”³⁹⁹

O direito ocidental, criado a partir da força, engendrando penas, culpas e sofrimentos, deve ser deixado para trás, juntamente com a justiça que dele emana. Dessa forma a

³⁹⁸ Za./ZA, De velhas e novas tábuas, 4.

³⁹⁹ GD/CI, Os quatro Grande Erros, 8.

"[...] A justiça, que iniciou com "tudo é resgatável, tudo tem que ser pago", termina por fazer vista grossa e deixar escapar os insolventes - termina como toda coisa boa sobre a terra, *suprimindo a si mesma*. A auto-supressão da justiça: sabemos com que belo nome ela se apresenta - *graça*; ela permanece, como é obvio, privilégio do poderoso, ou melhor, o seu "além do direito"."⁴⁰⁰

Considerando que "nada é eterno, assim como não existem verdades absolutas"⁴⁰¹, o direito e suas instituições podem ser superados:

"[...] Todas as grandes coisas parecem por obra de si mesmas, por um ato de auto-supressão: assim quer a lei da vida, a lei da *necessária* "auto-superação" que há na essência da vida - é sempre o legislador mesmo que por fim ouve o chamado: "*patere legem, quam ipse tulisti*" [sofre a lei que tu mesmo propuseste]"⁴⁰²

Considerando que a vida quer mais poder e "se auto-supera nesse movimento, não é de todo impossível que a moral, indo bem longe em sua própria direção - o que já suporia o trabalho de forças ativas - possa chegar a se "auto-levantar"..."⁴⁰³

A proposta nietzscheana não é um devaneio de um filósofo solitário uma vez que a genealogia, juntamente com o direito comparado, demonstra que durante milênios a vida na terra era mais feliz do que é hoje: quando essas normas jurídicas não eram expelidas pelo mais frio dos monstros frios. Mesmo na história do homem outro exemplo pode ser encontrado.

Voltemos ao direito comparado que Nietzsche efetuou, assim como também fez Strauss, sem o rigor científico de Hermann Post. Lembremo-nos, especificamente, do Código de Manu (a rigor *Manusmṛiti* ou Memória de Manu). A comparação que ambos os pensadores efetuaram com a tradição judaico-cristã. Tal comparação tinha seus motivos de ser:

⁴⁰⁰ GM/GM, II, 10

⁴⁰¹ MAI/HDH, I, 2

⁴⁰² GM/GM, II, 27

⁴⁰³ FERRAZ, Maria Cristina Franco, *Nietzsche, o bufão dos deuses*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994, p. 90

- a) para demonstrar que em outras culturas existem outras concepções de direito e de justiça distintas da noção ocidental, mesmo porque, “os Hindus não conhecem o conceito de regras de comportamento sancionadas por um constrangimento físico.”⁴⁰⁴ Mesmo a palavra *dharma* é erroneamente traduzida por direito. A tradução mais correta seria uma “consciência de deveres”.
- b) para mostrar que em outras culturas existe uma noção de direito em que as desigualdades entre os homens é mais do que respeitada, é cultivada;
- c) para demonstrar que a superação do homem é algo aquém da esfera do biológico, que pode e que deve ser cultivado. A proposta de Nietzsche não aguarda transformações biológicas, tampouco é reativa. Trata-se de uma proposta através da qual

"[...] eliminamos de novo do mundo, com todas as nossas forças, os conceitos de culpa e castigo e deles procuramos purificar a psicologia, a história, a natureza, as instituições e sanções sociais".⁴⁰⁵

Seja qual for a dimensão da culpa, jurídica, social, moral, teológica, esta seria extinta. Segundo Nietzsche, foi justamente através da noção de culpa, através do castigo e da recompensa que "tirou-se do mundo o acaso natural"⁴⁰⁶ e que chegou-se ao cúmulo de interpretar a existência como um castigo⁴⁰⁷.

Com sua proposta Nietzsche visa resgatar para o mundo o seu devir e com este o seu caráter de inocência.

Em *A Gaia Ciência*, Nietzsche parece ter definido de forma mais clara o direcionamento inicial de sua proposta:

⁴⁰⁴ Gilissen, 2001, p. 102.

⁴⁰⁵ GD/CI, Os Quatro Grandes Erros, § 7º

⁴⁰⁶ AC/AC, 25

⁴⁰⁷ M/A, I, 13

"Nova precaução. – Deixemos de pensar tanto em castigar, repreender e melhorar! Raramente mudamos um indivíduo; e, conseguindo fazê-lo, talvez tenhamos conseguido algo mais, sem o perceber: *nós* fomos mudados por ele! Cuidemos, isto sim, para que a nossa influência *em tudo o que há de vir* compense e ultrapasse a dele! Não lutemos em combate direto! – toda repreensão, punição e desejo de melhorar outros equivale a isso. Mas elevemos tanto mais a nós mesmos! Demos cores cada vez mais brilhantes ao nosso exemplo! Obscureçamos o outro com a nossa luz! Não! Não queremos ficar mais *obscuros* por sua causa, como todos os que castigam e não se satisfazem! É melhor que nos afastemos! Desviemos o olhar!" ⁴⁰⁸

O aforismo possui em seu interior uma distinção entre as tipologias ativas e reativas. Qualquer tipo de “espelhamento”, de reação, é aqui desconsiderado. Esta proposta ética parece ser direcionada àqueles homens que se encontram afastados do espírito da modernidade, que souberam se auto-superar e transformar as suas paixões em virtudes, seus cachorros em pássaros e seus demônios em anjos; homens que conhecem a extensão de sua crueldade interior e que justamente por isso se elevam por suas próprias forças muito acima dela; homens que possuem a própria vontade como lei e que são seus próprios juízes; homens que podem prescindir das cortes e dos tribunais, pois os têm assimilado em si; homens em quem a vontade de poder se manifesta no espírito com toda a sua força e potência; homens superiores, abertos à contingência pois sabem que o homem é uma transição, um ocaso, algo a ser superado; homens que sabem que são o caminho do futuro do homem. ⁴⁰⁹

Observamos que o aforismo acima transcrito emprega o pronome pessoal na primeira pessoa do plural, isto é, "*nós*", a divisão a que nos referimos vai além da divisão do ativo e do reativo. Tendo sido elaborada por um filósofo, a proposta ética nietzscheana teria por meta um tipo específico de homem superior: os filósofos deverão ser os "comandantes e legisladores" ⁴¹⁰ na tarefa de disciplinar o homem do futuro - pois é neles que a vontade de poder se manifesta em sua forma mais sublime: como razão.

⁴⁰⁸ FW/GC, IV, 321.

⁴⁰⁹ Conf. Za/ZA, I, Das Alegrias e das Paixões; IV, Do Homem Superior

⁴¹⁰ JGB/BM, VI, 211.

Mais uma vez o perdão concedido pelo Granduque se justifica: é o perdão de um homem raro e um tal perdão é essencialmente diferente do perdão de um homem que diz perdoar mas que interiormente continua ressentindo o golpe ou o ataque sofrido pelo resto da vida.

Não é esse o perdão a que Nietzsche se refere. É o perdão do Granduque, que soube, através de seu *pathos* da distância, perdoar aquele homem do povo que saiu predestinado a matar a primeira pessoa que cruzasse a sua frente aparentando ter dinheiro. Como se o Granduque soubera efetuar uma leitura semiótica e em consonância com Goethe, chegando à conclusão de que nesta vida tudo é justo, injusto e justificável, e, portanto, perdoável.⁴¹¹

Se um tal tipo de homem, uma exceção entre os homens modernos, já existiu na face da Terra, se um tal homem já existiu como acaso, agora ciente de suas condições no mundo, com a ajuda dos filósofos legisladores, o cultivo de uma humanidade melhor⁴¹² se impõe, não pela força, nem pela moral, nem justiça e nem pelo direito, mas por um além do direito, de um direito não fundamentado em leis ou na justiça enquanto virtude moral suprema, como queria Aristóteles, um além-do direito que não se manifeste de forma dogmática, oriundo do próprio fluxo da vida que continua no homem e em direção ao além-do-homem.

A filosofia do direito de Nietzsche não se esgota, portanto, em uma eterna pesquisa genealógica, em um eterno olhar para trás. A noção nietzscheana de animal-homem caracteriza-se como o oposto do "bom selvagem" de Rousseau. Para Nietzsche, a crença rousseauiana em "uma bondade miraculosa da natureza humana, originária, mas como que soterrada"⁴¹³ não passa de uma superstição que se faz ecoar nos discursos eloqüentes de fantasistas políticos e sociais. Nas palavras do próprio Nietzsche:

"A Boa e a Má Natureza - Inicialmente os homens se imaginaram dentro da natureza: em toda parte eles viram si mesmos e seus semelhantes, e especialmente as suas qualidades maldosas e seus caprichos, como se dissimulados por detrás das nuvens, tempestades, animais de rapina,

⁴¹¹ GT/NT, 9.

⁴¹² AC/AC, Prólogo, 1,2 e 3.

⁴¹³ MAI/HHI, VIII, 46.

árvores e plantas: foi quando inventaram a má natureza. Então lá veio uma época em que eles novamente se imaginaram fora da natureza, a época de Rousseau: estavam tão cansados uns dos outros que era absolutamente necessário ter um canto do mundo no qual o homem e seus tormentos não podiam entrar: eles inventaram a "boa natureza".⁴¹⁴

O aforismo sugere que, em última análise, o animal-homem nietzschiano precede o bom selvagem rousseauiano.

"Também eu falo de um "retorno à natureza", se bem que não se trata propriamente de uma regressão, mas sim de uma *ascendência*..."⁴¹⁵

Ao invés de querer que o homem "retorne" à natureza, "Nietzsche pensava que nós devemos "cultivar" e "melhorar", "transfigurar" e refazer nossa natureza".⁴¹⁶

No prólogo de *Assim falou Zaratustra*, logo após anunciar a morte de Deus, Nietzsche apresenta o conceito de além-do-homem (*Übermensch*) mas de forma muito semelhante a uma evolução:

“Quando Zaratustra chegou à cidade mais próxima, perto de uma floresta, ele encontrou grande quantidade de povo reunido na praça do mercado; pois lhe fora prometido que iriam ver um equilibrista. E Zaratustra assim falou ao povo: “*Eu vos ensino o além-do-homem*. O homem é algo a ser superado. Que fizestes para superá-lo?

Todos os seres, até agora, criaram algo acima de si mesmos e vós quereis ser a baixa maré desse grande refluxo e retroceder ao animal, ao invés de superar o homem?

Que é o macaco para o homem? Um motivo de riso ou de dolorosa vergonha. E é justamente isso o que o homem deve ser para o além-do-homem: um motivo de gargalhada ou de dolorosa vergonha.

⁴¹⁴ M/A, I, 17.

⁴¹⁵ GD/CI, IX, 48.

⁴¹⁶ Kaufmann, 1974, p. 170.

Percorrestes o caminho que vai do verme ao homem, mas ainda tendes muito do verme dentro de você. Fostes macacos, um tempo, e também agora, o homem é ainda mais macaco do que qualquer macaco [...]"

O fato de Nietzsche apresentar essas concepções muito semelhantes a uma visão evolucionista e logo após o anúncio da morte de Deus, nos leva a concluir que toda e qualquer explicação sobre o homem que ainda se fundamente no divino deve ser alterada por uma explicação científica. Logo em seguida, Nietzsche apresenta sua noção de homem:

"[...] Mas Zaratustra olhou, admirado, para o povo. Depois falou assim:

" O homem é uma corda estendida entre o animal e o além-do-homem – uma corda sobre um abismo.

É o perigo de transpô-lo, o perigo de estar a caminho, o perigo de olhar para trás, o perigo de tremer e parar.

O que há de grande, no homem, é ser ponte, e não meta: o que pode amar-se, no homem, é ser uma *transição* e um *ocaso*.".⁴¹⁷

Desta apresentação podemos distinguir uma relação entre o símio, o homem e o além-do-homem. O homem é assim considerado por Nietzsche como um ser gerúndio: se de um lado encontra-se terminado, por outro ainda se encontra em construção. Se esta colocação nos remete a uma identificação com evolucionismo, então devemos deixar claro que a evolução, tal como concebida por Nietzsche, não é física, mas sim espiritual.⁴¹⁸

O conceito de "além-do-homem" pode ser mais bem entendido quando colocado em antagonismo com a figura do último homem, também apresentada em *Assim falou Zaratustra*:

"Vou, portanto, falar-lhes do que há de mais desprezível: ou seja, do *último homem*."

E Zaratustra assim falou ao povo.

⁴¹⁷ Za/ZA, Prólogo, 3 e 4.

⁴¹⁸ É curioso notar que uma das críticas que Nietzsche faz aos evolucionistas ingleses é o fato deles terem esquecido o espírito nas teorias evolucionistas. Símios não criam, não redigem textos literários e muito menos filosóficos. Ainda que pese a crítica nietzscheana, também neste campo ela não foi ouvida. Neste sentido citamos a obra de John Osbourne Wilson, intitulada *Sobre a natureza humana*. Em referida obra os padrões do

“Já é tempo de o homem estabelecer a sua meta. Já é tempo de o homem plantar a semente da sua mais alta esperança.

Seu solo ainda é bastante rico para isso. Mas, algum dia, esse solo estará pobre e esgotado, e nenhuma árvore poderá mais crescer nele.

Eu vos digo: é preciso ter ainda caos dentro de si, para poder dar à luz uma estrela dançante. Eu vos digo: há ainda caos dentro de vós.

Ai de nós! Aproxima-se o tempo em que o homem não dará mais à luz nenhuma estrela. Ai de nós! Aproxima-se o tempo do mais desprezível dos homens, que nem sequer saberá mais desprezar a si mesmo.

Vede! Eu vos mostro o *último homem*. [...]”⁴¹⁹.

Para Nietzsche o último homem

“[...] simboliza a modernidade, que considera a si mesma o ponto mais avançado do desenvolvimento histórico da humanidade, acreditando que a finalidade dessa história consistiria precisamente na chegada do moderno. Orgulhoso de sua cultura e formulação, que o elevaria acima de todo o passado, o último homem crê na onipotência de seu saber e de seu agir”⁴²⁰

O último homem representa, na boca de Zaratustra, “um rebaixamento de valor do ser humano, a transformação do homem numa massa impessoal de seres uniformes”. O que último homem almeja é uma concepção de felicidade que combina “mediocridade, conforto, bem-estar, ausência de sofrimento e de grandeza”. O além-do-homem é justamente o oposto do último homem, é “um meio para conquistar possibilidades mais sublimes de existência.”⁴²¹

Daí a concepção nietzscheana de homem, um ser que se assemelha a uma travessia que se inicia no animal e segue em direção ao além-do-homem. Essa passagem só terá êxito se o homem moderno renunciar ao conformismo de sua mediocridade e auto-satisfação. Para tanto é necessário que haja uma vontade, não a vontade do nada, proposta por Schopenhauer, mas uma vontade que possua uma qualidade fundamental: a vontade de poder.

comportamento humano são equiparados aos padrões dos insetos. O mesmo ocorre na obra *O animal moral* de Robert Wright: a natureza humana sendo pesquisada pela sociobiologia.

⁴¹⁹ Za/ZA. Prólogo, 5.

⁴²⁰ Giacoia Jr., 2000, p. 56.

⁴²¹ Giacoia Jr., 2000, p. 56 e 57.

CONCLUSÃO

Para respondermos as questões apresentadas no prólogo, devemos levar em conta os critérios atuais que caracterizam uma filosofia do direito. Se logo de início tomamos como o paradigma contemporâneo de direito, as premissas que caracterizam uma filosofia do direito, por questão de coerência, também deverão ser os atuais. Por conseguinte, o crivo é necessariamente externo à filosofia nietzscheana e decorrem de quatro visões distintas de expoentes da filosofia do direito. São eles: Paulo Nader; Wilson de Campos Batalha e Silvia Marina L. Batalha; Tércio Sampaio Ferraz Jr; e Eduardo Bittar e Guilherme de Assis de Almeida.

Através desse crivo externo, podemos detectar uma filosofia do direito dentro do pensamento nietzscheano, mas nem por isso Nietzsche pode ser chamado de um filósofo do direito ou de “jusfilósofo”.⁴²²

As questões postas anteriormente foram: a) existiria uma filosofia do direito dentro do pensamento de Nietzsche? b) Se existe uma tal filosofia do direito, em que momento da obra nietzscheana ela emerge? c) De que forma essa filosofia do direito se constrói? d) Quais seriam as principais características dessa filosofia do direito? e) Essa filosofia do direito se enquadra em alguma corrente ou escola da filosofia do direito? f) Nietzsche pode ser considerado um filósofo do direito? g) Qual a relação e a dimensão da filosofia do direito nietzscheana com o próprio pensamento nietzscheano? h) Qual a relação entre essa filosofia do direito e o atual paradigma de direito, decorrente do pensamento de Hans Kelsen, no qual o direito é uma ciência avaliativa? i) Considerando os paradigmas emergentes de direito, qual a valor de uma filosofia do direito no pensamento de um filósofo do século XIX?

a) Existiria uma filosofia do direito dentro do pensamento de Nietzsche?

⁴²² O termo “jusfilósofo” não é novo, mas Paulo Nader é quem mais o utiliza. NADER, Paulo, *Filosofia do direito*, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 3.

A maioria dos filósofos dos direitos, ou dos jusfilósofos, parecem considerar a filosofia do direito como um campo específico dentro da filosofia, em outras palavras, a filosofia é o gênero e a filosofia do direito a espécie.⁴²³ Contudo, discordam quanto a valoração do específico em relação ao gênero.

Posto de forma resumida, para Nader a

“[...] Filosofia jurídica consiste na pesquisa conceptual do Direito e implicações lógicas, por seus princípios e razões mais elevados, e na reflexão crítico-valorativa das instituições jurídicas.”⁴²⁴

Na concepção de Nader, a filosofia do direito, justamente por ser mais específica, possui uma valoração diferenciada da filosofia geral.

Wilson de Campos Souza batalha e Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto possuem uma visão menos restrita e caracterizam a filosofia jurídica ao longo da trajetória da nossa cultura. Abordam, assim, a filosofia do direito na Antigüidade, na Idade Média, na Renascença e na Modernidade. Abordam os pré-socráticos, os sofistas, a filosofia ática, as escolas helenísticas, a patrística, a escolástica, os grandes pensadores do renascimento, o humanismo, os jusnaturalistas modernos, os racionalistas e os empiristas, os iluministas e os idealistas, os historicistas, os positivistas, e seguindo uma perspectiva mais próxima ao positivismo, concluem que

“[...] A filosofia do direito estuda, em sua unidade, as múltiplas manifestações dos fenômenos jurídicos objeto das ciências jurídicas e particulares. Graus mais elevados de síntese representam a Sociologia e a Filosofia Geral.”⁴²⁵

Para Batalha e Rodrigues Netto, a filosofia do direito também se caracteriza como espécie da filosofia geral, que é o gênero, contudo, ao contrário de Nader, colocam a filosofia geral em grau mais elevado do que a filosofia específica, o que nos parece bastante

⁴²³ Idem, ibidem.

⁴²⁴ Nader, 2001, p. 11.

⁴²⁵ BATALHA, Wilson de Campos Souza e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de. *Filosofia Jurídica e História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 132.

óbvio, mesmo porque, se a concepção de filosofia varia com o tempo, a concepção de filosofia do direito também.⁴²⁶

Se na modernidade a filosofia do direito caracteriza-se como uma reflexão filosófica da ciência do direito e de suas instituições, isto é, deste segmento específico dentro do conhecimento filosófico enquanto gênero, então a partir da própria exegese dos textos de Nietzsche podemos responder de forma afirmativa: existe uma filosofia do direito dentro do pensamento nietzscheano.

As várias concepções de direito, do natural ao positivado, do não escrito ao escrito, do primitivo ao moderno, assim como a genealogia do próprio direito e de suas instituições, a crítica do direito enquanto ciência e as várias noções de justiça, foram temas privilegiados ao longo das três fases do pensamento de Nietzsche.

Considerando as premissas acima expostas, essas noções do pensamento nietzscheano identificam uma filosofia específica do direito dentro do pensamento nietzscheano, ainda mais se considerarmos a noção de direito apresentada por Nietzsche em *Genealogia da moral* e a noção de justiça, decorrente da lei.⁴²⁷

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., uma filosofia do direito só é possível através de uma abordagem zetética dos fenômenos ligados ao mundo jurídico.⁴²⁸

Em *Para além do bem e do mal*, Nietzsche decreta uma guerra contra o dogmatismo. Os filósofos do direito, assim como Nietzsche, costumam localizar o início da dogmática jurídica no pensamento de Platão. Aparentemente, esse combate contra o dogmatismo, Nietzsche se aproximaria do ceticismo, seguindo a tradição da própria história da filosofia e também da filosofia do direito.

“Os cétricos, o único tipo *respeitável* entre essa gente cheia de duplicidade – de quintuplicidade – que são os filósofos!...”⁴²⁹

⁴²⁶ Idem, Ibidem.

⁴²⁷ GM/GM, II, 11.

⁴²⁸ FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1994, p. 43 e seguintes.

⁴²⁹ EH/EH Por que sou tão inteligente, 3.

Na filosofia do direito, o ceticismo deu origem à zetética. Conforme Giacoia Jr., “Comparado ao dogmático, o cético é bem mais autêntico”⁴³⁰ Contudo, o ceticismo ainda que adotado por Nietzsche em alguns momentos de sua obra, também deve ser superado, se atrelado, ainda que às avessas à uma vontade de verdade.

Considerando que a filosofia cética emergiu em oposição à dogmática e deu origem à zetética jurídica, por este viés é também possível encontrarmos uma filosofia do direito dentro do pensamento nietzscheano. Não tanto por Nietzsche se aproximar dos céticos, mas justamente pelo fato deste se posicionar como um anti-dogmático.⁴³¹

Eduardo Bittar e Guilherme de Assis de Almeida, na obra intitulada *Curso de filosofia do direito parecem* deixar de lado esse tipo de querela e traçam as metas e as tarefas que estão compreendidas na filosofia do direito. São elas:

- “1. proceder à crítica das práticas, das atitudes e atividades dos operadores do direito;
2. avaliar e questionar a atividade legiferante, bem como oferecer suporte reflexivo ao legislador;
3. proceder à avaliação do papel desempenhado pela ciência jurídica e o próprio comportamento do jurista ante ela;
4. investigar as causas da desestruturação, do enfraquecimento ou da ruína de um sistema jurídico;
5. depurar a linguagem jurídica, os conceitos filosóficos e científicos do Direito, bem como analisar as estruturas lógicas das proposições jurídicas;
6. investigar a eficácia dos institutos jurídicos em sua atuação social e seu compromisso com as questões sociais, seja no que tange a indivíduos, seja no que tange a grupos, seja no que tange a coletividades, seja no que tange a preocupações humanas universais;
7. esclarecer e definir a teleologia do direito, seu aspecto valorativo e suas relações com a sociedade e os anseios culturais;
8. resgatar origens e valores fundantes dos processos e institutos jurídicos;
9. por meio da crítica conceitual institucional, valorativa, política e procedimental, auxiliar o juiz no processo decisório;
10. insculpir a mentalidade da justiça como fundamento e finalidade das práticas jurídicas;
11. estudar, discutir e avaliar criticamente a dimensão aplicativa dos direitos humanos;

⁴³⁰ Giacoia Jr., *Para além do bem e do mal*, 2002, p. 12.

⁴³¹ GB/BM, Prólogo.

12. abalar a estrutura de conceitos arcaicos, de hábitos solidificados no passado, de práticas desenraizadas e desconexas com a sociocultural, na qual se inserem, de normas desconexas, e que atravancam a melhor e mais escorreita aplicação no sistema jurídico
«⁴³²

Pelas premissas estabelecidas por Bittar e de Almeida, seguindo a própria ordem acima proposta, também podemos concluir de forma afirmativa:

1. Na segunda e na terceira fases de seu pensamento, Nietzsche efetuou uma grande crítica da postura e das práticas dos operadores do direito, principalmente dos juízes. O melhor exemplo disso é toda a crítica apresentada em *Humano, demasiado humano* e *O andarilho e sua sombra*. De igual maneira, encontramos essas mesmas críticas aos magistrados, apresentadas de forma mais profunda, em *Assim falou Zaratustra*, tal como apresentado no capítulo II.

2. Nietzsche retoma a proposta do filósofo-legislador e com isso faz muito mais do “avaliar e questionar a atividade legiferante”. Dessa maneira, suas críticas oferecem um privilegiado “suporte reflexivo ao legislador”. Nesse sentido, salientamos o exposto no final do capítulo IV.

3. Se a obra de David Strauss serviu de ponto inicial para a reflexão nietzscheana sobre o direito positivo, a partir de *Humano, demasiado humano*, Nietzsche efetua uma vasta “avaliação do papel desempenhado pela ciência jurídica” na trajetória da humanidade. O “comportamento do jurista ante ela” também é criticado, *e.g.* as críticas que Nietzsche faz a Dühring enquanto um jurista mecanicista e, portanto, arauto de um direito e de uma justiça reativa, tema este privilegiado no capítulo III.

4. No decorrer de toda a sua obra Nietzsche investigou “as causas da desestruturação, do enfraquecimento ou da ruína” de diversos sistemas jurídicos, entre eles: o arcaico, o grego, o romano e o moderno. Para tanto, conforme os capítulos II e III, utilizou-se do método genealógico e do método comparativo.

⁴³² BITTAR, Eduardo A.C. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 50 e 51.

5. Nietzsche ajudou a depurar conceitos filosóficos e científicos do direito, conforme exposto nos capítulos II e III. Um exemplo disso é quando Nietzsche aponta a questão do latrocídio. É comum pensarmos que o latrocídio mata para roubar. Nietzsche demonstra que esta é uma falha conceitual. Pela perspectiva lógica, trata-se do sofisma da causa comum, isto é roubar e matar são efeitos de uma só causa, enquanto que, geralmente, ambos os efeitos são tomados como sendo causa um do outro. Pela perspectiva psicológica, tal concepção não leva em conta o novelo de cobras que são os impulsos do criminoso, sua absoluta ausência de consciência e de livre-arbítrio. Ao questionar a doutrina do livre arbítrio, Nietzsche analisa a estrutura lógica das proposições jurídicas do direito penal, oriundas do iluminismo e ainda presentes nos sistemas jurídicos do ocidente. Ao detectar que através do direito e do castigo o homem se transformou em um animal domesticado, Nietzsche analisa não só os efeitos das leis, mas também as estruturas das proposições do direito, eis que apoiadas na coerção, na sanção e na coação.

6. De igual modo Nietzsche investigou “a eficácia dos institutos jurídicos em sua atuação social e seu compromisso com as questões sociais, seja no que tange a indivíduos, seja no que tange a grupos, seja no que tange a coletividades, seja no que tange a preocupações humanas universais”. O trabalho nietzscheano de desconstrução do direito, não teve outro objetivo senão este. Ao procurar, de um lado, a genealogia dos institutos jurídicos, Nietzsche encontra, de outro, seus efeitos no homem ocidental da modernidade, e o tipifica como um ser doente, eis que cindido de sua natureza e domesticado por uma moral reativa. Daí Nietzsche nos apresentar suas propostas éticas.

7. Nietzsche também procurou “esclarecer e definir a teleologia do direito, seu aspecto valorativo e suas relações com a sociedade e os anseios culturais.” A originalidade do pensamento nietzscheano perfaz uma total inversão desses tópicos: enquanto fenômeno social o direito teria engendrado valores morais e domesticado o homem. Pela perspectiva nietzscheana, o mesmo teria ocorrido com o direito moderno. Como parâmetro valorativo, Nietzsche utiliza-se do conceito de vontade de poder, conceito este presente na terceira fase de seu pensamento.

8. O resgate “das origens e dos valores fundantes dos processos e institutos jurídicos” é o objetivo da genealogia nietzscheana. Nietzsche, contudo, nos apresenta mais uma inversão: os valores brotam do direito e não o contrário, como se acreditava até então.

9. O pensamento de Nietzsche apresenta várias críticas conceituais e institucionais, inclusive na questão dos julgamentos judiciais, mais particularmente na crítica ao livre-arbítrio e na crítica à teoria dos antecedentes e a valoração diferenciada que se dá ao criminoso contumaz, conforme exposto no capítulo II. Não há como negar a abordagem procedimental a qual, eventualmente, pode “auxiliar o juiz no processo decisório”.

10. Nietzsche nos apresenta a auto-supressão da justiça e, portanto, nos remete para além do direito e das noções de coerção, sanção, culpa e castigo. Essa auto-supressão da justiça não deixa de ser uma nova mentalidade de justiça e pode ser vista como uma quarta fase da justiça, eis que ultrapassa a auto-tutela, a composição e a tutela jurisdicional. Se a auto-supressão da justiça servir para fundamentar as práticas jurídicas, então que esta nova noção nos remeta para além do direito e suas instituições, pois sua proposta, em última análise, é o perdão.

11. Do estudo da filosofia de Nietzsche podemos “avaliar criticamente a dimensão aplicativa dos direitos humanos”. Devemos levar em consideração que, para Nietzsche, os homens não são iguais. Este é um ponto crucial na filosofia nietzscheana. Tratar os desiguais de forma desigual, mas igualando-os é uma fonte de injustiças. As diferenças entre os homens devem ser mantidas mais por uma questão de princípio, de forma a se evitar injustiças. Observamos que neste quesito, Bittar e Almeida partem de uma perspectiva valorativa típica da modernidade e absolutamente inadmissível para Nietzsche.

12. Bittar e Almeida colocam como meta da filosofia do direito “abalar a estrutura de conceitos arcaicos, de hábitos solidificados no passado, de práticas desenraizadas e desconexas com a sociocultural, na qual se inserem, de normas desconexas, e que atravancam a melhor e mais escorreita aplicação no sistema jurídico”⁴³³ Esse critério, por si só, já seria o suficiente para caracterizar uma filosofia do direito dentro do pensamento nietzscheano. Outro não foi o objetivo do pensamento de Nietzsche senão abalar as

⁴³³ Idem, *ibidem*.

estruturas de conceitos arcaicos e de hábitos solidificados e cristalizados pelo tempo e que não encontram mais função dentro dessa trajetória que o homem empreendeu e empreende consigo mesmo. O melhor exemplo que Nietzsche nos apresenta são as práticas punitivas.

Pelo crivo contemporâneo, podemos detectar uma filosofia do direito dentro do pensamento de Nietzsche. Como mera especulação podemos sustentar que esta pergunta seria muito mais facilmente respondida no século XIX, quando a cisão entre a ciência do direito e a filosofia do direito ainda não se solidificara.

b) Se existe uma tal filosofia do direito, em que momento da obra nietzscheana ela emerge?

Podemos constatar que o direito, e juntamente com Deleuze, que também o tema da justiça, encontram-se presentes em toda a obra filosófica de Nietzsche. De uma forma bastante genérica, questões incipientes e que se aproximam de uma filosofia do direito podem ser encontradas já em *O nascimento da tragédia*. Contudo, uma análise mais próxima e focada para o direito enquanto ciência tem início, ainda que também de forma embrionária e bastante abreviada, com a *Primeira consideração extemporânea*, escrito polêmico e em ataque à obra *Da velha e da nova fé* de David Strauss.

A rigor esta é a tese quase que escondida dentro da tese explícita, ou, posto de outro modo, a tese menor dentro da tese maior: a influência de David Strauss no decorrer da obra de Nietzsche e especificamente na apresentação de diversos temas, notadamente aqueles ligados ao direito.

Esta pequena tese parece encontrar respaldo nas palavras do próprio Nietzsche que em passagem transcrita de sua autobiografia, escrita em 1888, nos apresenta os princípios de sua “prática de guerra”. São quatro:

“[...] Primeiro: ataco somente causas vitoriosas. Segundo: ataco somente causas em que não encontraria aliados, em que estou só – em que me comprometo sozinho [...]. Terceiro: nunca ataco pessoas – sirvo-me da

pessoa como uma forte lente de aumento com que se pode tornar visível um estado de miséria geral porém dissimulado, pouco palpável. Assim ataquei David Strauss, ou mais precisamente o sucesso de um livro senil junto à “cultura” alemã – apanhei essa cultura em flagrante [...] Quarto: ataco somente coisas de que está excluída qualquer diferença pessoal, em que não existe pano de fundo de experiências ruins. Pelo contrário, atacar é em mim prova de benevolência, ocasionalmente de gratidão. Eu honro, eu distingo, ao ligar meu nome ao de uma causa, uma pessoa: a favor ou contra – não faz diferença para mim [...]”⁴³⁴

O que nos chamou a atenção, inicialmente, foi justamente o fato dos temas, dentre eles os temas ligados ao direito, focados na obra de Strauss serem os mesmos temas abordados e desenvolvidos no decorrer de toda a obra posterior de Nietzsche.

Considerando a influência que a leitura da obra *A vida de Jesus criticamente examinada* de autoria de David Strauss teve sobre o jovem Nietzsche, a ponto de este quebrar a tradição familiar e largar a carreira de pastor protestante, a influência da obra posterior também nos pareceu ter sido igualmente forte.

A passagem acima transcrita, por sua vez, é bastante sugestiva, pois Nietzsche afirma que “honra e distingue” ao ligar seu nome ao de uma causa, uma pessoa, seja a favor ou contra. Nietzsche cita o nome de Strauss novamente, mas não o ataca de forma pessoal. Desta vez ataca o conteúdo de um “livro senil”. Parece ser sintomático o fato de Nietzsche nos fornecer todas essas informações justamente quando decide, no aniversário de seu quadragésimo quarto ano, contar a si mesmo a sua própria vida.⁴³⁵ A obra de Nietzsche parece ser permeada por um longo diálogo com David Strauss.

Sem prejuízo ao acima exposto, isto é, de que podemos encontrar uma filosofia do direito incipiente no primeiro período da obra nietzscheana, também é sustentável a visão de que a filosofia do direito em Nietzsche começa apenas na segunda fase de seu pensamento, quando aborda, através de perspectivas diversas, em *Humano, demasiado humano*, *Miscelânea e opiniões e sentenças*, *O andarilho e sua sombra*, *Aurora* e *A gaia ciência*,

⁴³⁴ EH/EH, Porque sou tão sagaz, 7.

⁴³⁵ EH/EH, Prólogo.

questões ligadas ao direito penal ou ao direito enquanto ciência. Ainda que nesse período falte a Nietzsche conceitos próprios, como vontade de poder e um método próprio, a abordagem desses temas é inquestionável.

Se podemos encontrar uma abordagem crítica de temas ligados ao direito na segunda fase do pensamento nietzscheano, é igualmente sustentável a interpretação de que a filosofia do direito em Nietzsche emerge de forma mais aguda apenas na terceira fase, com o surgimento do conceito de vontade de poder e com o método genealógico, isto é, quando Nietzsche desenvolveu conceitos e linguagem próprios.

Um exemplo disso é a noção de direito enquanto manifestação ativa da vontade de poder e identificado com a lei posta pelo Estado, e a justiça, como a aplicação efetiva dessa lei, conforme exposto em *Genealogia da moral* e já mencionado acima.⁴³⁶

c) De que forma esta filosofia do direito se constrói?

Para respondermos esta pergunta, devemos levar em consideração o objeto e os métodos aplicados por Nietzsche, no decorrer das três fases de seu pensamento.

Por mais paradoxal que possa parecer, também se constrói pela desconstrução do direito, uma vez que Nietzsche faz uma análise radical da gênese do direito natural, do direito positivo, do direito científico e dos valores morais destes decorrentes, das estruturas das leis e seus efeitos. Efetuada essa desconstrução, Nietzsche nos sugere uma reconstrução, propostas éticas, por vezes mais sugeridas do que explicitadas, mas que nos indicam para um além do direito. Isto quanto ao objeto.

Quanto a metodologia, na primeira fase de seu pensamento, Nietzsche enfoca a justiça através de sua expressão mítica e cosmológica. O método aplicado é o zetético-analítico.⁴³⁷

⁴³⁶ GM/GM, II, 11.

⁴³⁷ Nos termos de Tércio Sampaio Ferraz Jr., op. cit., p. 43 e seguintes.

Na segunda fase do pensamento nietzscheano, em termos de objeto, a filosofia do direito enfocou a ciência do direito e o surgimento de fenômenos jurídicos ou a estes ligados, como a eticidade dos costumes e os valores morais. Uma vez que ambos surgiram na nossa pré-história, Nietzsche efetuou uma pesquisa genealógica, a qual contou com o apoio da historiografia crítica. A pesquisa genealógica pode ser encontrada nas obras *Humano, demasiado humano*, *Miscelânea e opiniões e sentenças*, *O andarilho e sua sombra*, *Aurora* e *A gaia ciência*.

Na terceira fase de seu pensamento, Nietzsche também aborda o direito como fenômeno social surgido na pré-história do homem, aplicando o conceito de vontade de poder e o método genealógico, entre outros.

Focando a gênese da moral, que possui como base o próprio direito, a genealogia, enquanto método, tal como concebido por Nietzsche, pode ser encontrado em *Para além do bem e do mal*, de forma privilegiada em *Genealogia da moral*, assim como em *Crepúsculo dos ídolos* e *O anticristo*.

O método comparativo encontra-se presente na comparação que Nietzsche efetua do direito ocidental com o direito hindu, mas especificamente com o Código de Manu (a rigor *Manusmṛiti* ou Memória de Manu). Através da organização social da Índia e as castas, Nietzsche demonstra que em outras culturas existe um direito e uma justiça fundamentada na desigualdade entre os homens. Demonstra também que a noção de direito existente entre nós, homens ocidentais, “não existe em sânscrito; os Hindus não conhecem o conceito de regras de comportamento sancionadas por um constrangimento físico.”⁴³⁸ A comparação com o direito hindu nos leva a concluir que, além de dar continuidade ao diálogo com Strauss, a escolha é certa pois fundamenta a proposta ética de Nietzsche.

O método da transferência de conceitos, por Nietzsche denominado “dança de conceitos” pode ser encontrado em *Genealogia da moral* e *Crepúsculo dos ídolos*. Com este método também fica claro que a filosofia do direito em Nietzsche é inicialmente focada para uma desconstrução do sujeito moral, o que equivale dizer, a uma desconstrução do direito, haja vista ser o homem ocidental um produto deste. Em um segundo momento, recuperando

⁴³⁸ Gilissen, 2001, p. 102.

a proposta platônica dos filósofos legisladores, Nietzsche se volta para uma transvaloração dos valores do homem ocidental.

Portanto, em termos metodológicos, a filosofia do direito nietzscheana possui características próprias, na medida em que Nietzsche utilizou vários métodos nas suas pesquisas sobre o direito: o analítico, o comparativo, a pesquisa genealógica, a própria genealogia e o método da transferência de conceitos.

Esta questão sobre os métodos utilizados por Nietzsche é de suma importância não só para enfocar os momentos da filosofia nietzscheana, mas também para solapar críticas, como a efetuada por Conway, de que o pensamento de Nietzsche é parasitário do pensamento de outras correntes filosóficas concorrentes, e, por conseguinte, não se sustentaria por si só. A crítica de Conway contém dois erros: a) reduzir o pensamento nietzscheano à genealogia da moral; e b) tomar o todo pela parte, isto é, incorrer no erro lógico do acidente convertido.⁴³⁹

A polêmica é uma das características do pensamento nietzscheano, presente em seu pensamento e em sua filosofia do direito também, mas não é a sua única característica.

Em sua crítica ao pensamento nietzscheano, Conway parece olvidar três aspectos essenciais sendo o primeiro, próprio da filosofia ocidental e os demais próprios e característicos da filosofia de Nietzsche:

- a) A filosofia ocidental sempre teve a polêmica como uma de suas principais características. Para tanto, basta lembrarmos de Sócrates, das diferenças entre os pensamentos de Platão e de Aristóteles ou mesmo das querelas medievais entre os nominalistas e os universalistas. Por vezes essas polêmicas ultrapassam séculos, *e.g.* quando no século XIII Tomás de Aquino afasta alguns conceitos do pensamento de Santo Agostinho.
- b) Se o pensamento de Nietzsche caracterizou-se como a filosofia por marteladas, isto provém da desconstrução dos valores e ilusões do pensamento ocidental, mas

⁴³⁹ Conway, no artigo já referido em nota acima.

nem por isso deixa de sugerir elementos e conceitos que apontam para uma reconstrução, a começar pelo conceito de vontade de poder e noção de além-do-homem. E mesmo essa sugestão de reconstrução é apenas uma parte do pensamento nietzscheano.

- c) O pensamento de Nietzsche não tem a mínima pretensão de ser dogmático, conforme já mencionado. O próprio Nietzsche propõe no prefácio de *Genealogia da moral*, que sua intenção nunca foi refutar pensamentos, mas sim trocar uma hipótese por outra mais provável ou mesmo trocar um erro por outro.⁴⁴⁰
- d) A polêmica se instaura pela aplicação da dialética, sendo, portanto, um contra-senso falar em filosofia polêmica e, ao mesmo tempo, parasitária.

A filosofia do direito de Nietzsche se constrói pela desconstrução do direito, pela sugestão de uma reconstrução, e pela aplicação dos métodos acima citados.

d) Quais seriam as principais características dessa filosofia do direito?

Podemos dividir essas características principais em duas categorias: as gerais e as específicas.

As principais características gerais da filosofia do direito em Nietzsche são aquelas que também podem ser encontradas em seu pensamento:

- a) A abordagem anti-dogmática.
- b) A ausência de um sistema.
- c) O perspectivismo.
- d) O Experimentalismo.

Como características específicas da filosofia do direito em Nietzsche podemos citar:

⁴⁴⁰ GM/GM, Prefácio.

- a) O conceito de vontade de poder.
- b) O desenvolvimento do método genealógico.

Ao afastar-se de qualquer dogmatismo, Nietzsche se afasta de qualquer sistema. Em *Crepúsculo dos ídolos* Nietzsche escreve:

“Desconfio de todos os sistemáticos e me afasto de seus caminhos. A vontade de sistema é uma falta de retidão.”⁴⁴¹

Essa desconfiança de todos os filósofos sistemáticos se justifica. Nietzsche constata que toda a cultura ocidental, inclusive em seu aspecto científico, busca a verdade como se esta fosse o mais elevado e absoluto valor. Para Nietzsche essa vontade incondicional de verdade acaba por se revelar como uma escolha arbitrária e hostil às demais condições da vida, pois implica em uma desqualificação e ilegitimação daqueles outros possíveis condicionamentos que, do ponto de vista da vida, também poderiam ser igualmente úteis e legítimos. Assim, "Não passa de um preconceito moral que a verdade tenha mais valor do que a aparência".⁴⁴²

Nas palavras de Giacoia Jr.:

“A vocação dos filósofos para os grandes sistemas é uma violentação da verdade, para encerrá-la, com toda segurança, nas invencíveis fortalezas dogmáticas que para ela construíram os metafísicos, a que hoje damos o nome de *sistema*.”⁴⁴³

Portanto, não há que se falar em uma evolução científica desinteressada e imparcial da filosofia ou mesmo da ciência, pois a busca incondicional pela verdade revela, por si só, uma valoração de natureza moral. Mesmo os filósofos, principais representantes de nossa cultura, pois estão no topo de toda pirâmide científica,⁴⁴⁴ teriam desenvolvido os seus respectivos estudos e sistemas filosóficos impulsionados por "intenções morais". Tal constatação pode ser efetuada uma vez que, nos filósofos "nada é impessoal; e

⁴⁴¹ GD/CI, 26.

⁴⁴² JGB/BM, II, 34.

⁴⁴³ Giacoia Jr.,

⁴⁴⁴ Conf. MAI/HDH, I, 6.

particularmente a sua moral dá um decidido e decisivo testemunho *de quem ele é*".⁴⁴⁵ Enquanto homens-morais, os filósofos também presumiram que "tudo aquilo que é essencial para o seu próprio coração também deve ser o coração e a essência de todas as coisas".⁴⁴⁶ A crítica é totalmente pertinente ao direito, ainda mais quando consideramos a filosofia como instância crítica do pensamento, inclusive do pensamento científico.

Este afastamento a qualquer redução ou rigor científico é próprio do pensamento nietzscheano. Para Nietzsche, as ciências nada mais revelam do que um saber moralista, transitório e perspectivista. Enquanto ciência, o direito também revelaria apenas mais uma perspectiva, estando longe de alcançar qualquer estatuto de universalidade. Daí o afastamento da clausura dos sistemas filosóficos que buscam uma coerência interna e nada mais

Se Nietzsche é considerado como um pensador de problemas (*Problem-Denker*)⁴⁴⁷ isso não implica em um pensamento fragmentário e tampouco em uma ausência de metas em seu pensamento.

Considerando que os conceitos e as teorias criadas pelo homem não correspondem ao mundo e nem o descrevem, são meras interpretações, apropriações da vontade de poder, o perspectivismo é mais uma característica da filosofia do direito de Nietzsche. Em nota de 1886/1887, contra o positivismo e em favor do perspectivismo, Nietzsche escreve:

"Contra o positivismo, que permanece no fenômeno: "só há fatos", diria eu: não, justamente não há fatos, apenas interpretações. Não podemos verificar nenhum fato "em si": talvez seja absurdo querer algo assim... Na medida em que, em geral, a palavra "conhecimento" tem sentido, o mundo é cognoscível: porém ele é diversamente interpretável, não tem sentido por trás de si, mas inumeráveis sentidos: Perspectivismo!"⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ JGB/BM, I, 6.

⁴⁴⁶ MAI/HDH, I, 4

⁴⁴⁷ Nesse sentido, Kaufmann, 1974, p.

⁴⁴⁸ Kgw = VIII.1323; Ksa = 12.315.

Observa-se, portanto, mais do que um movimento de Nietzsche contra o materialismo, o empirismo, o idealismo e o positivismo. Esta crítica também serve à metafísica: enquanto o positivismo erra por ater-se aos fatos, a metafísica erra por ignorá-los.⁴⁴⁹ Para Nietzsche não existem fatos, mas sim interpretações, apropriações. Ratifica-se, assim, o caráter perspectivista de todo e qualquer conhecimento.⁴⁵⁰

Quanto ao experimentalismo esta característica pode ser bem compreendida, quando comparada às concepções de um direito natural. As concepções metafísicas de um direito natural que englobam leis imutáveis, universais e atemporais não deixam de ser uma interpretação, uma leitura ideológica do mundo.

Para Nietzsche, contudo, não existem leis naturais na natureza, nela vigora a vontade de poder. A necessidade nela presente é aquela que vige em toda força, em toda relação de domínio e força, em toda relação de domínio e sujeição: “todo poder, a todo instante, extrai sua derradeira consequência.”⁴⁵¹

Assim, o experimentalismo também se apóia na noção nietzscheana de vontade de poder, pois conhece o seu caráter interpretativo e também porque produz efeitos potencializadores nos mais diversos sentidos.

Como características específicas da filosofia do direito em Nietzsche citamos a vontade de poder e o método genealógico.

O conceito de vontade de poder caracteriza a filosofia nietzscheana do terceiro período, mas também é justamente através desse conceito absolutamente novo na história do pensamento humano que uma nova filosofia do direito se ergue.

Outra característica da filosofia do direito em Nietzsche é o método por ele desenvolvido, o método genealógico. Trata-se de mais uma inovação na abordagem do

⁴⁴⁹ Conforme síntese apresentada por Marton, 1990, p. 212.

⁴⁵⁰ Para uma visão contrária, isto é, que combate a noção de perspectivismo em Nietzsche, ver o artigo de Brian Leiter denominado *Perspectivism in Nietzsche's Genealogy of Morals*, in *Nietzsche, Genealogy, Morality, Essays on Nietzsche's On The Genealogy of Morals*, Editado por Richard Schacht, University of California Press, Los Angeles, 1994.

⁴⁵¹ Giacoia Jr. *Para além do bem e do mal*, 2002, p. 32.

direito, pois é através dele que Nietzsche efetua a desconstrução do direito ocidental e nos aponta para um além do direito.

Nesse sentido, podemos dizer que a filosofia do direito em Nietzsche aproxima-se e afasta-se da tradição ocidental.

Portanto, se comparada às demais correntes da filosofia do direito, a de Nietzsche destaca-se pela originalidade, pela sua provocação, pela desconstrução do direito moderno, desde as suas origens mais remotas, e, além disso, pela sua abordagem assistemática, perspectivista e experimentalista, mas principalmente pela noção de vontade de poder e pelo método genealógico.

e) Essa filosofia do direito se enquadra em alguma corrente ou escola da filosofia do direito?

No decorrer de sua obra, Nietzsche questionou praticamente todos os ideais e valores oriundos do jusnaturalismo (antigo, divino e moderno) e da mesma maneira que se aproxima de todas, afasta-se de todas.

Ao conceber que não pode existir justiça sem uma lei prévia, Nietzsche aproxima-se da escola clássica do direito penal, contudo, ao afastar-se da noção de homem enquanto “*aeterna veritas*”⁴⁵² Nietzsche afasta-se do iluminismo, pensamento matriz da referida escola.

Por vezes, Nietzsche parece aproximar-se da escola histórica do direito, ao aplicar a historiografia crítica, ao comparar leis romanas, ao afastar o racionalismo como mola propulsora da história do homem, contudo afasta-se dela ao procurar na escola científica para demonstrar que a gênese do direito vai para além da história do homem, isto é, possui origem na pré-história da humanidade e, se caminha para trás, também aponta para frente. O sentido da tradição que era uma característica ulterior mas muito forte da escola histórica não se

⁴⁵² MAI/HDH, I, 2.

encontra presente na filosofia do direito de Nietzsche, daí seu total afastamento.⁴⁵³ A proposta nietzscheana de uma transvaloração dos valores ocidentais simplesmente quebra todo e qualquer amor pela tradição e por um direito estático e costumes cristalizados.

Ao aproximar-se da escola positivista do direito penal, ao utilizar o princípio *monstrum in face, monstrum in anima*, com o intuito de criticar o advento da filosofia socrática e seu interlocutor, o próprio Sócrates, tal como apresentado em *Crepúsculo dos ídolos*,⁴⁵⁴ Nietzsche utiliza a ciência que lhe era contemporânea para fundamentar um argumento que anteriormente era sustentado pelo viés da estética.

Dessa forma, podemos concluir que a filosofia do direito em Nietzsche se aproxima e se afasta de várias escolas e correntes de pensamento que lhe são contemporâneas, mas sem se prender a nenhuma delas, se auto-constituindo, enquanto genealogia.

f) Nietzsche pode ser considerado um filósofo do direito?

O filósofo do direito André Franco Montoro costumava dividir os pensadores do direito em duas categorias: juristas e filósofos do direito.⁴⁵⁵ Nietzsche não se enquadra em nenhuma dessas categorias.

Além das categorias propostas por Montoro, Paulo Nader constata que o “acervo de conhecimentos que a Filosofia do Direito proporciona provém de três classes de pensadores: filósofos, juristas e jusfilósofos.”⁴⁵⁶

Dando prosseguimento ao seu raciocínio, expõe Nader:

“[...] Como a filosofia é uma visão universal da realidade e o Direito se inscreve no quadro de uma ontologia regional, um sistema filosófico, para ser abrangente, há de considerar temas jurídicos básicos, como os

⁴⁵³ Bobbio, 1996, p. 52.

⁴⁵⁴ GD/CI, O problema Sócrates.

⁴⁵⁵ MONTORO, André de Franco. *Estudos de filosofia do direito*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁴⁵⁶ Nader, 2001, p. 3.

problemas da justiça e da lei. Assim consagrados filósofos, como Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel, trouxeram valiosas contribuições à Filosofia do Direito [...] O grande *veio*, porém, que sedimenta e enriquece a nossa disciplina, localiza-se na atividade dos jurisfilósofos, daqueles que, genuinamente filósofos, conhecem a ciência jurídica. Enquanto filósofos e juristas desenvolvem a reflexão jurídica em campo restrito, com visão parcial e preponderância de enfoque, os jurisfilósofos, associando o conhecimento das correntes filosóficas à noção das categorias lógicas do Direito, atuam nos domínios da iusfilosofia sem reservas culturais, objetivando o rigor lógico dos conceitos jurídicos e a adequação do Direito Positivo aos valores humanos fundamentais.”⁴⁵⁷

Ainda que pese o entendimento de Nader de que o filósofo possui uma “reflexão jurídica em campo restrito” e “com visão parcial e preponderância de enfoque” e que apenas uma jusfilósofo, aquele que conhece a filosofia e o direito constitui “o veio” que sedimenta a filosofia do direito, assim, a exemplo de “consagrados filósofos, como Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel, [que] trouxeram valiosas contribuições à Filosofia do Direito”, Nietzsche também o fez, ainda que pese a ausência de um sistema, requisito este exposto por Nader. Lembremos, contudo, que os pré-socráticos e Platão, apenas para citar alguns, também foram filósofos assistemáticos.

Por outro lado, Nader tem razão ao afirmar que a maior parte dos filósofos que entraram para a imortalidade do pensamento ocidental, abordaram questões ligadas ao direito, à justiça, à sociedade e à política assim como fez Nietzsche. As mesmas questões que foram abordadas por Platão, Tomás de Aquino, Rousseau, Kant e Hegel também podem ser encontradas no pensamento nietzscheano.

Dessa maneira, ainda que possamos distinguir uma filosofia do direito dentro do pensamento nietzscheano, a exemplo de Platão e de Rousseau, Nietzsche não pode ser chamado de um filósofo do direito. Ao contrário do entendimento de Nader, isto implicaria em uma interpretação bastante restritiva do pensamento nietzscheano. Não possuindo formação acadêmica em direito, com maior razão, Nietzsche não pode ser chamado de

⁴⁵⁷ Idem, Ibidem, p. 3 e 4.

jurista ou de jusfilósofo. Nietzsche foi um filósofo que, assim como vários outros, privilegiou a filosofia do direito.

g) Qual a relação e a dimensão da filosofia do direito nietzscheana com o próprio pensamento nietzscheano?

No que se refere à primeira parte da questão, a filosofia do direito constitui parte essencial do pensamento nietzscheano, mesmo porque, é a partir dela que Nietzsche efetua a genealogia dos valores morais do homem ocidental e aponta para outros rumos, abre novas possibilidades como o abolicionismo das penas, a auto-supressão da justiça e a superação do próprio homem, através da proposta dos filósofos legisladores, enfim, abre as portas para uma transvaloração dos valores morais do homem ocidental.

Quanto à segunda parte da questão, o pensamento nietzscheano não se reduz à filosofia do direito que nele se encontra. A filosofia do direito nietzscheana é uma parte essencial do pensamento nietzscheano, ainda assim, é parte.

O adjetivo essencial é aqui empregado uma vez que na concepção nietzscheana é através do direito primitivo que surgem as primeiras manifestações morais no homem e é somente com a auto-supressão da justiça, e portanto do direito que lhe fundamenta, que a humanidade poderá dar um passo em direção para o além do direito, para a auto supressão da justiça, em direção ao além-do-homem.

h) Qual a relação entre essa filosofia do direito e o atual paradigma de direito, decorrente do pensamento de Hans Kelsen, no qual o direito é uma ciência avaliativa?

Eugen Bissler, citado por Müller-Lauter no artigo intitulado *O desafio Nietzsche*,⁴⁵⁸ parece ter razão ao afirmar que Nietzsche jogou com praticamente todas as correntes ideológicas. Por outro lado, nenhuma corrente ideológica ignorou Nietzsche por completo,

⁴⁵⁸ Revista Discurso n. 21, 1993, p. 20.

mas, na maioria das vezes, mal interpretaram as questões ligadas ao mundo jurídico e à política. Isto é fácil de ser constatado na medida em que na maioria das academias as discussões e simpósios jurídicos e políticos encontram um confortável respaldo em noções mais do que ultrapassadas, como é o caso da concepção de bom selvagem de Rousseau, ou das teses contratualistas. Nessas ocasiões Rousseau e Hobbes sempre são citados. Juristas e filósofos do direito que apegados aos seus próprios valores morais ainda insistem em ignorar até mesmo os mais rudimentares fundamentos das teorias evolucionistas. Mencionam o Ihering da *Luta pelo direito*, mera transcrição de uma palestra, mas que desconhecem a obra magna do referido jurista, *A finalidade do direito* e a dimensão que esta possui. O que se falar então da dimensão jurídica do pensamento nietzscheano? Dentre os estudiosos do direito e os juristas, de um modo geral, Nietzsche permanece um ilustre desconhecido. A exceção que confirma a regra é o estudioso do direito natural Leo Strauss (não confundir com David Strauss), que após estudar a dimensão jurídica do pensamento nietzscheano, dela se desfez, conforme noticia Lampert.⁴⁵⁹

Acrescentamos a isso que Nietzsche viveu em uma época na qual a noção de direito natural estava sendo sepultada e o direito científico emergia de forma bastante expressiva. Isto posto, abordamos a questão por um duplo viés: pelo viés histórico e pelo viés filosófico.

Historicamente, a primeira teoria moderna de Estado, tal como posta por Hobbes, já havia exposto que as leis seriam postas pelo “mais frio dos monstros”, possuindo como características o formalismo e o imperativismo. Já na teoria hobbesiana, a questão da justiça fica renegada a segundo plano, eis que decorrente da aplicação da lei. O formalismo e o imperativismo da lei são características que encontramos presentes no direito até nos dias de hoje.

No *Contrato social* de Rousseau encontramos um terceiro elemento que também aponta para o atual positivismo do direito, qual a seja, a noção de que com a tripartição dos poderes do Estado e com o regime democrático de representatividade plena, ao colocar a lei, o legislador estará realizando a vontade do povo.

⁴⁵⁹ Nesse sentido: *Natural Right and History* de Leo Strauss e *Leo Strauss e Nietzsche* de Lampert.

Na Alemanha, a escola histórica do direito, que possuía em Savigny seu maior expoente, procurava novos métodos para afastar as noções de direito natural e será no pensamento de Rudolf von Ihering, o mais famoso jurista alemão, cuja obra principal, *A finalidade do direito*, foi efetivamente lida e anotada por Nietzsche, que encontramos a noção de coerção, o quarto elemento que, pelo viés da lei, completa a doutrina do positivo jurídico.

A teoria do positivismo jurídico, tal como desenvolvido por Hans Kelsen, já estava com os seus ingredientes praticamente prontos, quando Nietzsche começou a estudar e a desenvolver os temas ligados ao direito. Com exceção de Kelsen, por motivos óbvios, Nietzsche certamente conhecia os filósofos acima citados.

Mas efetuar uma análise avaliativa das leis postas sequer arranha a superfície das metas do pensamento nietzscheano. Nietzsche interpreta as leis como sintomas sociais. As leis revelam o que é estranho a uma sociedade e provocam efeitos múltiplos, tal como um remédio que pode curar uma doença mas trazer uma série de efeitos colaterais.

Portanto, dentro do pensamento de Nietzsche não há como reduzir uma interpretação das leis aos seus aspectos ontológicos, inseridos dentro de um ordenamento jurídico de forma a questionar a sua validade e nada mais. Isto nada mais é do que um reflexo de uma época caracterizada por uma cultura glacial.

Para Nietzsche é justamente a vontade de poder que confere às leis a sua validade. Considerando que o *quantum* de força caracteriza a vontade de poder, pela visão de Nietzsche, a teoria pura do direito é totalmente inócua, é a reação científicada.

Além disso, para Nietzsche não há como olhar para o Estado com o dogma da onipotência do legislador de forma neutra e sem efetuar uma comparação o com a proposta platônica do filósofo legislador. Se algum legislador deve existir, então neste caso deverá ser um legislador-filósofo.

Olhar para o Estado sem um mínimo de crítica, ou ainda pior, com um patriotismo incondicional, à maneira de David Strauss, é sucumbir ao mais frio dos monstros.

i) Considerando os paradigmas emergentes de direito, qual a valor de uma filosofia do direito no pensamento de um filósofo do século XIX?

Esta questão se justifica e pode ser respondida por alguns aspectos básicos, exteriores ao pensamento de Nietzsche.

O atual paradigma de direito, assim como os paradigmas emergentes parecem desconhecer por completo o pensamento de Nietzsche e se comparados a este, pouco trazem de novo.

E se de um lado, Nietzsche e sua filosofia do direito permanecem ilustres desconhecidos entre os estudiosos da filosofia do direito,⁴⁶⁰ por outro, a dimensão jurídica do pensamento nietzscheano permanece ignorada por uma boa parte daqueles que estudam Nietzsche.

Nietzsche soube identificar que, desde tempos primeiros, o direito sempre foi uma força coercitiva desenvolvida pelo homem para moldar a si mesmo. Posto por legisladores que, de forma alguma ou em momento algum da nossa pré-história ou início da nossa história, tinham a noção de que a lei era um meio regular através do qual o homem poderia ser domesticado, modelado. A noção do direito enquanto meio para um fim, surge mais tarde na nossa história. Não é por menos que *Crepúsculo dos ídolos* Nietzsche inverterá a máxima maquiavélica propondo que os meios justificam os fins. De qualquer modo o que parece estar intrínseco em toda essa trajetória da filosofia do direito em Nietzsche é justamente a constatação de que se o homem constituiu e domou o Estado, agora este constitui e doma o homem. Esse aspecto essencial para a filosofia do direito, continua sendo ignorado.

Um outro motivo é a retomada do segmento político do pensamento nietzscheano, recentemente promovido por Ansell-Pearson. Uma leitura superficial da obra de Nietzsche pode levar a conclusões precipitadas, como de fato ocorreu – e Nietzsche sabia que isso ocorreria.

⁴⁶⁰ Um exemplo disso, apenas a título ilustrativo, é a obra organizada por MORRIS, Clarence, *Os grandes filósofos do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2002, que sequer cita o nome de Nietzsche. Este é um exemplo entre muitos. Um jurista de maior peso, como Norberto Bobbio, também não o cita.

Nietzsche, entretanto, não é um arauto de uma filosofia moral ou imoral, uma vez que troca esses conceitos pelo conceito de saúde. Tampouco é um sofista. Sua filosofia aponta para uma melhora efetiva do homem enquanto um ser doente, coagido, tolhido dentro de um Estado coercitivo. Não lhe agrada a nossa “justiça fria” ou encontrar dentro dos olhos dos nossos juízes olhares de “carrasco” e de “sangue frio”.⁴⁶¹

Se comparada ao homem grego, ou mesmo ao cidadão romano, o homem da democracia moderna é um ser anulado, um animal domesticado e nem por isso tornado melhor. A liberdade de ação, expressão, crença e até mesmo pensamento foram solapadas por leis consuetudinárias, civis, jurídicas, morais, religiosas e gramaticais. *Gesetz ist gesetz*.

Os novos paradigmas de direito, isto é, direito enquanto nova retórica ou direito enquanto interpretação e dominação, são concepções já vistas e previsíveis, eis que se assentam em fundamentos milenares e intocados até os dias de hoje.

Parecendo antecipar os paradigmas emergentes de direito, isto é, o direito como nova retórica, como é a proposta de Chaïm Perelmann e Lucie Olbrechts-Tyteca, ou mesmo o direito como uma nova técnica de interpretação e de denominação,⁴⁶² Nietzsche, irônico como Sócrates, demonstra a genealogia e a trajetória do direito da modernidade, contrastando-o com outros tipos e outras noções de direito, deixadas para trás ou simplesmente ignoradas até os dias de hoje. E se Nietzsche, enquanto professor de filologia na Basileia apresentou um curso de retórica, certamente não foi para utilizá-lo no direito, mas demonstrar como a retórica foi e é utilizada pelo direito.

Se alguns intérpretes e estudiosos do direito aproximam o pensamento de Nietzsche do pensamento de Trasímaco ou de Górgias, tais intérpretes não levam em consideração que o paradigma emergente de direito enquanto interpretação e dominação nada possui de novo, pelo contrário.

Como se já antecipando uma razão instrumental a serviço de um direito mais do que coercitivo, absurdamente cerceador do *ethos* individual e coletivo, assim como das mais

⁴⁶¹ Za/ZA, I, Da mordida da serpente.

⁴⁶² Perelmann e Olbrechts-Tyteca, 1996.

variadas formas de expressão de liberdade; como se já antecipando o atual paradigma de direito, o paradigma kelseniano, ou seja, um direito absurdamente oco e isento de qualquer valoração, reflexo de uma era marcada por uma pobreza cultural, um direito que se coloca a serviço de qualquer ideologia, o pensamento de Nietzsche propõe uma retomada de consciência e de postura.

Ansell-Pearson, a quem devemos essa retomada da perspectiva política no pensamento nietzscheano, conclui que

“[...] Nietzsche nos conclama a lutar pelo renascimento de uma cultura trágica, a única apta à criação de um espaço (uma polis) para o descobrimento do ser humano em toda a sua diversificada natureza. No entanto, o meio mais importante para o descobrimento da “verdade” do ser humano, segundo Nietzsche, não é a política, mas a arte”.⁴⁶³

Se a proposta de uma cultura trágica nos é apresentada, é justamente em decorrência do espaço de manifestação política que existia na cultura grega e na cultura romana e que nos foi extirpado através do advento do Estado moderno.

Se considerarmos a arte enquanto pura manifestação anímica, talvez esta seja mesmo o único meio de enfrentar o mais frio dos monstros, tamanha é a força da coerção oriunda das normas jurídicas.

Dessa forma, se a arte é o meio indicado por Nietzsche, não podemos esquecer de suas diversas formas de manifestação, entre elas a própria arte política, cujo objeto é o próprio homem.

Não é por menos que a figura de Diógenes da Lanterna, o cínico que em plena praça pública, o espaço grego de ação política, com uma lanterna acesa nas mãos, procurava um homem, um verdadeiro homem ainda não cindido por força de leis de sua real natureza, é retomada por Nietzsche e tratado como louco no conhecido aforismo de *A gaia ciência*.

⁴⁶³ Ansell-Person, 1997, p. 20.

Considerações Finais

Nietzsche caracteriza-se como um pensador de problemas que abordou e desconstruiu os fundamentos que se encontram na base de praticamente todo o sistema jurídico do mundo ocidental, e, por conseguinte dos mais altos valores morais da cultura ocidental. Sua atividade filosófica, dentro da filosofia do direito, possui tamanha força que antecipa e critica os paradigmas emergentes de direito. E se falamos, um pouco acima das metas do pensamento nietzscheano, a principal delas parece ser uma luta incansável pela reconquista de uma natureza sufocada por categorias oriundas do direito, ou, posto em outras palavras, uma luta pela liberdade individual.

Se o animal-homem se fez homem-domado através desse fenômeno antinatural por nós mesmos inventado que é o direito, será através do além do direito, pelo menos desse direito moderno, fruto do ressentimento, típico da modernidade, que daremos um passo em direção ao além-do-homem.

Se Nietzsche é caracterizado como o filósofo que efetuou a crítica da cultura ocidental enquanto desconstrução, então o direito deve ser visto como uma das vias por ele privilegiadas nesse empreendimento.

A originalidade do pensamento de Nietzsche não se restringe a efetiva desconstrução do direito. Uma vez que nessa desconstrução praticamente nenhuma questão ou instituição ligada ao direito foi deixada de fora, Nietzsche efetua a desconstrução do próprio sujeito moral ocidental. Por outro lado, uma nova construção do homem, para além do direito, torna-se possível.

Se Nietzsche nos apresenta alguns indícios ou algumas possibilidades para a superação do homem, uma delas é a figura do filósofo-legislador, e, por conseguinte, será através de uma nova concepção de direito que essa possibilidade se afirma.

Essa abordagem absolutamente original, incômoda e provocativa que encontramos no pensamento nietzscheano em relação ao direito, nos permite concluir, em oposição a Lon Fuller, que depois de Nietzsche as questões que se agitavam nos dias de Platão e de

Aristóteles não são mais as mesmas.⁴⁶⁴ Posto que “tudo é justo, injusto e justificável”⁴⁶⁵ a justiça deixa de ser a maior virtude, “ou a virtude inteira” como propunha a dogmática aristotélica,⁴⁶⁶ abrindo-se, assim, as portas para a contingência, para o devir, para um além-do-direito, um direito longe das noções de coação, culpa, pecado, pena e castigo.

⁴⁶⁴ Fuller, 1976, p. 75.

⁴⁶⁵ GT/NT, 9.

⁴⁶⁶ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, V, 1130 a.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSELL-PEARSON, Keith. *Nietzsche contra Rousseau*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996;

_____. *Nietzsche como pensador político*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco. Obras Incompletas*. São Paulo: Coleção Os Pensadores, Nova Cultural, 1987.

ASSIS, Olney Queirós. *O estoicismo e o direito*. São Paulo: Lúmen. 2002.

AZEREDO, Vânia Dutra de. *Nietzsche e a dissolução da moral*. São Paulo: Discurso Editorial, 2000.

BACHOFEN, J.J. *Myth, Religion and Mother Right*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1992.

BATALHA, Wilson de Souza Campos e RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha. *Filosofia Jurídica e história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BITTAR, Eduardo C.B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Tecnoprint Ltda., sem data.

BLAKE, William. *The Complete Poetry & Prose of William Blake*. Edição nova e revisada. Nova Iorque: Anchor Books. Doubleday, 1988.

BOBBIO, Norberto & BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*; 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____, *O Positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone Ed., São Paulo, 1996.

CHAMBERLAIN, Lesley. *Nietzsche in Turin – an Intimate Biography*. Nova Iorque: Piscador, 1998.

COLLI, G. e MONTINARI, M. *Werke Historisch-Krtische Ausgabe*. Berlim e Nova Iorque: Walter de Gruyter & Co, 1994.

CONWAY, Daniel W. *Genealogy and Critical Method in Schacht's Nietzsche, Genealogy, Morality, Essays on Nietzsche's On the Genealogy of Morals*, Los Angeles: University of California Press, 1994.

DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991;

DARWIN, Charles. *The Origin of Species*. Middlesex: Mentor Book, 1958.

DELEUZE, Gilles. *Nietzsche e a filosofia*. Porto: Editora Rés, sem data.

FERNANDEZ, José Baron. *Miguel Servet – su vida y su obra*. Espanha: Espasa Calpe, 1989.

FERRAZ, Maria Cristina Franco, *Nietzsche, O Bufão dos Deuses*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1994.

FINK, Eugen, *A Filosofia de Nietzsche*. 2ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 1988.

FOUCAULT, Michel, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, Cadernos da PUC, Série Letras e Arte, 6/74, 4ª Edição. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1974.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*. 2a. edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

FULLER, Leon F. *O caso dos exploradores de cavernas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

GARLAND, David, *Punishment and Welfare, A History of Penal Strategy*. Grã Bretanha: Ed. Gower, 1985.

_____, David, *Punishment and Modern Society, A Study in Social Theory*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

GIACOIA Jr., Oswaldo, *O grande experimento: sobre a oposição entre eticidade (Sittlichkeit) e autonomia em Nietzsche*, in TRANS/FORM/AÇÃO Revista de Filosofia, Editora UNESP, 1989.

_____, *Para além do bem e do mal*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

_____, *Para a genealogia da moral*, São Paulo: Scipione, 2002.

_____, *Nietzsche*, São Paulo: Coleção Folha Explica, PubliFolha, 2000.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 2001.

GOULD, Stephen Jay. *A falsa medida do homem*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HEGEL, G. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche*. São Francisco: Harper San Francisco, 1991.

HOBBS, T., *Obras incompletas*. São Paulo: Coleção Os Pensadores, Nova Cultural, 1988.

HOLLINGDALE, R.J., Introdução e Comentário in *Twilight Of The Idols/The Antichrist*. Harmondsworth, Middlesex, Inglaterra: Penguin Books, 1988.

IHERING, Rudolf von, *A luta pelo direito*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A finalidade do direito*. Campinas: Booksellers, 2002.

_____, *Questões e Estudos de Direito*. Campinas: LZN Editora, 2003.

JANZ, Curt Paul, *Friedrich Nietzsche*. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1985.

JUSTINIANO. *Institutas dos Imperador Justiniano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KANT, Immanuel, *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, sem data.

_____, *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1993.

_____, *Obras Incompletas*. 2ª edição. São Paulo: Coleção Os Pensadores, Editora Abril, 1984.

KAUFMANN, Walter, *Nietzsche Philosopher, Psychologist, Antichrist*. 4ª edição. Nova Jersey. Princeton, 1974.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KÖHLER, Joachim. *Nietzsche & Wagner – A Lesson in Subjugation*. New Haven: Yale University Press, 1998.

LAMPERT, Laurence, *Leo Strauss and Nietzsche*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MANFREDI, Valério Massimo. *Akropolis – a grande epopéia de Atenas*. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

MARTON, Scarlett, *Nietzsche e as transvaloração dos valores*, 2ª Edição. São Paulo: Editora Moderna, 1993.

_____, *Nietzsche, das forças cósmicas aos valores humanos*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1990.

MELO, Eduardo Rezende, *Nietzsche e a justiça*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

MILL, John Stuart, *Principles of Political Economy with Some of Their Application to Social Philosophy*. Londres: Penguin Classics, 1985.

_____, *Utilitarianism and Other Essays*. Londres: Penguin Classics, 1987.

_____, *A Lógica das Ciências Morais*. São Paulo: Iluminuras, São Paulo, 1999.

MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTINARI, Mazzino, *Ler Nietzsche: O Crepúsculo dos Ídolos* in Cadernos Nietzsche 3, Departamento de Filosofia da USP, São Paulo, p. 77-91, 1997.

MONTORO, André Franco, *Estudos de filosofia do direito*; 2a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MÜLLER-LAUTER, Wolfgang, *A doutrina da vontade de poder em Nietzsche*. São Paulo: Coleção E. Anna Blume, 1997.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

NEHAMAS, Alexander, *Nietzsche, Life as Literature*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

NIETZSCHE, Friedrich, *Werke Historisch-Krtische Ausgabe* de Colli e Montinari. Berlim e Nova Iorque: Walter de Gruyter & Co., 1994.

_____, *Cinco Prefácios Para Cinco Livros Não Escritos*. Rio de Janeiro: Sette Letras, 1996.

_____, *A filosofia na época trágica dos gregos*. Tradução de Maria Inês Madeira de Andrade, revista por Artur Morão. Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte: Elfos Editora, sem data.

_____, *O Nascimento da Tragédia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

_____, *Humano, demasiado humano*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza, Companhia das Letras, São Paulo, 2000.

_____, *Aurora*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____, *A gaia ciência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

_____, *Para Além do Bem e do Mal*. Companhia das Letras, 1992.

_____, *Genealogia da Moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____, *Ecce Homo*. 2ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____, *Obras Incompletas*. São Paulo. Coleção Os Pensadores, Abril Cultural, 1983.

_____ *Opere 1882/1895*. Itália: I Mammut. Grandi Tascabili Economici, Newton Compton Editori, 1993.

_____, *The Birth Of Tragedy/The Case of Wagner*, Nova Iorque: Vintage Books, 1967.

_____, *Human, All Too Human, a Book for Free Spirits*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

_____, *Daybreak, Thoughts on the Prejudices of Morality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

_____, *The Gay Science, with a Prelude in Rhymes and an Appendix of Songs*. Nova Iorque: Vintage Books, 1974.

_____, *Thus Spoke Zarathustra*. Nova Iorque: Penguin Books, 1969.

_____, *Beyond Good and Evil, Prelude to a Philosophy of the Future*. Nova Iorque: Vintage Books, 1966.

_____, *On the Genealogy of Morals/Ecce Homo*. Nova Iorque: Vintage Books, 1969.

_____, *Twilight of the Idols/The Anti-Christ*. Grã Bretanha: Penguin Books, 1988.

_____, *The Will to Power*. Nova Iorque: Vintage Books, Nova Iorque, 1967.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

PLATÃO. *A República*. 6ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, sem data.

_____, *Fedro*. São Paulo: Coleção Os Pensadores, vol. Sócrates, Nova Cultural, 1987.

_____, *Defesa de Sócrates*. São Paulo: Coleção Os Pensadores, vol. Sócrates, Nova Cultural, 1987.

_____, *Philebus*. Inglaterra, Reading: Penguin Classics, 1982.

PLETSCH, Carl. *Young Nietzsche*. Nova Iorque: The Free Press, 1991.

POST, Hermann. *Giurisprudenza etnológica*. Milano: Societa Editrice Libreria, 1906.

PUFENDORF, Samuel. *On the duty of man and Citizen*. Inglaterra: Cambridge University Press, Cambridge texts in the history of politics thought, 1998.

ROSE, Jonathan E. *Bismarck*. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Obras Incompletas*. São Paulo: Coleção Os Pensadores, Nova Cultural, 1987.

SAFRANSKI, Rüdiger, *Nietzsche – biografia de uma tragédia*. São Paulo: Geração Editorial, 2001.

SALMON, Wesley C. *Lógica*. Rio de Janeiro: Prentice/Hall do Brasil, 1984.

SANDER, L.Giman, *Conversations with Nietzsche – A Life in the Words of His Contemporaries*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SCHACHT, Richard. *Nietzsche*. Londres e Nova Iorque: Routledge, 1995.

_____, *Nietzsche, Genealogy, Morality, Essays on Nietzsche's On the Genealogy of Morals*. Los Angeles: University of Califórnia Press, 1994.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____, Arthur. *The World as Will and Representation*. Nova Iorque: Dover Publications, Inc., 1969.

SÓFOCLES. *Antígona*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

SÓFOCLES. *A trilogia tebana*. 9a edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

SOLL, Ivan. *Nietzsche on Cruelty, Asceticism, and the Failure of Hedonism in Shacht's Nietzsche, Genealogy, Morality, Essays on Nietzsche's On the Genealogy of Morals*. Los Angeles: University of California Press, 1994.

STERN, J.P. *As idéias de Nietzsche*. São Paulo: Ed. Cultrix, 1990.

STRAUSS, David Friedrich. *The old faith & the new*. Nova Iorque e Oxford, Inglaterra: Westminster College-Oxford: Classics in the Study of Religion. Amherst, 1997.

_____. *The life of Jesus critically examined*. Nova Jersey: Sigler Press Edition, 1994.

STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: The University of Chicago Press, 1965.

SUAREZ, Rosana. *Nietzsche e os cursos sobre a Retórica*. In O que nos faz pensar n. 14. Cadernos do Departamento de Filosofia PUC – Rio, Agosto de 2000.

TÜRCKE, Christoph. *O Louco, Nietzsche e a Mania da Razão*. Petrópolis: Ed. Vozes, 1993.

VOLTAIRE. *Obras Incompletas*. São Paulo: Coleção Os Pensadores, Nova Cultural, 1988.

WILDE, Oscar. *The Complete Works of Oscar Wilde, Stories, Plays, Poems & Essays*. Nova Iorque: Harper & Row Publishers, 1989.

WILSON, A. N. *God's Funeral*. Nova Iorque: W.W.Norton & Company, 1999.

WRIGHT, Robert. *O Animal Moral*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.

Outras obras consultadas

ANDRADE, Fernando Dias. *Uma Cronologia Espinosana*, in Cadernos Espinosanos IV, São Paulo, USP, 1998.

ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da Filosofia* in *Os Pensadores*, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos do povos*. 5ª edição. São Paulo: Ícone, 1989;

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

ASCHHEIM, Steven E. *The Nietzsche legacy in Germany – 1890 – 1990*. Los Angeles: University of California Press, 1992.

BLANC, Marcel. *Os Herdeiros de Darwin*. São Paulo: Scritta, 1994.

BRANDÃO, Adelino. *Os direitos humanos – antologia de textos históricos*. São Paulo: Landy, 2001.

BRINTON, Crane. *Nietzsche*. Biblioteca do Espírito Humano. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

BRUM, José Thomaz. *Nietzsche – as artes do intelecto*. São Paulo: L&PM, 1986.

DAVIS, Shelton H.. *Antropologia do direito, estudo comparativo de categorias de dívida e contrato*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

DERRIDA, Jacques. *Espolones – Los Estilos de Nietzsche*. Valência: Artes Gráficas Soler, 1981.

DOSTOIÉVSKI. *Crime e Castigo*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1962;

DURANT, Will. *A Filosofia de Herbert Spencer*. Rio de Janeiro: Ediouro, sem data.

EPICURO, *Obras incompletas*. São Paulo: Coleção Os Pensadores, Ed. Nova Cultural, 1993.

ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Teológico Político*. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1988.

_____, *Microfísica do Poder*. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Graal Ltda., 1990.

_____, *Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões*. 4ª Edição, Petrópolis: Ed. Vozes, 1986.

GIACOIA JR. Oswaldo. *Labirintos da alma*, Campinas: Editora da UNICAMP, 1997.

GOLDSMITH, M., *As Teorias da Evolução*, Lisboa: A Editora Limitada, sem data.

GOLDSCHMIDT, Victor, *La Doctrine de Epicure et le Droit*, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin; 1977.;

GRIMM, R.H., *Nietzsche's Theory of Knowledge*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1977.

HAMMER, Dean e COPELAND, Peter. *Living with Our Genes*. Nova Iorque: Doubleday, 1998.

HAYMAN, Ronald, *Nietzsche, a Critical Life*. Oxford: Penguin Books, Oxford University Press, 1980.

HIGDON, Hal. *The crime of the century – the Leopold & Loeb case*. Nova Iorque: G.P.Putnam's Sons, 1975.

HOEBEL, E. Adamson, *Antropologia Cultural e Social*, 2ª edição. São Paulo: Editora Cultrix, 1976.

HUXLEY, Julian, *O Pensamento Vivo de Darwin*, Biblioteca do Pensamento Vivo, vol. 9. São Paulo: Livraria Martins Fontes, sem data.

LEOPARDI, Giacomo, *Poesia e Prosa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1996.

MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Direito e coerção*. São Paulo: Unimarco ed., 1999.

O'CONNOR, Eugene, *The Essential Epicurus*. Nova Iorque: Philosophy, Prometheus Books, 1993.

OLIVER, Martyn, *História ilustrada da filosofia*. São Paulo: Editora Manoele Ltda., 1998.

PASSOS, João Décio, *Espinosa e os Estudos Bíblicos*, in *Cadernos Espinosanos II* (2), São Paulo, USP, 1997.

REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga*. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

SABADELL, Ana Lúcia, *Manual de Sociologia Jurídica*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

STACK, George J. *Nietzsche and Emerson, an elective affinity*. Atenas: Ohio University Press, 1992.

STEINHART, Eric. *On Nietzsche*. Estados Unidos da América do Norte: Wadsworth, 2000.

VERRECHIA, Anacleto. *La Catastrofe di Nietzsche a Torino*, Giulio Einaudi Editora.

VOLEKE, André-Jean, *Droit de la Nature et Nature du droit: Cálícles, Épicure, Carnéade*, *Révue Philosophique*, n. 2, avril-juin 82, PUF, 1982.

Sites

<http://dogmaFree.Fr/txt/MariettiNietzscheOntogenyTruth.htm> acessado em fevereiro de 200r.

http://www.degruyter.com/rs.282_693_enu_h.hm acessado em fevereiro de 2005.

ANEXO A

Conceitos e Noções Preliminares de Direito

De uma maneira bastante simplificada, até os dias de hoje o direito sempre foi conceituado como o conjunto de normas que rege ou que torna possível a vida em sociedade. Desta conceituação bastante genérica do direito, podemos acrescentar que, dependendo da perspectiva adotada, o direito pode ser concebido e dividido em *direito natural* ou *direito positivo*. Nietzsche conheceu e criticou ambos. A melhor maneira de estudarmos essas duas concepções iniciais de direito, isto é, direito natural e direito positivo, é através da confrontação entre elas, perceptíveis ao longo da história da cultura ocidental. Para tanto é necessário apresentarmos suas contraposições, principais características e distinções.

Conforme expõe Norberto Bobbio em sua obra intitulada *Positivismo jurídico*, a contraposição “entre a natureza e o mundo da *praxis* humana” remonta a Platão e Aristóteles e encontra-se na base da distinção entre direito natural e direito positivo. Em “*Da origem da linguagem*” uma introdução de um curso de gramática latina, de 1869-1870, escrito anterior à publicação de *O nascimento da tragédia*, “Nietzsche diz considerar a oposição entre *physis* e *nomos* um ponto de partida “ingênuo” para a apreensão da origem da linguagem, “origem tão enigmática que seria praticamente impensável.””⁴⁶⁷

Para uma melhor compreensão da expressão direito natural é necessário esclarecermos a noção ampla e genérica do conceito jurídico de *natureza* que

“[...] serve originalmente, para abranger, em uma mesma categoria, todas as coisas que não são produzidas pelo homem; toda a parte do mundo que, aos olhos de quem observa e procura a realidade do universo, não depende do fazer humano; todos os seres e eventos que, tendo “em si mesmos o princípio do movimento”, nascem, desenvolvem-se e morrem de acordo com leis que o homem não formulou nem pode alterar [...]”⁴⁶⁸

Em sua análise, prossegue Bobbio:

⁴⁶⁷ SUAREZ, Rosana. *Nietzsche e os cursos sobre a Retórica*. In O que nos faz pensar n. 14. Cadernos do Departamento de Filosofia PUC – Rio, Agosto de 2000, p. 73 e 74.

⁴⁶⁸ Bobbio, 1997, p. 27 e 28.

“A percepção de tal diferença é um dos princípios da especulação: o homem primitivo está de tal forma inserido no mundo natural circundante, que não percebe que há coisas independente dele – sobre as quais não tem o menor poder – e outras coisas que dele dependem, que existem porque foram produzidas pelos seus predecessores; coisas que, tendo sido feitas pelo homem, ele pode desfazer.

Quando, nos primórdios dessa especulação, o homem começa a tomar consciência de sua posição no mundo, uma das principais descobertas que faz é justamente que todos os seres e todos os eventos podem ser divididos em duas grandes categorias:

A primeira, englobando tudo o que existia antes do homem e que continuará a existir sem o homem – como o Sol, as estrelas, a Terra, as plantas, os rios;

A segunda diz respeito às coisas que só existem porque foram produzidas pelo homem: as casas, as armas, os utensílios, as roupas.” ⁴⁶⁹

Dos conceitos de direito e de natureza podemos concluir, de uma maneira sucinta, que o direito natural seria aquele grupo de normas que sempre existiram, existem e continuarão a existir, independente da intervenção humana e que ajudam a reger a vida em sociedade. Em contraposição o direito positivo é aquele grupo de normas que são fruto da *praxis* humana.

Direito Natural e suas características

Assim, as principais características do direito natural são: a) sua universalidade; b) sua imutabilidade; c) sua atemporalidade; d) o fato de não ser posto pelo homem. Segundo Bobbio, o jurisconsulto romano Paulo teria acrescentado uma quinta característica: e) o direito natural estabelece o que é bom.⁴⁷⁰

O jurista Leo Strauss, em sua obra *Natural Right and History* observa que

⁴⁶⁹ Idem.

“O direito em sua forma clássica está conectado com uma visão teleológica do universo”⁴⁷¹

A característica “bom”, acrescentada por Bobbio, é ampliada por Strauss, pela noção de “telos”.

Direito Positivo e suas características

Em contrapartida, as principais características do direito positivo são: a) a sua particularidade; b) a sua mutabilidade; c) a sua temporalidade; d) o fato de ser posto pelo homem; e, e) segundo o jurisconsulto romano Paulo, estabelece o que é útil para uma comunidade.⁴⁷²

Na concepção de direito natural fica claro que o homem não participa de sua elaboração, assim como fica claro que, na concepção de direito positivo, este é apenas mais um fenômeno humano. Estas noções e características do direito natural e do direito positivo nos leva a duas visões do direito: a visão dualista e a visão monista, sendo a primeira própria do jusnaturalista e a segunda própria do juspositivista.

Podemos chamar de jusnaturalista aquele estudioso do direito ou da filosofia do direito que acredita na existência do direito natural e que este, em via de regra, é hierarquicamente superior ao positivo. Segundo esta concepção, para que uma norma positiva seja válida, ela não pode ferir ou de qualquer forma contrariar uma norma própria do direito natural. O jusnaturalista possui, assim, uma visão dualista do direito.

⁴⁷⁰ Bobbio, 1996, p. 22 e 23.

⁴⁷¹ Strauss, 1997, p. 7.

⁴⁷² Bobbio, 1996, p. 22 e 23.

As Quatro Características do Positivismo Jurídico

Pelo prisma da lei, encontramos quatros elementos que caracterizarão o então emergente positivismo jurídico e é certo que Nietzsche os conheceu. Assim, são características do positivismo jurídico:

- a) A formalidade da lei, oriunda da teoria de Hobbes.
- b) O imperativismo da lei, também oriunda da teoria de Hobbes.
- c) A origem da lei, que deve ser posta pelo Estado, oriunda do iluminismo.
- d) O elemento coercitivo da lei, oriunda da abordagem e teoria científica de Rudolf Von Ihering.

Nessas características da lei, identificada com o direito, encontramos os fundamentos iniciais do positivismo jurídico, tal como conhecido por Nietzsche.

Positivismo Filosófico e Positivismo Jurídico

A doutrina do positivismo jurídico não pode ser confundida com a filosofia positivista de Augusto Comte, conforme já exposto acima. Esclarece Bobbio:

“A expressão “positivismo jurídico” não deriva daquela de “positivismo” em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico...”⁴⁷³

A doutrina de Comte procurava substituir os pensamentos religioso e metafísico pelo pensamento científico, estabelecendo com precisão as relações de causalidade entre as causas e os efeitos dos fenômenos.

Ainda assim, com os ideais do iluminismo, surgiu a escola clássica do direito penal, cujo maior representante foi o Marquês de Beccaria.

⁴⁷³ Bobbio, 1996, p. 15.

Se o direito é um fenômeno que surgiu na pré-história da humanidade, não há que falarmos sobre um direito natural, o que aproxima Nietzsche da escola histórica do direito.

De igual maneira, podemos chamar de juspositivista o estudioso do direito ou da filosofia do direito que acredita que o único direito existente é aquele posto pelo homem. O juspositivista possui uma visão monista do direito, pois a noção de direito natural não existe.

No positivismo jurídico

“[...] o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito”.⁴⁷⁴

Colocando de uma forma sintética, acrescenta Bobbio:

“o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”⁴⁷⁵

Fundamentado na lei, a visão mais radical do positivismo jurídico apóia-se na máxima que “lei é lei” (gesetz ist gesetz).

O Direito Enquanto Fenômeno Antinatural

A contraposição inicial entre direito natural e direito positivo, próprias da filosofia do direito, ou da filosofia jurídica, como também é chamada, é o fato de o homem ser considerado como um ser separado da natureza. Essa cisão ficará ainda mais clara ao abordarmos as características que o direito natural e o direito positivo apresentam e talvez não por acaso Nietzsche explorará a gênese do direito, no período da pré-história do homem, quando referida cisão ainda não existia. Este é um dos pontos cruciais na filosofia nietzscheana: o direito aparece como um fenômeno antinatural. O homem domesticado e civilizado é cindido de sua condição primeira, de seus instintos.

⁴⁷⁴ Bobbio, 1996, p. 26.

⁴⁷⁵ Idem.

Três Fases Históricas do Direito Natural

Ainda que pese a pesquisa histórica e suas dificuldades metodológicas, esta não pode olvidar as três fases do direito natural, que praticamente acompanham o período clássico, o período medieval e o período moderno da nossa história. Essas noções de direito natural e direito positivo tiveram suas origens na Grécia Antiga e podem ser agrupadas em três momentos da história da cultura ocidental.

Segundo Bobbio, em visão anteriormente desenvolvida por Hans Kelsen, o direito natural pode ser agrupado em três categorias, a saber:

- a) Idade Clássica, quando o direito natural era identificado na contraposição “entre a natureza e o mundo da *praxis* humana”⁴⁷⁶. Já Aristóteles, em sua *Ética a Nicômaco* dá maior destaque ao direito positivo, sem mencionar uma hierarquia entre o direito natural e o direito positivo.
- b) Idade Média, quando o direito natural era identificado com o divino, eis que fruto do Antigo e do Novo Testamentos.

“Desta concepção do direito natural como de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo.”⁴⁷⁷

Esta concepção, cuja origem mais remota é o próprio advento do cristianismo, é iniciada na patrística, com Tertuliano e Santo Agostinho e é consolidada na escolástica, por Tomás de Aquino. Acrescentamos que em 313, o imperador romano Constantino declara o cristianismo como a religião oficial do Império Romano, dando origem à estrutura política da Idade Média, quando o direito natural passa a ser identificado com o divino, dando origem aos centros de poder, a saber: papal, imperial, monárquico, feudal, e corporativo. A origem do uso do termo *positivo*, de forma análoga à utilizada no direito positivo remonta ao latim da época romana e firma-se na Idade Média.

⁴⁷⁶ Bobbio, 1997, p. 28.

⁴⁷⁷ Bobbio, 1996, p. 26.

c) Idade Moderna quando o direito natural é identificado com a natureza racional do homem. Na história da filosofia do direito, a paternidade da filosofia moderna costuma ser atribuída à Hugo Grócio, também considerado como o pai do direito internacional. A obra *Do direito da guerra e da paz* de Grócio, antecede em doze anos o *Discurso do Método* de Descartes e apresenta a seguinte distinção entre direito natural e direito positivo:

“O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria *natureza racional* do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza. [...] O direito civil é aquele derivado do *poder civil*, e designa por poder civil aquele que compete ao Estado, por Estado a associação perpétua de homens livres, reunidos em conjunto com o fito de gozar os próprios direitos e buscar a utilidade comum”.⁴⁷⁸

Dentre os estudiosos da filosofia do direito é bem conhecida a máxima de Grócio: “O direito natural existiria ainda que Deus não existisse.” A frase causa impacto, mas Grócio não estava afirmando que Deus não existia, estava apenas lutando para desvincular a origem do direito natural da Igreja.

Seja qual for a sua formulação, para Nietzsche, a noção de um direito natural não passa de uma crença, de uma ilusão iniciada em tempos primevos.

Dogmática e Zetética

Seja pela perspectiva da ciência ou mesmo da própria filosofia jurídica, o direito positivo é abordado por duas vertentes: a) a dogmática; e b) a zetética.

A origem mais remota da dogmática jurídica encontra-se nos pensamentos de Platão e de Aristóteles, eis que apontam para um mundo do “dever ser”. O Estado ideal platônico,

⁴⁷⁸ Apud, Bobbio, 1996, p. 20 e 21.

tal como descrito na *República*, em que três classes (artesãos, guerreiros e governantes) trabalhariam de forma altruísta, cada um em sua especialização, para o bem de todos, assim como as descrições aristotélicas de que as leis deveriam ser flexíveis, genéricas como a régua de Lésbos e cumpridas conforme o determinado, em *Ética a Nicômaco* são exemplos de uma visão dogmática do direito. A visão dogmática aponta para um mundo ideal, para um mundo do “dever ser”.

Segundo Aristóteles, a justiça positiva divide-se em distributiva e comutativa. Sendo que esta também se subdivide em comutativa consensual e comutativa judicial. As leis, por sua vez, deveriam ser genéricas e flexíveis, como a régua de Lesbos, que era uma medida grega feita em chumbo e que se amoldava conforme a superfície. Na falta da lei, o julgador deveria se basear na eqüidade, sendo esta, provavelmente, de origem pitagórica.

Aristóteles, qualifica o direito como um instrumento que pode “criar e conservar, em tudo ou em parte, a felicidade da comunidade política”⁴⁷⁹. Aristóteles também aborda a justiça positiva, em suas formas comutativa e distributiva, assim como a eqüidade, sendo esta uma forma de se fazer justiça na ausência da lei. Aristóteles não deixa de bordar, no entanto, o direito natural, que é aquele que se manifesta de igual maneira em todos os lugares, independente das opiniões.⁴⁸⁰

A obra de Aristóteles e suas conceituações são clássicas dentro da filosofia do direito assim como da própria ciência do direito. Toda a estrutura do pensamento jurídico ocidental possui sua fundamentação no estudo apresentado em *Ética a Nicômaco* e na lógica aristotélica apresentada no *Órganon*. Esta estrutura permanece e mantêm-se intacta até os dias de hoje. No entanto, no decorrer de sua obra, Nietzsche não faz qualquer referência a esses conceitos aristotélicos, basilares no direito ocidental.

Nietzsche cita Aristóteles, em *Aurora* apenas três vezes, sendo que nenhuma delas refere-se ao direito. Em *Aurora* V, 424, Nietzsche cita Aristóteles para criticar a noção do ser humano como causa final da natureza, assim como para criticar a noção de que o conhecimento não poderia descobrir nada que não fosse “útil e saudável para o homem”. No

⁴⁷⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 1, 1129 b 11.

⁴⁸⁰ Idem, V, 6, 1135 a 17.

aforismo 550 da mesma obra, Nietzsche critica a noção platônico-aristotélica de que noção de felicidade suprema não existe apenas para Platão e Aristóteles, ou para os homens em geral, ou para os deuses “de altas venturas”. A felicidade suprema consistiria, para Platão e Aristóteles, segundo Nietzsche, “em *conhecer*”. Contudo, esse conhecimento é cindido da realidade. Em *A gaia ciência* Nietzsche também cita Aristóteles por três vezes. Mas sem fazer menção alguma à teoria aristotélica das leis, à justiça distributiva e comutativa ou mesmo à noção aristotélica de equidade. Em *Para além do bem e do mal*, Nietzsche efetua duas referências a Aristóteles, mas nenhum dos aforismos faz referência às questões ligadas ao direito. A única citação relacionada ao direito vem de forma explícita e irônica, em *Crepúsculo dos ídolos, em Sentenças e setas*, 3:

“Para viver sozinho, é preciso ser um animal ou um deus – diz Aristóteles. Falta ainda a terceira alternativa: é preciso ser os dois ao mesmo tempo – *Filósofo...*”

Enquanto filósofo, Nietzsche afasta-se da noção aristotélica de animal-social e ainda mais da noção aristotélica da finalidade do Estado. Nesse sentido salientamos que a noção de causa final, a noção de telos, é totalmente afastada do pensamento nietzscheano. Enquanto genealogista, Nietzsche caracteriza-se pelo pensamento anti-teleológico, inclusive no que se refere ao Estado e suas origens, aproximando-se da tradição cética.

Metafísicos e anti-metafísicos

No que se refere à sua origem, o direito pode ser estudado como possuindo uma origem metafísica ou histórica.⁴⁸¹ A fundamentação metafísica do direito pode ser encontrada na *República*, de Platão. Porém não será encontrada no pensamento de Epicuro, que o via como um fenômeno oriundo de uma convenção entre seres racionais com o objetivo mútuo de não sofrerem e nem causarem danos. Os estóicos, identificaram o direito natural com a justiça e esta com a reta razão. Para Cícero existiria uma lei verdadeira, identificada com a reta razão, podendo esta ser entendida como uma reinterpretação do *logos*

⁴⁸¹ Na antiguidade encontramos a fundamentação metafísica do direito no pensamento de Platão, mais particularmente na refutação à Cálicles no diálogo *Górgias* (484, a) assim como na refutação à Trasímaco e Glauco na *República* (338 e, 367, c).

de Heráclito. Na patrística, assim como na escolástica, o direito possui sua fundamentação na *Lex Eterna*, a qual só Deus conhece. Na filosofia moderna do direito, assim como no iluminismo, a noção de direito natural é fundamentada na natureza do homem, que por sua vez, é racional. No idealismo alemão, mais especificamente no pensamento de Kant, o direito encontra a sua fundamentação na metafísica, mais especificamente no imperativo categórico apresentado na obra *Fundamentação metafísica dos costumes*. Trata-se de uma fundamentação moral e na noção do dever. A fundamentação do direito em Schopenhauer também é de origem metafísica. Nietzsche vai considerar o mesmo em relação à noção de espírito absoluto de Hegel, ainda que este venha a ser considerado como o pensador que pôs fim ao direito natural, ou que iniciou a escola histórica.

Para Nietzsche, o direito pode ser entendido como mais um fenômeno que surgiu, assim como vários outros, em algum determinado momento, nessa longa trajetória do processo civilizatório da humanidade. Esta corrente ganhou expressão com a escola histórica do direito e adquiriu mais força após o avento das escolas evolucionistas. Seguindo essas correntes, a escola científica identificará o direito com a força.

Se na segunda fase de seu pensamento Nietzsche tenta explicar os fenômenos do mundo através de uma visão absolutamente anti-metafísica, o mesmo não pode ser dito com os escritos da terceira fase de sua obra, isto é, a partir da formulação do conceito de vontade de poder, conforme já exposto. Em suas preleções sobre esse conceito, Martin Heidegger caracterizou Nietzsche como um pensador metafísico.⁴⁸² Müller-Lauter também caracteriza o pensamento de Nietzsche como metafísico, contudo, para Müller-Lauter trata-se de um conceito metafísico que eclode a própria metafísica.⁴⁸³

⁴⁸² HEIDEGGER, Martin. *Nietzsche*. São Francisco: Harper San Francisco, 1991, Nietzsche as Metaphysical Thinker.

⁴⁸³ MÜLLER-LAUTER, Wolfgang, *A doutrina da vontade de poder em Nietzsche*. São Paulo: Coleção E. Anna Blume, 1997.

ANEXO B

Influências de Juristas e Cientistas

Para o estudo das questões relativas à filosofia do direito e ao direito enquanto ciência emergente no século XIX, Nietzsche serviu-se de diversas fontes, na maioria dos casos não reveladas por ele. Segundo Mazzino Montinari⁴⁸⁴ efetuar este tipo de pesquisa é uma das condições básicas para estudar-se a filosofia nietzscheana.

Salientamos, aqui, apenas aqueles que foram citados direta ou indiretamente no decorrer do corpo da tese, a saber: Albert Hermann Post (1839 -1895); Charles Féré (1852-1907); Cesare Lombroso; (Sir) Francis Galton (1822-1911); Friedrich Karl von Savigny (1779-1861); J.J. Bachofen (1815-1887); Karl Eugene Dühring (1833-1921); Max Stirner (1806 – 1856); Rudolf von Ihering (1818-1892) e, por fim, Samuel Pufendorf.

Albert Hermann Post (1839 – 1895) foi juiz na cidade de Bremen é considerado o pai do direito comparado. Foi o autor das obras *Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts*, (Oldenburg, 1872) e *Der Ursprung des Rechts. Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft* (Oldenburg, 1876). Seus trabalhos foram publicados entre 1861 e 1895. Com eles surgiu a noção de jurisprudência etnológica. Apesar de pouco difundido, Nietzsche estudou a obra de Hermann Post, concordando com muitas das idéias do jurista, e, mais especificamente, na vasta pesquisa de jurisprudência etnológica e na aplicação do método do direito comparado.⁴⁸⁵

Nietzsche aplica o método do direito comparado em várias passagens: a) ao comparar o direito moderno com o direito primitivo; ao comparar o direito canônico com o direito hindu.

Césare Lombroso (1836-1909) - Ao contrário do que muitos pensam, o médico italiano Cesare Lombroso não foi o criador da antropologia criminal e, ao que parece, apenas compilou, organizou, e levou adiante as pesquisas até então efetuadas. Em 1876 publica sua obra mestra *O homem criminoso* que “teve sucesso imediato na Itália e no mundo inteiro”. A

⁴⁸⁴ Montinari, *Cadernos Nietzsche* 3, 1997, p. 77/91.

⁴⁸⁵ Quanto a leitura de Post ver o artigo de Marco Brusotti, *Die "Selbstverkleinerung Des Menschen" in Moderne in Nietzschen Studien* n° 20, 1992, nota da página 92

partir de então, de ano em ano as edições eram “[...] “aumentadas” mas raramente “revistas e corrigidas” [...] e a partir de então Lombroso ficou conhecido como o pai “do que se convencionou chamar o “criminoso nato”[...]”⁴⁸⁶

Lombroso foi o primeiro a traçar um paralelo entre o cérebro do homem primitivo com os dos animais inferiores. Desenvolveu a concepção de que o homem criminoso seria um indivíduo meio animal, “marcado pelos estigmas atávicos de suas propensões sanguinárias”.⁴⁸⁷ Em seus estudos, Lombroso também desenvolveu a diferença entre o criminoso nato e o criminoso ocasional, diferença esta que pode ter inspirado Nietzsche em algumas de suas críticas.

Em 1880 Lombroso funda seu jornal e publica uma coleção de livros destinados à difusão de suas idéias. Nesse mesmo tempo

“[...] redige os artigos “Antropologia”, “Crânio” e “Cretinismo” da *Enciclopédia italiana de ciências médicas*. Publica igualmente estudos sobre o homem branco e o homem de cor, a origem e a formação das grandes raças humanas e as diversas variedades de crânios entre os italianos e certos povos primitivos.”⁴⁸⁸

Segundo Darmon, o ano de 1885 marca o ápice da carreira de Lombroso, pois preside o Primeiro Congresso Internacional de Antropologia Criminal, em Roma, onde impõe, em forma de dogma, sua teoria sobre o criminoso nato predisposto ao crime por sua constituição física “[...] por ser o resultado da observação positiva dos fatos.”⁴⁸⁹

Nos anos que se seguiram, a publicação de *O homem delinqüente*, conforme noticia Darmon, Lombroso desenvolveu uma atividade incansável, inclusive com a ajuda de sua filha, para que suas teoria ganhasse audiência internacional. Seus artigos são publicados às centenas.

⁴⁸⁶ DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 36 e 37.

⁴⁸⁷ Darmon, 1991, p. 35.

⁴⁸⁸ Idem, p. 37.

⁴⁸⁹ Idem, p. 37

“Rápidas pesquisas nos dão a conhecer que só no mês de julho de 1887 ele publicou um estudo sobre “Os benefícios do crime” na *Nouvelle Revue* e, na *Contemporary Review*, um outro estudo sobre “O atavismo e a evolução”. Em agosto, foi a vez de a *Deutsche Rundschau*, o Magazine o *Mensageiro Russo* abrirem para ele suas colunas.”⁴⁹⁰

Em 1887 a obra de Lombroso *O homem delinqüente* é traduzida para o francês. Em 1888, Nietzsche escreve em Turin *O crepúsculo dos ídolos*, mesma cidade onde também residia Lombroso e fundamenta a antiga sua crítica a Sócrates com a teoria do criminoso nato. Por outro lado, em *Ecce Homo* (Porque escrevo livros tão bons, 1), Nietzsche nos relata que lia apenas o *Journal des Débats* francês, daí o possível elo com o pensamento da escola lombrosiana. Nietzsche passou grande parte de sua vida em Turin, cidade onde Lombroso também vivia no final do século XIX. Por outro lado, as teses de Lombroso haviam ganhado enorme notoriedade em praticamente toda a Europa. Pelo menos um artigo de autoria de Lombroso era publicado diariamente em algum jornal da europeu. Além disso, as teses de Lombroso se faziam refletir na literatura da época.

Na obra *Homem de Gênio* (1888), Lombroso desenvolve a tese de que o gênio é apenas um caso particular, mais uma exceção, na qual também podem ser encontradas algumas das aberrações características do criminoso nato ou do louco. Dentre os casos hipotéticos de genialidade fisiológica, o nome de Sócrates e a sua “fisionomia cretinosa” é levantada por Lombroso.⁴⁹¹ O mesmo argumento científico é utilizado por Nietzsche para atacar Sócrates em *Crepúsculo dos ídolos*, *O Problema Sócrates*.

Dentre todos os estudiosos de Nietzsche, Kaufmann parece ser o único a notar que o colapso nervoso que Nietzsche sofreu em 1889, ocorreu nas ruas Turim, cidade onde (ainda) residia o Dr. Lombroso. Contudo, Kaufmann não efetua nenhuma referência no que diz respeito à uma eventual influência da leitura de Lombroso, ou mesmo da escola positivista italiana, no pensamento nietzscheano. Chamberlain, em sua obra *Nietzsche em Turim* não efetua menção alguma a Lombroso.

⁴⁹⁰ Idem, p. 51.

⁴⁹¹ 1991, p. 60

Em 1888, ano da redação de *Crepúsculo dos Ídolos*, Nietzsche morava em Turim, mesma cidade onde também residia Lombroso e é bastante provável que Nietzsche tenha lido alguns dos artigos de Lombroso, eis que freqüentes em praticamente todos os jornais da Europa do século XIX.

No atual estágio de pesquisa, não se sabe se Nietzsche teve acesso a alguma obra de Lombroso, mas é bastante provável que Nietzsche tenha lido alguns dos artigos de Lombroso, bastante freqüentes em praticamente toda a Europa.

Charles Féré (1852-1907) - No artigo intitulado *Ler Nietzsche: O Crepúsculo dos Ídolos*, Mazzino Montinari⁴⁹² confirma que Nietzsche leu a obra de Charles Féré (1852-1907), médico dos nervos e estagiário no serviço de Charcot, na famosa Salpêtrière de Paris e que redigiu uma obra acerca da degenerescência e da criminalidade, intitulada *Degenerescência e criminalidade [Déchéance et Criminalité]* publicada em 1888.

A leitura de Féré teria auxiliado Nietzsche a dar uma fundamentação científica para o tema da *décadance* assim como uma nova terminologia utilizada em *Crepúsculo dos ídolos*.

Montinari chama a atenção para o aforismo número 52 da obra *Vontade de poder*, cuja autoria foi erroneamente outorgada a Nietzsche. Referido fragmento, na verdade, é apenas um trecho da obra de Féré traduzido por Nietzsche.

Dr. Féré também era da opinião, então corrente entre alguns alienistas, de que a noção de livre arbítrio, e sua consequência direta, a responsabilidade moral, constituem um erro desmoronado pela ciência:

“[...] Os criminosos e os delinquentes são anormais, tanto do ponto de vista psíquico como do ponto de vista físico. No estágio atual da ciência, é tão impossível demarcar um limite entre o crime e a loucura, quanto dar uma prova objetiva da existência do livre arbítrio”⁴⁹³

⁴⁹² Montinari, in *Cadernos Nietzsche* 3, 1997, p. 87

⁴⁹³ *Dégénérescence et Criminalité, Essay de Physiologie*, Paris, 1888, p. 60.

A constatação científica de que o criminoso não é detentor do livre-arbítrio e, portanto, é um irresponsável moral, poderiam ter minado os alicerces do direito penal clássico já naquela época, mas não foi isso o que aconteceu. Conforme noticia Darmon o “espírito positivista acabou por assentar o direito de punir na proteção social”.⁴⁹⁴

Deve ser notado que para Féré os criminosos, ainda que alienados, são

“[...] todos indivíduos nocivos contra os quais a sociedade tem o direito e o dever de se proteger [...] O interesse público só pode satisfazer-se com o desaparecimento radical dos criminosos”⁴⁹⁵

Esse radicalismo não é encontrado no pensamento de Nietzsche.

(Sir) Francis Galton (1822-1911). Conforme Stephen Jay Gold, em *A falsa medida do homem*,⁴⁹⁶ a teoria evolucionista eliminou a base da teoria criacionista e como se isso não bastasse,

“[...] a segunda metade do século XIX não foi apenas a era da evolução na antropologia. Outra corrente, igualmente irresistível, contaminou o campo das ciências humanas: a fascinação pelos números, a fé em que medições rigorosas poderiam garantir uma precisão irrefutável e seriam capazes de marcar a transição entre a especulação subjetiva e uma verdadeira ciência, tão digna quanto a física newtoniana. A evolução e a quantificação formaram uma terrível aliança; em certo sentido, sua união forjou a primeira teoria racista “científica” de peso, se definirmos “ciência” erroneamente [...]”⁴⁹⁷

É nesse contexto que encontramos o psicólogo e antropólogo inglês Sir Francis Galton, primo de Charles Darwin, e que ainda segundo Gould,

⁴⁹⁴ Darmon, p. 142

⁴⁹⁵ Dégénérés et Déséquilibrés, op. cit., p. 644, - citado por Darmon, p. 149

⁴⁹⁶ GOULD, Stephen Jay Gold, em *A falsa medida do homem*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 65

⁴⁹⁷ Gould, 1999, p. 65.

“[...] pôde gozar de uma liberdade pouco comum para consagrar suas notáveis energias e sua inteligência ao cultivo de seu tema favorito: a medição. Galton, pioneiro da moderna estatística, acreditava que, com suficiente empenho e engenhosidade, qualquer coisa poderia ser medida, e que essa medida constitui o critério básico de um estudo científico.”⁴⁹⁸

Mas para Galton tudo o que quase tudo que poderia ser medido tinha um caráter hereditário, inclusive a inteligência, sendo sua principal obra, nesse sentido, *Gênio hereditário, suas leis e conseqüências* [*Hereditary Genius, its Laws and Consequences*] de 1862.⁴⁹⁹, e de 1869, conforme Gould. Posteriormente, em 1883, Galton escreve *Investigações sobre a faculdades humana e suas conseqüências* [*inquires into human faculty and its development*], na qual

“[...] suas investigações se dirigem a à questão prática de se é possível promover e modificar de tal modo o processo de seleção natural, que se possa conseguir uma forma mais perfeita de humanidade”.⁵⁰⁰

Segundo Janz, Nietzsche teria sido um grande admirador de Galton, tendo encontrado em sua obra, a confirmação por parte de um cientista de sua idéia de cultivo para o além do homem.⁵⁰¹

Em *Genealogia da Moral*, Nietzsche concebe o homem negro como um representante do homem primitivo, talvez por influência do senso comum da época, talvez por influência científica, também da época.

A aproximação que Nietzsche faz entre o homem negro e o homem mau e/ou o homem primitivo aparece em *Genealogia da moral*, Primeira Dissertação, ao procurar estabelecer uma relação etimológica entre *malus*, em latim e negro, em grego. Procurará fundamentar sua argumentação entre as diferenças de uma tipologia nobre e ariana com uma tipologia plebéia e de pele escura citando Horácio “hic niger est”. Na mesma obra Nietzsche será ainda mais explícito. Na Segunda dissertação Nietzsche é explícito: “[...] ao

⁴⁹⁸ Gould, 1999, p. 67.

⁴⁹⁹ Conforme Janz, III, 219

⁵⁰⁰ Apud, Janz, III, p. 219.

⁵⁰¹ Idem, ibidem.

menos é o que poderia concluir um médico que tratou negros (tomados aqui como representantes do homem pré-histórico -) [...] “⁵⁰²

Segundo Darmon, a obra mestra de Galton, Herança Natural [*Natural inheheritance*] na qual fala pela primeira vez sobre eugenia, só teria sido publicada em 1889, quando Nietzsche já não estava apto à sua leitura.

J.J. Bachofen (1815-1887) – A aproximação de Nietzsche com a escola histórica do direito também pode ser constatada através de seu relacionamento com J.J. Bachofen professor de direito romano na Basileia, aluno dileto de Savigny, e que já havia publicados seus principais trabalhos, inclusive *Matriarcado* [*Das mutterrecht*] de 1861, quando Nietzsche lá chegou para lecionar em 1869. Bachofen contava com cinquenta e quatro anos e era, portanto, mais próximo da geração do pai de Nietzsche. O convívio de Nietzsche com o casal Bachofen ocorreu, portanto, em seus primeiros anos enquanto professor de filologia na Basileia.⁵⁰³ Em *O matriarcado* Bachofen sustenta o direito fundamentado nos laços se sangue materno como estágio predecessor de todas as sociedades humanas. Conforme Pletsch

“[...] Nietzsche parece ter aprendido mais das concentrações de Bachofen sobre os mitos dos antigos e de seu tratamento absolutamente inovador da cultura romana como um sistema coerente[...]”⁵⁰⁴

⁴⁸⁶ GM/GM, II, p. 57.

⁵⁰³ Na obra *Conversations with Nietzsche* Louise Elizabeth Bachofen, esposa de J.J. Bachofen nos presta um depoimento bastante esclarecedor entre o relacionamento entre os dois professores: “Minhas relações com Nietzsche são limitadas apenas aos primeiros anos em que ele esteve aqui; ele era apenas um ano mais velho do que eu, nós éramos ambos muito jovens naquela época, e como você pode imaginar, para os meus olhos ele não era o grande professor e filósofo, pois nosso relacionamento era amigável, inocente e cheio de alegria. Meu primeiro marido também gostava muito dele e eu sei que Nietzsche o respeitava muito; ele sempre o dizia. Daí *O nascimento da tragédia* foi publicado e meu marido ficou encantado e tinha altas expectativas de Nietzsche – mas então vieram outros trabalhos, os quais meu marido rejeitava totalmente e de acordo com suas visões, tinha que condenar, e pouco a pouco a bela amizade foi quebrada. Mas eu sempre fico alegre por ter conhecido Nietzsche em seu primeiro período, quando ele ainda era entusiasmado por Wagner – e como ele era um entusiasta! Todo Domingo ele viajava para Lucerna e a cada vez retornava de cheio do seu Deus e me contava de todo o esplendor que ele havia visto e ouvido; Eu acredito firmemente que a ruptura com Wagner foi um golpe de morte para Nietzsche, e de todos os modos, depois disso, ele era um homem completamente mudado”. Sander, 1987, p. 49-50.

⁵⁰⁴ Pletsch, 1991, p. 113, 114.

Em seus estudos e pesquisas, Bachofen procurou na condição comunitária da pré-história quando teria surgido, pela primeira vez, o direito. Janz comenta que Nietzsche “foi seguramente estimulado pelo método e pelos resultados de J.J. Bachofen”⁵⁰⁵

A aproximação de Nietzsche com a escola histórica do direito pode ser constatada através do seu relacionamento com J.J. Bachofen, professor de direito romano na Basileia e que já havia publicado seus principais trabalhos, inclusive *O matriarcado (Das mutterrecht)* de 1861, quando Nietzsche lá chegou para lecionar em 1869.

Em *O matriarcado* Bachofen sustenta o direito fundamentado nos laços de sangue materno como estágio predecessor de todas as sociedades humanas. Conforme Pletsch

“[...] Nietzsche parece ter aprendido mais das concentrações de Bachofen sobre os mitos dos antigos e de seu tratamento absolutamente inovador da cultura romana como um sistema coerente.”⁵⁰⁶

Em seus estudos e pesquisas, Bachofen procurou a situação comunitária da pré-história, quando teria surgido, pela primeira vez, o direito. Bachofen efetua de forma especulativa a reconstrução histórica daquele período primitivo, ressaltando o valor da crença e da religião nas civilizações primitivas, assim como salientava a necessidade de se possuir um forte sentimento religioso para entendê-las.

Karl Eugene Dühring (1833-1921) foi um prolífero professor de direito. Dühring desprezava tudo aquilo que Nietzsche valorizava. Dühring era um patriota, anti-semita, odiava Goethe e a cultura grega. Nietzsche chamava de “salamandra do pântano”, por causa de suas inclinações anti-semitas. Não obstante, em diversas fases de sua vida, Nietzsche leu o *Curso de Filosofia Considerada como Configuração Vital e Cosmovisão Estritamente Científica* da autoria de Dühring.⁵⁰⁷ As recentes pesquisas e comentários de Safranski são mais objetivos:

⁵⁰⁵ Janz, *Nietzsche*, II, 140.

⁵⁰⁶ Pletsch, 1991, p. 113, 114.

⁵⁰⁷ Janz, III, 319

Especialmente Eugene Dühring, a quem Nietzsche comenta amplamente em 1875 e do qual aprende muita coisa (apenas para mais tarde falar sarcasticamente dele), desenvolve com intensa argumentação a idéia de que a evolução condenou a maior parte das espécies à degeneração e à extinção, mas que provavelmente o ser humano ainda tinha pela frente uma história de incríveis sucessos. Ele escreve que tudo indica uma evolução “que um dia, em vez de transformar a humanidade em um cadáver, a tornará uma espécie enobrecida, bem diferente de agora” (Benz 102) [...]”⁵⁰⁸

Ainda que pese o comentário inicial de Safranski, a pergunta que fazemos é por quais razões Nietzsche teria despendido tanto tempo na leitura de um pensador que, apesar do sucesso, era por ele considerado medíocre? A resposta é dada pelo próprio Nietzsche que entendia ser preferível andar com Dühring do que com os historiadores niilistas modernos.⁵⁰⁹

Nietzsche polemiza com Dühring em vários temas, entre eles, a questão da origem do castigo, o valor da vida, a origem da justiça na vingança e o eterno retorno. Para rebater o questionamento sobre o valor da vida, efetuado por Dühring em *O valor da vida* [*Der Wert des Lebens*], 1865.

Nietzsche utiliza-se do conceito jurídico de suspeição e interesse das partes, para demonstrar que esta é uma questão que o homem não pode responder. Em outras palavras, utiliza-se de conhecimento da ciência do direito para rebater o jurista Dühring, no próprio segmento de saber deste. No que se refere à origem do castigo, Dühring sustentava uma origem mecanicista. No aforismo 33 de *O andarilho e sua sombra* Nietzsche afasta esta visão e em *Para a genealogia da moral* demonstra várias possíveis origens e finalidades para o castigo.

Por fim, enquanto Dühring encontrava a origem do direito e da justiça na vingança, Nietzsche afasta origens vingativas, eis que reativas, e, no lugar, propõe origens ativas. O direito encontraria suas origens nos valores nobres e acrescenta que “sob o ponto de vista histórico, o direito representa na terra ... a luta *contra* os sentimentos reativos”.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ Safranski, 2001, 240.

⁵⁰⁹ GM, III, 26.

⁵¹⁰ GM, II, 11

Max Stirner (1806 – 1856) - O pensador alemão Max Stirner cujo verdadeiro nome era Johann Caspar Schmidt, recebeu dos historiadores o epíteto de "O Egoísta". Alguns aspectos de sua obra ainda carecem de um estudo mais sistemático. Seu pensamento deu fundamento ao individualismo anarquista do século XIX. Stirner negou todo o absoluto e todas as instituições baseando-se unicamente na incondicional soberania do indivíduo humano. Negou todas as leis naturais assim como a idéia de uma humanidade comum, com base na vontade e nos instintos, estes tomados por princípios supremos para Stirner. Para Stirner cada indivíduo era único, razão pela qual sustentava que cada pessoa deveria cultivar a sua própria singularidade, sua unicidade. O eu seria a única lei. Não existiriam direitos, somente o eu em luta contra o resto da humanidade do mundo. Estes aspectos do pensamento de Stirner aproximam-se do pensamento nietzscheano, mas considerando que o estudo da obra de Stirner ainda se encontra pouco sistematizado, conforme acima mencionado, estabelecer maiores influências, no atual estágio de pesquisa, acaba sendo uma tarefa temerária.

Rudolf von Ihering (1818-1892) foi reconhecido como uma mente enciclopédica dentro do campo do direito jurisprudencial na Alemanha do século XIX. Com a teoria da coerção na norma jurídica, completa os requisitos necessários para que o direito fosse tratado de forma científica. Ihering também foi um importante crítico da tradição jusnaturalista, argumentando que a concepção de direito natural separou o homem de sua conexão histórica com a sociedade, além de ser um crítico das concepções contratualistas de Estado.⁵¹¹ Em lugar do contrato social, Ihering sustentava que a origem do Estado encontra-se na coerção. Ihering também efetua uma distinção entre coerção social, de onde surge o cumprimento da moralidade e a coerção política, de onde surge o cumprimento das leis jurídicas. Assim, seria o forte que estabelecendo normas e convenções de valorativas, dá origem às leis. Através dessa perspectiva, teriam sido os desumanos tiranos e legisladores que moldaram o homem, mesmo porque, antes do advento da lei, não existia um estado de direito natural algum, mas sim relações interpessoais e cruéis.

⁵¹¹ Em sua obra intitulada *Nietzsche contra Wagner*, Ansell-Pearson aponta para pesquisas recentes que tem mostrado fontes até então desconhecidas que muito influenciaram o pensamento de Nietzsche. Nesse sentido Ansell-Pearson destaca a influência da leitura que Nietzsche fez em 1883 da obra *A finalidade do direito* de

Ihering também foi um importante crítico da tradição jusnaturalista, argumentando que a concepção de direito natural separou o homem de sua conexão histórica com a sociedade, além de ser um crítico das concepções contratualistas de Estado. Em lugar do contrato social, Ihering sustentava que a origem do Estado encontra-se na coerção. Ainda mais, Ihering efetua uma distinção entre coerção social, de onde surge o cumprimento da moralidade e a coerção política, de onde surge o cumprimento das leis jurídicas. Assim, seria o forte que limita a força, estabelecendo normas e convenções de valorativas, dando origem às leis. Através dessa perspectiva, teriam sido os desumanos tiranos e legisladores que moldaram o homem, mesmo porque, antes do advento da lei, não existia um estado de direito natural algum, mas sim relações interpessoais e cruéis.

Em sua obra intitulada *Nietzsche contra Wagner*, Ansell-Pearson aponta para pesquisas recentes que tem mostrado fontes até então desconhecidas que muito influenciaram o pensamento de Nietzsche. Nesse sentido Ansell-Pearson destaca a influência da leitura que Nietzsche fez em 1883 da obra *A finalidade do direito* de autoria de Rudolf von Ihering e seus reflexos em questões relacionadas à ética e à política na Segunda Dissertação de *Genealogia da Moral*. A influência, assim como as semelhanças textuais são notórias.

Samuel Pufendorf (1632 – 1694) – A título de mera curiosidade, o primeiro professor de filosofia do direito, o jurista Samuel Pufendorf, consta na linha ascendente, por parte de mãe, na genealogia de Nietzsche.⁵¹² No pensamento de Pufendorf encontramos os fundamentos das principais questões que vieram a ser discutidas pelos iluministas. Nietzsche não escreve uma palavra sobre o pensamento de Pufendorf, mas as questões de filosofia do direito por ele abordadas podem ser encontradas no pensamento de Nietzsche.

autoria de Rudolf von Ihering e seus reflexos em questões relacionadas à ética e à política na Segunda Dissertação de *Para a Genealogia da Moral*. A influência, assim como as semelhanças textuais são notórias.

⁵¹² Janz, 1987, I, 30.