

A LUTA PELOS NOVOS DIREITOS

THE FIGHT OF THE NEW RIGHTS

Danielle Mastelari Levorato

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o livro *A Luta Pelo Direito*, escrito em 1872, por Rudolf Von Ihering, sob a perspectiva do surgimento de novos direitos na contemporaneidade tardia, a partir de um contexto histórico fundamentado no período que se segue após a Primeira e a Segunda Guerra Mundial. A importância de se analisar o surgimento dos novos direitos se justifica em face de que a sociedade encontra-se em constante evolução e a ciência jurídica deve acompanhar esta evolução e traçar mecanismos de proteção da pessoa humana em virtude de ser um dos mecanismos de controle social mais eficiente do mundo moderno. Todas as sociedades, durante qualquer período da história, travaram enormes batalhas na busca da legitimação de novos direitos que garantissem a dignidade da humanidade.

Palavras Chaves: Luta pelo direito, novos direitos, desenvolvimento social, história do direito, direitos humanos.

ABSTRACT

This article aims to look at the book *The fight for the Law*, written in 1872, by Rudolf Von Ihering, from the perspective of the emergence of new rights in late contemporary from a reasoned historical context in the period that follows after the first and second world. The importance of analyzing the emergence of new rights is justified in the face of that society is constantly evolving and legal science should follow these developments and outline mechanisms for the protection of the human person by virtue of being one of the mechanisms of social control over efficient of the modern world. All societies, during any period in history, fought tremendous battles in search of legitimation of new rights guaranteeing the dignity of humanity.

Keywords: Fight for the right, new rights, social development, history of law, human rights.

INTRODUÇÃO

Ainda que Rudolf Von Ihering tenha pronunciado a conferencia que deu origem a uma das mais importantes obras do direito, *A luta pelo direito*, na primavera de 1872 e que foi publicada no verão do mesmo ano em Viena¹, seu pensamento se mostra atual e o estudo de sua obra é de rigor para o universo científico jurídico, especialmente pelas disciplinas propedêuticas, destacando-se a filosofia e a sociologia jurídica. Assim, o questionamento que se faz é como os novos direitos têm sido legitimados no ordenamento jurídico brasileiro? Quais os mecanismos existentes para que o ordenamento jurídico assegure os novos direitos quando houver omissão legislativa? Qual o trabalho dos nossos tribunais em face aos novos direitos?

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é traçar algumas linhas sobre os escritos de Ihering e sua preocupação com a evolução e o desenvolvimento do direito de sua época e a relação com os novos direitos que surgem nos mais diferentes pontos do globo terrestre, especialmente no final do século XX e início do século XXI. Para tanto, realizou-se o estudo pormenorizado da referida obra, diga-se, *A Luta pelo Direito* de Rudolf Von Ihering e de outros textos como *Antígona* de Sófocles, *A era dos Impérios*, de Eric J. Hobsbawm, além de outros, sempre traçando a relação entre o direito e seu desenvolvimento ao longo da história, especialmente após a Primeira e a Segunda Guerra Mundial. O método utilizado foi o dedutivo.

O estudo é pertinente em virtude do grande desenvolvimento social e cultural pelo qual passa a humanidade e que influencia diretamente o direito da atualidade.

Muitos novos direitos surgem e, não raro, encontramos omissão legislativa face aos novos casos que chegam às portas do judiciário. Pergunta-se: como deve o jurista resolver tais questões que sequer possuem previsão legal, mas fazem parte de uma sociedade em constante mudança.

É sabido que as leis são parte importante da Ciência do Direito que reflete a forma com que cada sociedade defende seus direitos. Neste sentido

Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulamentação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Constatou-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. A lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social. (WOLKMER, 2010, p.1).

¹ Prefácio de Ihering. 1.o de julho de 1891.

Assim é de rigor o estudo da evolução jurídica, especialmente para que se possa entender o papel do direito e dos tribunais em um país de grandes contrastes culturais, sociais, econômicos.

1. Ihering e a luta pelo(s) (novos) direito(s)

A análise do prefácio escrito em 1.º de julho de 1891, demonstra a sua preocupação para com a formação, o desenvolvimento e a consolidação do Direito, pois sistematizou com precisão fundamentada as ideias relacionadas em como não permitir a impunidade face a afronta ao direito individual.

Em seu texto encontramos um desafio “[...] desejo que aquele que quiser, seriamente, rebater minha teoria, tente contrapor à fórmula prática que desenvolvi outra fórmula positiva; logo perceberá onde deve chegar. O que deverá então fazer aquele cujo direito for pisoteado?” (IHERING, 2004, p.16).

A preocupação com o direito, naquela época, leva o autor a fazer uma belíssima análise da luta pelo direito de Shylock, o judeu de uma das mais importantes obras da literatura de Shakespeare, *O mercador de Veneza*, que ao ter seu título de crédito, reconhecido como válido por sentença e, já quando todas as personagens da ficção acreditam na validade do título, o mesmo juiz que havia prolatado a sentença, muito astutamente, declara que o judeu “[...] só poderá cortar exatamente uma libra de carne, sem sangue, e só poderá cortar exatamente uma libra, nem mais nem menos” (IHERING, 2004, p. 18), de Antonio² impedindo desta forma a execução da sentença.

O direito por ser um dos instrumentos de controle social, objetiva principalmente desenvolver e estabelecer uma cultura de paz social e somente por meio de muitas lutas é que a humanidade, ao longo da história, conseguiu aceitar e reconhecer os muitos direitos tais como conhecemos atualmente.

O direito não é estático, pelo contrário, seu dinamismo demonstra uma versatilidade impressionante na qual se altera e renova constantemente, adaptando-se as mais diversas sociedades considerando-se o tempo e o espaço. O direito não é indiferente a ética e a moral, “o direito tem uma base ética, tem uma base moral, que acima da vontade dos poderosos há uma Lei Justa que deve ser respeitada” (MONTORO, 2003, p. 40).

² Personagem devedor de Shylock, da literatura Shakespeariana.

Ihering preocupou-se com o direito do judeu; preocupamo-nos em verificar como muitas das decisões sobre os novos direitos, especialmente no que se refere ao reconhecimento e fortalecimento dos direitos naturais – que, não raro, precisam ser reconhecidos pelos tribunais –, podem influenciar a sociedade do século XXI.

Por outro lado, é de ser considerar como o desenvolvimento social cria os mais diversos direitos, os quais se iniciam como um simples costume e vão crescendo dentro da hierarquia das normas até chegarem ao topo como norma jurídica. Aliás, é nesse sentido que nos reportamos a Estrutura Tridimensional do Direito de Reale (2009, p.64), fundamentada em fatos sociais, que serão valorados pela sociedade como positivos ou negativos e na sequência poderão, dependendo desta valoração social, tornar-se ou não uma normas jurídicas.

No contexto literário encontramos alguns exemplos sobre como se desenvolveu o reconhecimento de diversos tipos de direitos. Se nos reportarmos a Sófocles, verificaremos que Antígona lutou bravamente por um direito natural. Um direito que não se sabe ao certo quando surgiu ou como surgiu... Antígona lutou pelo direito de enterrar seu irmão Policine, que por ordem de Creonte deveria ficar insepulto.

Antígona – Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! e ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamastes, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses! (Sófocles, 2011, p.94).

Para Dallari a personagem do texto que leva seu nome, “[...] estava fazendo uma afirmação de que havia agido com base nos Direitos Humanos” (DALLARI, 2003, p. 72).

Cumpramos ressaltar, que os direitos humanos são referenciados na história do direito desde Ciro II, rei da Pérsia. O Cilindro de Ciro II (539 a.C.), é o primeiro documento que trata do assunto, pois este rei permitiu que os povos exilados na Babilônia regressassem para suas terras de origem. O livro Bíblico de Esdras, capítulo 1 e capítulo 2 nos mostram o que foi o decreto de Ciro II e aponta a lista dos que voltaram da Babilônia.

1.1 Contexto histórico do século XX e a proteção humanitária por meio do surgimento de novos direitos

Historicamente, após a conferência que inaugurou o tema, diga-se, a Luta pelo Direito, observamos que a humanidade passou por uma grande transformação.

O século XX foi marcado por acontecimentos importantes que originaram documentos internacionais que demonstram como todos os povos buscam estabelecer a paz mundial e confirmam a assertividade do objetivo traçado por Ihering ao afirmar que “o objetivo do direito é a paz” (IHERING, 2004, p. 27) e que a “luta é o meio de consegui-la” (IHERING, 2004, p. 27).

Um dos mais importantes documentos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que objetiva a cultura e o respeito dos direitos relativos ao homem. Para Montoro (2003, p. 38) “essa Declaração Universal não é um documento isolado. Ela tem uma significação histórica (...)”, pois foi concebida com o intuito de proteger a humanidade de suas próprias atrocidades, além de fortalecer o sentimento global, deixado pela catastrófica II Guerra Mundial, de inconformismo com o genocídio, o holocausto ocorrido.

Observamos, neste sentido, que as duas Grandes Guerras Mundiais trouxeram enormes prejuízos à humanidade, promovendo mudanças de toda ordem – cultural, social, jurídica, política e econômica dos povos.

A Primeira Guerra Mundial (1914-1918) aconteceu em um momento de intensa euforia européia, a *Belle Époque*, em que os europeus acreditavam nas conquistas e descobertas da ciência e da tecnologia e diziam que o século XX seria o “Século das luzes, do progresso” (MONTORO, 2003, p. 37).

A paz era o quadro normal e esperado das vidas européias. Desde 1815 não houvera nenhuma guerra envolvendo as potências européias. Desde 1871, nenhuma nação européia ordenara a seus homens em armas que atirassem nos de qualquer outra nação similar (HOBSBAWM, 1988, p. 418).

Por outro lado, era evidente a possibilidade de uma guerra generalizada na Europa, que preocupava os governos, administradores e todo povo europeu.

A partir do início da década de 1870, a ficção e a futurologia produziram, sobretudo na Grã-Bretanha e na França, *sketches*, geralmente não realistas, sobre uma futura guerra. Na década de 1880, Friedrich Engels já analisava as probabilidades de uma guerra mundial, enquanto o filósofo Nietzsche, louca porém profeticamente, saudou a militarização crescente da Europa e predisse uma guerra que “diria sim ao animal bárbaro, ou mesmo selvagem, que existe entre nós”. Na década de 1890, a preocupação com a guerra foi suficiente para gerar o Congresso Mundial (Universal) para a Paz – Vigésimo primeiro estava previsto para setembro de 1914, em Viena –, o Prêmio Nobel da Paz (1897) e a primeira das Conferências de Paz de Haia (1899), reuniões internacionais de representantes majoritariamente céticos de governos e a primeira de muitas das reuniões que tiveram lugar desde então, nas quais os governos declararam seu compromisso decidido, porém teórico, com o ideal da paz. (HOBSBAWM, 1988, 419).

Parte considerável da juventude européia que se preparava para um século de glórias se perdeu em campos de batalha após o assassinato do Arquiduque, austríaco, Franz Ferdinando, em junho de 1914, em Sarajevo na Bósnia – pois na Guerra Franco-Prussiana, de

1871, a França, vencida, perdeu os territórios da Alsácia e Lorena para a Alemanha (territórios cedidos à Alemanha pelo acordo de Paz assinado em Versalhes em 26 de janeiro de 1871 e pelo Tratado de Frankfurt assinado em 10 de maio de 1871).

O assassinato de Franz Ferdinando foi a cereja do bolo que faltava para que a Áustria declarasse Guerra contra Sérvia e, por conseguinte, contra os países que compunham aliança bélica com esses países: França e Inglaterra³. Este conflito perdurou por quatro longos anos...

Sem dúvida, durante a crise final de 1914 – precipitada pelo irrelevante assassinato de um arquiduque austríaco por um estudante terrorista numa cidade de província dos confins dos Balcãs – a Áustria sabia que corria o risco de uma guerra mundial ao provocar a Sérvia; e a Alemanha, ao decidir dar total apoio à sua aliada, transformou o risco quase numa certeza. (HOBSBAWM, 1988, p. 430).

Os resultados deste evento culminaram em uma modificação cultural extrema em que os europeus abandonaram as ideias divulgadas na *Belle Époque* surgindo outras manifestações como o Dadaísmo, que era o desprezo a tudo e, logo depois, o Surrealismo que se fundamentava não só na descrição da realidade, mas como algo superior a própria realidade, que foi acompanhado do Existencialismo.

Montoro (2003, p.38) afirma que

a consequência da Primeira Guerra foi uma cultura de opressão, de abandono e de desespero. Foi uma consequência negativista. E, dentro desta negativa geral surge um fenômeno grave. Aproveitando-se talvez daquele desânimo geral, surgiram alguns fatos e, fundamentalmente, surgiu um fenômeno que deflagrou a Segunda Guerra, o Nazismo.

A Segunda Grande Guerra, deflagrada em 1939 e que durou até 1945, não teria sido exatamente uma continuação da anterior – a Primeira Guerra foi marcada pelo sentimento de imperialismo voltado a expansão territorial, a reafirmação do poder e do prestígio estatal e pelos mercados competitivos. A Segunda Grande Guerra, diferentemente da Primeira, foi fundamentada em uma ideologia étnica que acarretou a perseguição e, por consequência, a morte de dezenas de milhares de judeus, em um holocausto de quase uma raça inteira nos diversos campos de concentração espalhados por toda Alemanha, devido a uma ditadura, uma concepção totalitária que pregava a idolatria por um homem e a um estado sem fundamento moral e ético.

Esse segundo acontecimento, que culminou, em 1945 com o lançamento de duas bombas atômicas, uma na cidade de Hiroshima e outra em Nagasaki, no Japão, demonstra quão grande é a ganância e a vaidade dos seres humanos. A “humanidade, logo após a

³ Observa-se que no final da Primeira Guerra a Alemanha devolve os territórios da Alsácia e Lorena para a França, por força do Tratado de Versalhes, que encerrou definitivamente a Primeira Guerra Mundial e que teve como ponto principal as responsabilidades que a Alemanha deveria assumir em virtude de ter causado a guerra.

Segunda Guerra Mundial, tomou consciência, com natural assombro, de que passara a ter condições de autodestruir-se” (SANTOS, 2003, 143).

Por outro lado, este evento acabou por ter uma afirmação positiva de que

não podíamos aceitar essa aniquilação, não podíamos aceitar essa violência. E, antes mesmo que houvesse uma normalização, uma documentação mais ampla, criou-se por iniciativa da consciência universal um tribunal em Nuremberg, para julgar os crimes contra a humanidade (MONTORO, 2003, p. 38).

Foi neste contexto, que em 1948, proclamou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos que afirmou um valor moral e ético a todos os seres humanos, sendo este valor representado pelo respeito à dignidade individual de cada um.

Poderíamos abordar muitos outros acontecimentos, que atingiram a humanidade durante toda sua história, antes ou depois de Cristo. Acontecimentos que se não causaram morte, disseminaram o horror e o medo em diversas partes do globo terrestre. Escravidão. Perseguições. O reconhecimento da propriedade privada, o reconhecimento dos mais diversos direitos individuais e sociais. A tentativa de se implantar a cultura do poder soberano pelas diversas nações, no qual o mundo globalizado encontra-se, e o constante conflito relacionado a ideologias fundamentalistas disseminam uma cultura de morte em pleno século XXI.

Preocupados com o clima de terror implantado pelos homens e considerando que haveria de se reconhecer direitos mínimos para a humanidade, alicerçados em dignidade e no desafio de enfrentar os conflitos por meio de uma cultura de paz é que muitos documentos foram produzidos pelos povos de toda humanidade, nos quais se evidencia uma luta interminável pela paz entre os homens. A luta por uma cultura que dissemine a paz. Onde haverá de imperar a solidariedade, o amor ao próximo, o respeito às diferenças étnicas, religiosas, culturais. Onde se busque a essência dos seres e o cuidado com o meio onde vivemos. Para Ihering:

Todas as grandes conquistas que a história do direito revela – a abolição da escravatura, a servidão pessoal, a liberdade de aquisição da propriedade imóvel, a liberdade de profissão e de culto, só foram conseguidas após lutas renhidas e contínuas, que duraram séculos.

Por vezes, são torrentes de sangue, derramado pelos direitos subjetivos calcados aos pés, as marcas que assinalam o caminho trilhado pelo direito, na busca dessas conquistas... (IHERING, 2004, 32).

Eis o desafio da contemporaneidade tardia ou, talvez, da *transmodernidade*⁴, da era da tecnologia, da superficialidade e do consumo exagerado, da era do descarte: desatarmos as

⁴⁴ “Quanto ao conceito de transmodernidade nuclear, no presente ensaio, ela se distingue da modernidade e da pós-modernidade na medida em que alude à mesma pós-modernidade, mas entendendo-a inicialmente como fase de transição para um futuro que ainda não se acha definido, mas que desde logo envolve aspectos que levam a uma superação dos velhos paradigmas de comportamento individual e coletivo e dos modelos de saber que já haviam consolidado como algo produzido pela modernidade, para finalmente entender-se, como

amarras do egoísmo, da ganância, da superficialidade, da falta de ética e atarmos os laços da fraternidade entre as pessoas e os povos, para que possamos aceitar e reconhecer novos direitos que a todo o momento surgem, tanto individualmente quanto coletivamente, pois para Ihering “o nascimento do direito, assim como o nascimento do homem, é sempre acompanhado das violentas dores do parto” (IHERING, 2004, p. 35). Montoro (2003, p. 39) esclarece que “pretendeu-se construir um mundo sem ética, sem respeito à pessoa humana, e as conseqüências foram trágicas”.

Dentre os principais órgãos criados e que demonstram uma grande preocupação para com a luta em aceitar e reconhecer direitos, especialmente os novos direitos e que, também objetivam proteger a humanidade de suas próprias ações, destacam-se a fundação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919 e a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e os principais documentos que se relacionam com esse contexto – ou seja, que demonstram a necessidade de se estabelecer e criar uma cultura da paz globalizada –, são Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Político, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção de Genebra, Carta da Organização Mundial do Trabalho.

1.2 A evolução dos novos direitos no âmbito do direito doméstico

Num âmbito mais restrito, em se tratando de direito doméstico, diga-se interno, podemos afirmar que a Constituição Federal de 1988, com suas emendas, demonstra ser uma conquista que legitimou muitos novos direitos. O Estado Democrático de Direito, no qual nos inserimos, *per si*, foi uma luta para ser conquistado e, com ele, legitimamos diversos direitos individuais e coletivos, direitos chamados de primeira, segunda, terceira geração, muitos dos quais, antes mesmo de serem declarados constitucionalmente eram reconhecidos como direitos naturais próprios da humanidade e não só dos brasileiros conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos expõe.

O que dizer sobre os ideais da Revolução Francesa, do século XVIII quanto a dignidade, a liberdade, a igualdade? Precisavam ser declarados pela Constituição brasileira para ser efetivados legitimamente? Desnecessário seria se, como direitos naturais que são, tivessem sido respeitados pela forma de Estado imposta anteriormente, por uma ditadura getuliana que acarretou tortura de todo tipo, prisões ilegais, desaparecimentos e mortes de

antecipação de um futuro que, antes vivenciado na ficção, nas profecias, conjeturas e utopias, já se apresenta como definitivo a catalisar as energias da humanidade” (COELHO, 2001, p. 33).

centenas de pessoas, dentre elas muitos profissionais liberais, professores, artistas, jornalistas e tantos outros inocentes, pelos quais, até hoje, suas famílias sofrem, agonizam a dor de não saberem o que lhes aconteceu. Um sistema político que implantou a cultura do terror, da opressão e censura.

Desta maneira concluímos que a Constituição em nada exagerou quando afirmou tantos direitos, de forma tão detalhada e significativa. Uma verdadeira “constituição cidadã” como é conhecida entre o nosso povo.

É com este espírito protetor que reconhecemos, domesticamente, tantos novos direitos, tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, os direitos sociais dentre outros e, que conferimos aos nossos tribunais a possibilidade de inovarem ao reconhecerem muitos outros novos direitos, como por exemplo, o Supremo Tribunal Federal o fez ao reconhecer o Direito Homoafetivo, considerando que temos o direito de amar independentemente da condição sexual, além de, constantemente estar em suas pautas, temas polêmicos como aborto de fetos anencéfalos, a demarcação reserva Raposa Serra do Sol, fim do nepotismo, algemas, cotas, ficha suja, células tronco, greve de servidores, fidelidade partidária, questões relacionadas às drogas, e muitos outros assuntos do interesse do povo serão objeto de análise pela Corte Suprema Brasileira.

Devemos lembrar que estamos no século XXI, e aprender a dissociar lei de direito.

Se for direito, se estamos amparados legalmente pela Carta Magna, se for para promover uma cultura de paz e solidariedade entre os homens, devemos continuar a seguir as linhas traçadas por Ihering, em sua Luta pelo Direito para que possamos bravamente assegurar novos direitos que não estão prescritos nas leis, mas que se relacionam aos brasileiros como um povo que compõe uma nação, aos grupos vulneráveis e também as minorias e que refletem quem somos, como nos posicionamos diante dos desafios relativos a dignidade humana na pós modernidade ou como dito por Coelho (2001, p. 33) na transmodernidade.

Esperamos que nossos tribunais continuem esta árdua, porém belíssima tarefa de assegurar novos direitos ao nosso povo, transformando a nossa sociedade cada vez mais pluralista, justa e solidária.

1.3 Ihering e o senso de justiça.

O questionamento de Ihering sobre “até que ponto nosso direito atual, ou, mais exatamente, o direito romano de nossos dias, o único que me sinto capaz de avaliar,

corresponde às exigências até agora mencionadas?” (2004, p. 85), naquele momento, diga-se, época da publicação da primeira edição – 1872, o autor responde negativamente e explica que o direito, ideologicamente, “está bem aquém das exigências legítimas de um senso de justiça sadio [...] no dano causado ao direito, vê não só uma agressão ao objeto, como também à própria pessoa” (IHERING, 2004, p. 85).

É nesta perspectiva que podemos dizer que atualmente, na contemporaneidade tardia, o direito também continua aquém dos anseios sociais, travando imensas batalhas para ser reconhecido.

Se imaginarmos que toda afronta a direito implicaria dois resultados: a reparação do objeto ou do dano propriamente dito e a reparação da pessoa titular do direito, concluiríamos que esses resultados consubstanciam-se, na maioria das vezes, na materialidade, ou seja, no valor do objeto e sua reparação pecuniária.

O senso de justiça de Ihering esta relacionado com a forma de um povo administrar as ofensas relativas ao ser individual ou ao coletivo, fundamentado em sua cultura, história e até mesmo os aspectos políticos, contrapondo-se ou não em relação as injustiças da vida cotidiana.

Para tanto retrata de forma magnífica a desconfiança difícil de ser vencida quando o ofendido em seu direito é uma pessoa simples ou de poucos conhecimentos, para o qual o elemento cultural, o caráter individual e o tipo de trabalho exercido são fatores determinantes, uma vez que quanto mais frágil for o conhecimento do indivíduo, mais difícil se torna estabelecer uma relação de confiança para com a justiça:

Essa desconfiança é mais difícil de ser vencida quando se trata de um camponês. O chamado espírito de competição, de que o camponês costuma ser acusado, é a resultante de dois traços que lhe são inerentes, a saber, forte sentimento de propriedade, para não dizer, de ganância, e visível desconfiança. (IHERING, 2004, p. 46).

Ihering, na sequência, explica que:

Precisamente o forte sentimento de propriedade é que torna mais aguda a dor resultante da lesão a esse bem e, por esse motivo, a reação é mais violenta. O sentimento de competitividade do camponês é o próprio sentimento de propriedade, misturado à desconfiança, fenômeno semelhante ao do ciúme, e, como este, voltando-se contra si mesmo, acaba destruindo aquilo que pretende proteger. (IHERING, 2004, p. 46-47).

Segundo o texto do autor, o camponês sempre “via nos conflitos jurídicos uma intenção maldosa” (IHERING, 2004, p. 47), pois “o sentimento de justiça ofendido não se contenta com a mera restauração do direito violado” (IHERING, 2004, p. 47).

Outra situação retratada por Ihering é o caso do herdeiro de uma pessoa devedora e do comerciante que possui direito ao crédito.

Se o herdeiro de uma pessoa que me deve (mutuário) ignorar a existência da dívida e pretender que eu prove o fato para pagar-me, o direito confere-me uma *condictio ex mutuo*, que poderei empregar contra esse herdeiro devedor, que, cinicamente, quer negar o empréstimo ou se recusa a restituí-lo, infundadamente, o que me leva a julgar a conduta de um e outro, diversamente, e de orientar-me segundo essa condição. (IHERING, 2004, p. 48).

Para o autor, o herdeiro do devedor seria um “ladrão, já que procura, conscientemente, privar-me do que é meu, carregando consigo a injustiça que se volta contra o direito” (IHERING, 2004, p. 48).

O autor também esclarece que esse mesmo “herdeiro do devedor equivaleria ao possuidor de boa fé, em relação ao que me pertence, pois, por um lado, aceita a regra de que o devedor é obrigado a pagar, e, por outro lado, põe em dúvida o fato de que sou o credor e ele, devedor.” (IHERING, 2004, p. 48).

Outro exemplo que Ihering nos faz refletir é o caso da ofensa à honra dos militares de maior hierarquia. O “oficial que não reage diante de ofensa à sua honra incompatibiliza-se com toda a corporação a que pertence e não mais pode ocupar seu cargo, pela simples razão de que a defesa a honra é o dever máximo de todos” (IHERING, 2004, p. 49).

Verifica-se que existe uma grande diferença entre o camponês e o oficial militar. Para o camponês o seu “trabalho e propriedade constituem a honra” (IHERING, 2004, p. 50). Já o militar, por estar vinculado a uma corporação, possui o dever de “afirmação de coragem pessoal, não poderá, de modo algum, admitir a covardia de um de seus membros, sem se aviltar” (IHERING, 2004, p.49).

Desta maneira Ihering conclui que “aquilo que para o oficial é a honra, para o camponês é a propriedade, para o comerciante é o crédito” (IHERING, 2004, p.51).

Assim, percebe-se a veracidade da afirmação de Ihering quanto ao fato de que o “sentido de justiça apresenta diversos graus” (IHERING, 2004, p.51) e como esse sentimento se altera “conforme a classe social e a profissão” (IHERING, 2004, p 51) de cada homem e que “aquele que defende seu direito defende princípios morais” (IHERING, 2004, p.51).

Voltando ao questionamento inicial sobre como os novos direitos têm sido legitimados no ordenamento jurídico brasileiro? Quais os mecanismos existentes para que o ordenamento jurídico assegure os novos direitos quando houver omissão legislativa? Qual o trabalho dos nossos tribunais em face aos novos direitos?

Podemos responder que Ihering, demonstra é que a construção legislativa daquela época e, a da atualidade, é realizada segundo o senso de justiça social, que considera as diversas instituições e o seu momento histórico. Porém, a técnica legislativa atual, nem sempre atende com perfeição as necessidades da sociedade.

Esse fenômeno, de que a produção legislativa nem sempre atende aos anseios sociais, é verificado desde os tempos mais remotos da história do direito, perpassando pela história dos povos antigos, como os Hebreus, que receberam de Deus as leis, muitas das quais fazemos uso na atualidade, como os dez mandamentos que “Moisés deu ao povo de Israel a lei de Deus, com os seus mandamentos, ordens e ensinamentos.” (BÍBLIA, Deuteronômio, 4: 44). Verifica-se que havia necessidade de uma lei divina para fazer com que as pessoas daquela época respeitassem uns aos outros. Obviamente que a lei divina surge posteriormente aos inúmeros fatos que lhe deram origem. Cumpre ressaltar que o direito naquela ocasião se confunde com religião.

Assim, é de rigor, admitir que a produção jurisprudencial, muitas vezes poderá estar à frente da própria legislação, sendo, portanto legítima as diversas manifestações dos tribunais quanto aos novos direitos.

Ademais a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), em seu art. 4º prevê que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Vê-se, assim, que o juiz, mesmo nos casos em que não houver legislação sobre o caso deverá emitir sua sentença e o comando legal acima invoca lhe fornece critérios objetivos a serem observados.

Neste contexto o Supremo Tribunal Federal exerce, como assinalado anteriormente, função de extrema importância para o reconhecimento e legitimação de direitos que ainda não estão previstos no ordenamento legislativo, especialmente no que toca aos novos direitos, pois sobre estes assuntos é comum não haver legislação como, por exemplo, as lesões causadas por meio da *internet*.

O avanço tecnológico foi e está ocorrendo rapidamente e o direito ainda não possui leis para a criminalização de muitas ações que lesam direitos individuais e coletivos por meio da rede mundial de computadores e nem por isso os tribunais, poderão se isentar do julgamento, pelo contrário, deverão sentenciar os inúmeros casos de novos direitos utilizando a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Assim, que é dever de toda pessoa individualmente, assim como da sociedade, dos grupos vulneráveis, lutarem pelos seus direitos – individuais ou coletivos –, lutarem pelos

“novos” direitos e não desistir jamais, pois esta árdua luta retrata a forma com que a sociedade defende seus princípios e valores.

A um povo, que tenta defender seu direito, por menor que seja, ninguém tentará tirar o que ele tiver de mais valioso, de modo que não é por acaso que o mesmo povo da Antiguidade, que, no âmbito interno, teve o mais alto desenvolvimento político e, no exterior, o maior desdobramento de força, teve, ao mesmo tempo, o direito privado mais aperfeiçoado (IHERING, 2004, p. 80).

A teoria de Ihering é plenamente aplicável a contemporaneidade tardia, especialmente aos novos direitos que surgem em todas as partes do globo terrestre, pois a evolução jurídica depende da evolução das sociedades e cabe a esta direcionar quais são os direitos que precisarão ser legitimados e defendidos pelo Estado.

CONCLUSÕES

1. A primeira e mais importante conclusão sobre o estudo realizado é que os ensinamentos de Ihering, de 1872, são aplicáveis ao direito brasileiro atual.
2. Após a Primeira e a Segunda Grande Guerra Mundial houve uma preocupação internacional com a legitimação dos direitos humanos o que originou a Declaração Universal de Direitos dos Homens, em 1948.
3. O direito, ainda hoje, está aquém do ideal. Sua produção, ainda, não atende a evolução social e de um senso de justiça sadio que confere a cada pessoa o que é seu, nem mais nem menos.
4. O direito é um dos instrumentos de controle social, capaz de incentivar e estabelecer uma cultura voltada à paz, em virtude de seus fundamentos éticos e morais.
5. Um dos desafios da contemporaneidade tardia é estabelecer uma política voltada à fraternidade entre os homens e reconhecer os novos direitos que surgem em todas as partes do mundo.
6. Todo direito para ser legitimado juridicamente trava uma imensa luta pelo seu reconhecimento.
7. Toda afronta a direito implica na reparação do objeto e na reparação da pessoa titular do direito ofendido.
8. Para Ihering a justiça sadia observa a forma de um determinado povo administrar as ofensas a direito, considerando a sua cultura, história, aspectos sociais, políticos e até mesmo profissionais.

9. Os tribunais exercem trabalho de grande importância, por meio da produção jurisprudencial para a legitimação dos novos direitos.
10. Os juízes estão obrigados a decidir os casos, mesmo quando houver omissão legal, utilizando-se da analogia, costumes e princípios gerais do direito.

REFERÊNCIAS

- BÍBLIA SAGRADA.** São Paulo: Paulinas editora, 2005. (Deuteronômio p. 218; Esdras p. 565-567).
Deuteronômio, cap. 4: 44 pág. 218.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm, Acesso em: 30 de março de 2012.
- COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro: transmodernidade, direito e utopia.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. p. 33-84.
- _____. **Aulas de introdução ao direito.** Barueri: Manole, 2004. 435 p.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma.** São Paulo: Martin Claret, 2009. 413p.
- GRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Romano moderno.** 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 348p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Os 50 anos da declaração universal dos direitos do homem e do nascimento de um novo direito. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.); BUENO, Roberto (Org.). **50 anos de Direitos Humanos.** São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2003. P. 69-83
- HOBBSAWM, Eric J. **A era dos impérios: 1875-1914.** 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 417-451.
- IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito.** 4.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. 101p.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 24. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997. 620p.
- _____. A Cultura dos direitos humanos: importância da declaração dos direitos do homem no século XX. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.); BUENO, Roberto (Org.). **50 anos de Direitos Humanos.** São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2003. p. 37-46.
- PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 247p.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27 ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2009. 391p.
- SANTOS, Paulo de Tarso. Globalização e direitos humanos. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.); BUENO, Roberto (Org.). **50 anos de Direitos Humanos.** São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2003. p. 143-148.

SÓFOCLES. **Antígona**. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2011. p. 79-142.

WOLKMER, Antonio Carlos. O Direito nas sociedades primitivas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos da História do Direito**. 5. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2010. p. 01-13.