

A DOGMÁTICA JURÍDICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Jhering, Rudolf von (1818-1892)

A dogmática jurídica / Rudolf von Jhering; [tradução: José Ignacio Coelho Mendes Neto]. – 1ª ed. – São Paulo: Ícone, 2013. – (Coleção fundamentos do direito).

Título original: *La dogmática jurídica*.

ISBN 978-85-274-1233-9

1. Direito – Filosofia. 2. Direito – História. 3. Direito – Teoria. I. Título. II. Série

13-03176

CDD-340.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito: Teoria

340.11

RUDOLF VON JHERING



A DOGMÁTICA
JURÍDICA



COLEÇÃO FUNDAMENTOS DO DIREITO

1ª EDIÇÃO
BRASIL – 2013

 **icone**
editora

The logo for Icone Editora, featuring a stylized, bold letter 'I' that forms a vertical bar on the left and a horizontal bar at the top, with the word 'icone' in a bold, lowercase sans-serif font to its right, and the word 'editora' in a smaller, lowercase sans-serif font below it.

© Copyright da tradução – 2013.
Ícone Editora Ltda.

Coleção Fundamentos do Direito

Conselho editorial

Cláudio Gastão Junqueira de Castro
Diamantino Fernandes Trindade
Dorival Bonora Jr.
José Luiz Del Roio
Marcio Pugliesi
Marcos Del Roio
Neusa Dal Ri
Tereza Isenburg
Ursulino dos Santos Isidoro
Vinícius Cavalari

Título original

La dogmática jurídica

Tradução e revisão técnica

José Ignacio Coelho Mendes Neto

Revisão

Saulo C. Rêgo Barros
Juliana Biggi

Design gráfico, capa e miolo

Richard Veiga

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, de qualquer forma ou meio eletrônico, mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, sem permissão expressa do editor. (Lei nº 9.610/98)

Todos os direitos de tradução reservados para:

ÍCONE EDITORA LTDA.

Rua Anhanguera, 56 – Barra Funda

CEP: 01135-000 – São Paulo/SP

Fone/Fax.: (11) 3392-7771

www.iconeeditora.com.br

iconevendas@iconeeditora.com.br



COLEÇÃO FUNDAMENTOS DO DIREITO

RUDOLF VON JHERING
A DOGMÁTICA
JURÍDICA



Tradução de *La dogmática jurídica*,
de Rudolf von Jhering (1818-1892).

Tradução do espanhol por José Ignacio Coelho Mendes Neto a partir da 2ª edição castelhana da Editorial Losada (Buenos Aires, 1946) da tradução de Enrique Príncipe y Satorres, feita a partir da 1ª edição alemã (*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1883).



{ Nota explicativa }

O presente texto é composto de excertos do tratado maior de Jhering, do qual se retiraram as numerosas menções ao direito romano que constituem a maior parte da obra. O texto assim enxugado corresponde à teoria geral do direito de Jhering. Foram mantidas nesta tradução as numerações de títulos, capítulos, seções e parágrafos a fim de permitir citações corretas e o cotejo com o original.

{ Sumário }

TÍTULO II **MÉTODO DA EXPOSIÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO, 11**

CAPÍTULO PRIMEIRO

CONDIÇÕES CONTIDAS NA NATUREZA DO DIREITO, 13

Anatomia do organismo do direito. – Elementos que o compõem. – Regras, noções, instituições jurídicas. – Organização psíquica do direito. – Diferença entre o direito objetivo e seu conhecimento subjetivo. – (Elementos latentes do direito.) – Missão da ciência, **13**

Fisiologia do organismo jurídico. – Suas funções na vida. – Realizabilidade formal do direito. – Missão do historiador na presença do direito do passado, **35**

CAPÍTULO SEGUNDO

CONDIÇÕES CONTIDAS NA NOÇÃO DE HISTÓRIA, 45

Distinção dos fatos não essenciais. – Conexões internas dos fatos e do tempo. – Cronologia interna ou determinação absoluta e relativa do tempo segundo os critérios internos, **45**

I. Homogeneidade do movimento histórico, **51**

II. Simultaneidade do movimento histórico, **67**



TÍTULO III

TÉCNICA DO DIREITO ANTIGO, 67

CAPÍTULO PRIMEIRO

NOÇÃO DA TÉCNICA EM GERAL, 69

SEÇÃO PRIMEIRA. Apreciações contrárias que desta ideia formam o jurista e as pessoas em geral, **69**

Exatidão e necessidade dessa diferente apreciação. – Apologia da jurisprudência. – Suposto caráter natural desta ideia para o vulgo. – A razão natural humana sem a experiência. – Influência e valor desta última. – A jurisprudência é um precipitado da razão natural humana em matéria de direito, **69**

SEÇÃO SEGUNDA. Teoria da Técnica Jurídica, **82**

A. Objeto da técnica e meios de alcançá-lo em geral, **82**

Realização do direito. – Problema e meios de resolvê-lo, especialmente a técnica. – Os dois interesses técnicos. – Praticabilidade do direito, **82**

B. As três operações fundamentais da técnica jurídica, **92**

1. Análise jurídica (alfabeto do direito).

Os elementos simples do direito. – Abstração e especificação. – Surgimento histórico do abstrato no concreto (pontos de invasão; extensão por analogia). – Letras do direito. – Comparação do alfabeto do direito com o da linguagem, **92**

2. Concentração lógica.

Possibilidade de concentrar a matéria. – O centro lógico e a periferia. – Amplitude do princípio na forma histórica de uma exceção, **109**

3. Construção jurídica.

História natural do direito. – Corpos jurídicos. – Descrição geral. – Produção deles para a construção jurídica. – As três leis desta última (positiva, lógica e estética). – Valor técnico do método da história natural, **114**

{ Título II }

**MÉTODO DA EXPOSIÇÃO
HISTÓRICA DO DIREITO**



CAPÍTULO PRIMEIRO

CONDIÇÕES CONTIDAS NA NATUREZA DO DIREITO



Anatomia do organismo do direito. – Elementos que o compõem. – Regras, noções, instituições jurídicas. – Organização psíquica do direito. – Diferença entre o direito objetivo e seu conhecimento subjetivo. – (Elementos latentes do direito.) – Missão da ciência.



3. O direito, segundo a ideia que se tem dele atualmente, é um organismo objetivo da liberdade humana. Já não se diz, como se acreditou em outros tempos, que ele é um conjunto de disposições arbitrárias que deve sua origem ao pensamento do legislador, mas sim que é, ao contrário, como o idioma de um povo, produto interno e ordenado da história. A intenção e o cálculo humano contribuem, sem dúvida, para formá-lo, mas uma e outra *encontram* em quantidade maior do que *criam*, porque não depende deles o nascimento e a formação das relações sobre



as quais se funda a vida da espécie humana. O direito e suas instituições surgem por estímulo dessa vida, que é quem conserva sua incessante atividade exterior. Disso decorre que a forma que o caráter do povo e toda a sua maneira de ser imprimem ao direito antecede todo pensamento e toda vontade legisladora, de modo que esta não pode tocar aquela sem ser anulada na sua tentativa. Da mesma forma, quando contemplamos a história da formação do direito, vemo-la desenvolvendo-se constantemente sob a perpétua influência do caráter, do grau de civilização, das relações materiais e das vicissitudes do povo. Diante das possantes forças históricas que a regem, a cooperação da razão humana, querendo criar em vez de permanecer como instrumento, reduz-se a nada.

O direito, como criação real objetiva, tal como se manifesta a nós na forma e no movimento da vida e das relações exteriores, pode ser considerado um organismo, e devemos colocá-lo nesse grau para fazer dele um estudo completo. Valendo-nos dessa imagem, reconhecemos ao direito todos os atributos de um produto natural: unidade na multiplicidade, individualidade, crescimento, etc. Essa comparação, as expressões “orgânico”, “desenvolvimento natural”, etc., hoje estão muito na moda; mas com frequência não passam de uma pomposa fachada, uma profissão de fé inútil, que se põe no começo de uma obra e depois não é mais lembrada.

Todo organismo pode ser considerado de um ponto de vista duplo: anatômico e fisiológico. O primeiro tem por objeto elementos desse organismo e sua ação recíproca, ou seja, sua estrutura; o segundo, suas funções. Vamos considerar o direito por esse duplo aspecto¹ e ocuparmo-nos agora da sua estrutura.

1 Depois de publicada a primeira edição desta obra, encontrei uma passagem de Bentham que considera o direito de maneira análoga. Essa passagem encontra-se no *Traité de législation* de Jeremy Bentham, edição de Dumont, Paris, 1802, p. 23. Ele diz: “Não foi nos livros de direito que encontrei os meios de invenção e os modelos de método. Eles encontram-se, na verdade,

O organismo do direito, como qualquer outro, compõe-se de diversas partes. Quanto mais nobres e delicadas elas se apresentam na sua organização, menos se manifestam exteriormente e mais tarda o homem em ter consciência delas. O mesmo ocorre com o direito de todos os povos: o conhecimento de sua organização, penetrando cada vez mais na natureza íntima das coisas, foi difícil e penoso de adquirir. Expressar o resultado das ideias adquiridas, ou *formular o direito*, é fruto dessa atividade aplicada ao conhecimento jurídico, atividade que é, em parte, obra do povo que traduz na forma de adágios as leis que encontrou na prática, em parte também obra do legislador, que expressa e sanciona o direito que já existe na forma de sentimento ou direito consuetudinário, e finalmente da doutrina e da prática, que estudam e dão a conhecer as disposições e consequências do direito vigente. Combinada essa tripla ação, obtém-se o conhecimento do direito, e fica ela regida pela regra indicada anteriormente, segundo a qual se adquire pouco a pouco a indagação da natureza íntima das coisas, que de início só se percebe superficialmente. Vamos demonstrá-lo e, seguindo o espírito humano na sua tarefa, daremos a conhecer a escala da organização do direito.

O que o espírito humano percebe em primeiro lugar são as partes mais salientes, externas e práticas, aquelas cuja ação deve impressioná-lo mais diretamente: *as regras do direito*. O espírito vê algo que acontece e que se repete constantemente, sente que isso que se repete deve acontecer, traduz essa necessidade em palavras e assim nascem essas regras. Mas como são distantes da realidade da qual foram tiradas! Como é grosseira e incompleta a imagem que nos dão! Assemelham-se aos primeiros ensaios

nas obras de metafísica, de física, de história natural, de medicina. Fiquei surpreso lendo em alguns dos tratados modernos dessa ciência as classificações das moléstias e dos remédios. Não se poderia aceitar a mesma ordem na legislação? O corpo político não poderia ter sua *anatomia*, sua *fisiologia* e sua *matéria médica*? O que encontrei em Triboniano, Cocceji, Blackstone, Vattel, Pothier, Domat, é bem pouco: Hume, Helvétius, Lineu, Bergmann, Cullen foram-me muito mais úteis”.

plásticos de um povo; e da mesma maneira que não se poderia deduzir deles que os homens e animais daquela época se parecessem com representações tão imperfeitas, do mesmo modo não se deve admitir que o conjunto das regras jurídicas do período da infância de um país oferece uma imagem fiel do seu direito. Esses ensaios não são mais que contornos grosseiros destinados a serem supridos e completados pelo aspecto geral da vida. Entre eles e o direito tal como de fato se aplica existe, do ponto de vista da qualidade e também da quantidade, a maior dissemelhança.

Não será um tanto arriscada essa afirmação? Como podemos saber, de fato, que o direito teve outra extensão e outra maneira de ser além da que denotam as regras que foram conservadas? A resposta é simples. Para reproduzir exatamente um objeto é necessário uma dupla qualidade: representá-lo e traduzi-lo fielmente, ou, em outros termos, *o dom da observação e o talento da representação*. É preciso, pois, no que concerne ao direito, que aquele que o expõe saiba encontrar sua verdadeira quintessência sob a embalagem multifacetada das relações concretas da vida, da qual se deve extrair a regra. Na natureza exterior que nos rodeia, passamos todos os dias sem perceber ao lado de fenômenos importantes, sendo o acaso, com frequência, que atrai sobre eles a atenção do observador e leva-o a descobertas interessantes. O mesmo ocorre no mundo moral, embora em grau superior, porque nesse campo nada se percebe senão com os olhos da inteligência.

Amiúde encontramos-nos diante de uma organização determinada; estamos tão acostumados a vê-la repetir-se uniformemente que nunca nos perguntamos até que ponto sua ordem é puramente *artificial e acidental* ou *jurídica e necessária*. Se por acaso alguém perturbar essa ordem, nossa atenção desperta e tratamos de investigar como e por que ela foi estabelecida. Formular a pergunta é quase resolvê-la, tanto é que o conhecimento do mundo moral deve, de certo modo, ao imprevisto as suas

mais ricas verdades. Num grande número de casos, a solução foi menos laboriosa que a formulação. A ciência, que não queria interrogar antes de ter uma resposta bem clara a emitir, viu que o acaso estabelecia com simplicidade as perguntas que ela tentava em vão resolver.

Dissemos que o conhecimento do direito se adquire pensamente e com lentidão. Muitas coisas escapam à visão da ciência, mesmo que ela tenha chegado ao período de maturidade. Assim, por maior que tenha sido a habilidade dos jurisconsultos clássicos de Roma, existiam na sua época regras de direito que permaneceram ocultas a eles e que foram dadas a conhecer pela primeira vez graças aos estudos da jurisprudência atual: essas eu chamo de regras latentes do direito. Mas não é possível que não as possuíssem, dir-nos-ão, objetando que, para aplicar essas regras, eles tinham que conhecê-las. Contudo, para responder, podemos considerar o que ocorre com as leis da linguagem. Milhares de pessoas aplicam todos os dias essas leis das quais jamais ouviram falar e das quais mesmo o sábio nem sempre tem plena consciência, mas aquilo que falta ao entendimento é suprido pelo instinto gramatical².

2 Não posso deixar de mencionar aqui a observação feita por um linguista, cujos trabalhos terei que utilizar com frequência no curso desta obra – Pott, *Etymologische Forschungen (Investigações etimológicas sobre as línguas indo-germânicas etc.)*, tomo I, 1833, p. 146: “Esta miopia, que permite ver, ainda que invertidos, os objetos distantes e não os mais próximos, manifesta-se no homem, sobretudo na ordem intelectual, quando se trata do conhecimento da língua materna. Para o estrangeiro está presente, à primeira vista, uma quantidade de singularidades que, precisamente por causa do costume, aquele que a fala desde a infância não nota nunca ou nota muito dificilmente. A atenção do primeiro é estimulada somente pela exterioridade, enquanto no segundo é a força de vontade que produz o desejo de observar. Disso decorre o fenômeno tão conhecido segundo o qual, via de regra, só se aprende a conhecer a fundo a língua materna depois de ter aprendido outras e é quase mais difícil fazer uma gramática da própria língua que de um idioma estrangeiro. O melhor linguista seria talvez o pior gramático, e vice-versa. Resulta daí que devemos combater a mania daqueles que consideram absolutamente sagrada a autoridade de um gramático nacional. Mas existem ignorantes dessa espécie e,

Portanto, o descobrimento das regras de direito existentes tem por base o dom de observar, faculdade mais ou menos desenvolvida segundo a diversidade dos tempos e dos indivíduos, e que depende do grau de cultura intelectual do observador. Por conseguinte, não somos injustos quando dizemos aos povos incultos e grosseiros: “não entendestes mais que uma parte muito pequena do mundo jurídico que vos rodeia, a outra escapa à vossa inteligência e reside apenas no vosso sentimento; viveis sob as relações jurídicas sem conhecer sua índole; operais segundo leis que nenhum de vós exprimiu; as regras de direito que conheceis não passam de rajadas soltas, clarões de luz distante que o mundo do direito real projeta sobre vosso entendimento”.

Também apontamos, como segunda qualidade necessária para estabelecer as regras do direito, a *faculdade de formulá-las* ou a capacidade de dar às regras descobertas a expressão que convém. Essa qualidade supõe o conhecimento exato delas, mas isso apenas não basta. Muitas noções aparecem claras e distintas à nossa inteligência e, mesmo assim, só conseguimos traduzi-las com palavras de modo incompleto. Qualquer direito, mesmo o mais perfeito relativamente, nos oferece exemplos de fórmulas falsas, isto é, erros que residem não nas disposições mesmas, mas na maneira de expressá-las, o que prova a grande dificuldade que oferece a operação de que tratamos aqui³.

Se em épocas de grande desenvolvimento intelectual nem sempre se conseguiu dar uma fórmula exata a qualquer regra jurídica, quantas dificuldades não terá uma geração menos acostumada com o trabalho mental? Nesse ponto, que grande diferença não existe, por conseguinte, entre o direito real e o

por mais que os afugentemos a pauladas, eles voltam à carga”. Se, em vez de língua e gramático nacional, escrevermos direito e jurisconsulto nacionais, *nomine mutato narratur fabula de te*.

3 Observação feita com muita frequência pelos jurisconsultos romanos. Ver, por exemplo, L. 1, L. 202 de R. J. (50, 17), L. 32 pr. de usur. (22, 1), L. 1 pr. de reg. cat. (34, 7).