UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

HENRIQUE SAGEBIN BORDINI

A CONTROVÉRSIA EHRLICH-KELSEN ACERCA DA CIÊNCIA DO DIREITO

Porto Alegre
2017

HENRIQUE SAGEBIN BORDINI

A CONTROVÉRSIA EHRLICH-KELSEN ACERCA DA CIÊNCIA DO DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Lucas Pizzolatto Konzen

Porto Alegre

2017

HENRIQUE SAGEBIN BORDINI

A CONTROVÉRSIA EHRLICH-KELSEN ACERCA DA CIÊNCIA DO DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em _____

BANCA EXAMINADORA:

_____

Professor Dr. Lucas Pizzolatto Konzen (Orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

_____

Professor Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

_____

Professor Dr. Luís Fernando Barzotto
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Porto Alegre

2017

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado aos professores Luiz Carlos Bombassaro e José Carlos Baracat Júnior. Cada um me apontou, à sua maneira, os caminhos que podiam e podem ser seguidos: de onde quer que eu parta, aonde quer que eu chegue.

AGRADECIMENTOS

À minha família, que sempre esteve do meu lado oferecendo estímulo e apoio incondicionais, me instigando o prazer pela busca do conhecimento e me estendendo o abraço nas horas leves e pesadas, sendo sempre meu modelo a ser seguido: Thays, Jorge, Helena, Gabriela e, principalmente, Maria da Glória, uma das mestras maiores, que revisou meu esboço de tradução.

À Débora Smith Sander, minha namorada e muito mais que isso, a quem eu devo as horas felizes e toda força que precisei nas horas difíceis. Companheira de madrugadas de TCC e de aprendizados, mudando-me a cada dia, tornou-me mais confiante através de seus questionamentos e de seu carinho. Por tudo o que fizemos, fazemos e faremos juntos.

À Raíssa Nothaft e ao Bruno Gomes Guimarães, minha irmã e irmão - nunca entendi se mais novos ou mais velhos - que ficaram do meu lado todas as vezes que eu fraquejei. Ao Tiago Tresoldi, companheiro de copo e de clássicos. Ao Giuliano Proença, o domador da língua alemã. Ao Carlos Fernando de Quadros e Eduardo Holderle Peruzzo, que, mesmo não sabendo, me inspiraram a ir atrás do conhecimento desde o princípio. Ao Maciel Goelzer, sempre presente para me mostrar a beleza que nos cerca. Ao Marcelo Scalabrin, sempre presente para me ensinar a partir do que nos cerca. Ao Grand's Bar e ao Café Cartum, por todo o apoio intelectual que seus frequentadores me proporcionaram: Gui, Jota, Guiga, Iami, Igor e Maurício; estes dois últimos, desde o ensino fundamental. À Mari Vivian, a grande amiga que a Faculdade de Direito me proporcionou. À Vivian Smith, pela paciência e pelo apoio. Ao Fernando Dias.

Aos Baby Budas, que me salvaram da cafonice incentivando-me a desviar o olhar da Faculdade de Direito para o mundo em volta: Henrique Cardoni, Humberto Mohr, Henrique Richter, Juann Acosta, Gabriela Belnhak, Pedro Petracco e, principalmente, ao Bruno Cardoni Ruffier, maior companheiro que encontrei nesses anos de graduação.

Ao Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade, cujas contribuições para esta pesquisa foram de grande ajuda. Queria agradecer principalmente às pesquisadoras Marjorie Renner e Roberta Pamplona, que sempre me apoiaram e me toleraram em meus momentos de dúvida. Devo-lhes muito pela camaradagem.

Ao professor Marcos Maliska, que conheci em 2015. Pesquisador e entusiasta de Ehrlich, me acolheu de braços abertos e compartilhou comigo o seu entusiasmo, me incentivando a seguir neste trabalho. Ao professor René Gertz, tradutor da obra de Ehrlich, que gentilmente me recebeu em sua casa e me sanou todas e quaisquer dúvidas possíveis sobre o ofício da tradução e as traduções de Eugen Ehrlich.

Finalmente, devo muitos agradecimentos ao meu orientador, Lucas P. Konzen, que sempre demonstrou confiança em mim, estimulando-me em todas as vezes que o ânimo me deixava para trás. Se esse trabalho se concretizou, foi unicamente por conta de seu apoio e orientação impecáveis, bem como por seus conhecimentos de métodos de pesquisa, que foram um dos aprendizados mais preciosos que tive na graduação.

Cada um lê com os olhos que tem
A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam
Leonardo Boff

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é elencar e examinar as principais divergências entre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen sobre o conceito de Ciência do Direito. Para tanto, é realizada uma descrição do panorama histórico-intelectual do Império Austro-Húngaro na virada do século XIX para o XX e uma análise dos pontos principais das obras desses ícones da história do pensamento jurídico. Tal análise apoia-se em uma tradução para o português do texto *Ciência do Direito e Sociologia do Direito: uma controvérsia* (*Rechtswissenschatf und Rechtssoziologie: eine Kontroverse*), em que Ehrlich e Kelsen discutem a natureza da sociologia do direito. Este estudo é parte do projeto coletivo do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade, que tem como finalidade estudar a identidade da sociologia do direito.

ABSTRACT

The aim of this study is to enumerate and examine the main unconformities between the ideas of Eugen Ehrlich and Hans Kelsen on the concept of Legal Science. To do so, it conducts an analysis of the Austro-Hungarian Empire historical and intellectual panorama in the turn of the nineteenth to the twentieth century and proposes a review of the main concepts in each of the authors' works. This study is supported by a translation for *Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie: eine Kontroverse*, in which both authors debated about the nature of Sociology of Law. This study is part of a collective research project of the *Law and Society Research Group*, which intents to investigate the identity of the Sociology of Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....11

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-INTELECTUAL.....15
2.1 A dogmática jurídica como ciência do direito.....15
2.2 O Império Austro-Húngaro na virada do século XIX para o século XX.....22

3 EUGEN EHRLICH: A SOCIOLOGIA DO DIREITO COMO CIÊNCIA.....26
3.1 A obra *Fundamentos da Sociologia do Direito*.....29
3.2 Os conceitos essenciais da obra de Ehrlich.....32

4 HANS KELSEN: CIÊNCIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO.....37
4.1 As críticas principais de Kelsen à obra de Ehrlich.....40
4.2 A resposta de Ehrlich às críticas de Kelsen.....62

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....66

REFERÊNCIAS.....68

APÊNDICE: TRADUÇÃO DE "CIÊNCIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO: UMA CONTROVÉRSIA" (1915 - 1917).....73

1 INTRODUÇÃO

Há uma conhecida parábola indiana que se espalhou por todo o subcontinente, sendo possível encontrar versões da mesma em diversas obras filosóficas e religiosas. A versão mais antiga que se conhece está no texto budista *Udāna* e desenrola-se na antiga cidade de *Sāvatthī*. Ela pode ser resumida da seguinte maneira: na época em que Buda ainda caminhava pela terra havia, nos arredores do templo de *Sāvatthī*, alguns sábios, cegos de nascença. Não conseguiam discutir e tampouco compartilhar ideias, apenas reiteravam a certeza de seus pontos de vista sobre verdades transcendentais. A arrogância dos mesmos começava a desviá-los da busca por sabedoria. O monarca de *Sāvatthī*, na tentativa de acabar com as disputas entre esses sábios, convocou-os ao palácio. Fez com que um servo levasse todos à presença de um elefante. O servo encostou a mão do primeiro sábio na orelha do animal e lhe disse: “Isto é um elefante”. Encostou a mão do segundo sábio em suas presas e lhe disse: “Isto é um elefante”. O terceiro tocou sua lateral; o quarto, sua cauda; o quinto, sua tromba. O rei aproximou-se dos sábios, perguntando-lhes: “Como é um elefante?”. “Parece um flabelo”, respondeu o sábio que tocara sua orelha. “Não! Parece-se com um arado!”, respondeu o sábio que tocara suas presas. O sábio que tocou sua lateral respondeu: “Parece uma muralha!”. “Parece uma corda”, falou o quarto; “Parece uma serpente”, respondeu o quinto. O rei deleitou-se com a disputa entre aqueles que estavam certos e errados ao mesmo tempo, dizendo: “Vocês que veem mais que qualquer outro, não conseguem enxergar uma mesma coisa. Mas é a mesma coisa, compreendida de jeitos diferentes”.

Nesse espírito, o presente trabalho analisa a disputa metodológica acerca do estudo científico do direito travada entre Eugen Ehrlich (1868-1922) e Hans Kelsen (1881-1973) no contexto austro-húngaro de princípios do século XX. Era uma época em que a ciência do direito então existente aparentava não conseguir mais dar respostas a diversos problemas que se levantavam. Frente a tal situação, ambos os intelectuais aqui estudados talvez tenham se comportado tal como os sábios cegos da parábola indiana: um tanto perplexos, tateavam o mesmo objeto, o direito, mas eram incapazes de enxergar uma mesma coisa.

Gestado em nível de iniciação científica ao longo de dois anos, este estudo está vinculado ao projeto de pesquisa coletivo A Sociologia do Direito em Busca de

uma Identidade: Debates Clássicos e Contemporâneos. Desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade (GPDS) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a coordenação do professor Lucas P. Konzen, o referido projeto de pesquisa investiga o desenvolvimento histórico da sociologia do direito e sua busca por uma identidade enquanto ciência social, visando compreender como se dá sua interação com a dogmática jurídica, o paradigma dominante no estudo do fenômeno jurídico ao longo do século XX.

O debate contemporâneo sobre a coexistência de tipos diversos de pesquisa acerca do fenômeno jurídico pode ser compreendido a partir da teoria dos paradigmas científicos de Thomas Kuhn. Este diz que “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma” (KUHN, 2013, p. 221).

Dois paradigmas dispõem acerca do fenômeno jurídico na atualidade e ora conflitam, ora se complementam: o paradigma dogmático e o paradigma sociojurídico. “O paradigma dogmático se configura assim, paulatinamente na Europa continental do Século XIX [...]” (ANDRADE, 1996, p. 24), vigorando posteriormente de modo hegemônico na cultura jurídica ocidental romano-germânica, principalmente no contexto europeu continental e latino-americano. Nesse paradigma converge uma série de matrizes e processos que edificam aquilo que viria a se tornar a denominada ciência do direito. Por isso, para Lucas Konzen (2010), o paradigma dogmático se desdobra em quatro traços fundamentais: o monismo jurídico, a racionalização técnico-formal da prática jurídico-científica, a busca da certeza e da segurança jurídica e a crença na unidade lógico-formal capaz de equilibrar antagonismos e harmonizar interesses.

Ainda que se possa elencar uma série de precursores[1] que tenham desafiado esses cânones de cientificidade desde a gênese desse paradigma, é somente na segunda metade do século XX que se testemunha o surgimento de um conjunto de iniciativas articuladas, que vem a se institucionalizar como comunidade científica efetivamente capaz de produzir e reproduzir conhecimentos jurídicos a partir de um paradigma diverso do dogmático. É na década de sessenta que desponta o

[1] Entre os precursores aos quais se faz referência enumeram-se aqueles intelectuais que desenvolvem uma abordagem contextualizada do direito pela ótica do conhecimento sociológico, afirma Konzen (2010). Incluem-se aí Marx, Durkheim, Weber e movimentos críticos de juristas que se deixaram influenciar pelo conhecimento sociológico, como, por exemplo, a jurisprudência sociológica e o realismo jurídico nos Estados Unidos, não esquecendo também a contribuição de antropólogos que estudaram as manifestações da juridicidade em culturas não ocidentais, refutando a premissa monista da dogmática jurídica.

movimento Direito e Sociedade que, promovendo a sociologia do direito enquanto disciplina, ergue-se em torno do paradigma sociojurídico como modelo de cientificidade e se manifesta na fundação de duas associações: o *Research Committee on Sociology of Law*, estabelecido na Europa, em 1962; e a *Law & Society Association*, constituída nos Estados Unidos, em 1964. Konzen (2010) elenca quatro traços fundamentais do paradigma sociojurídico: o pluralismo jurídico, a reconstrução da prática jurídico-científica, a busca por contribuir para a compreensão dos significados da justiça na sociedade e das condições necessárias para alcançá-la e a crença na importância de contextualizar socialmente o direito.

Um dos primeiros capítulos da história da sociologia do direito passa por um debate travado entre dois grandes intelectuais que buscaram compreender o fenômeno jurídico sob um viés científico: Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. O debate, publicado entre 1915 e 1917 no periódico *Arquivo para a Ciência e Política Social* (*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*), principia com uma crítica elaborada por Kelsen sobre a obra maior de Eugen Ehrlich, *Fundamentos da Sociologia do Direito*[2] (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*), publicada em 1913. A crítica de Kelsen é seguida de uma resposta de Ehrlich, sucedida por uma réplica de Kelsen, uma tréplica de Ehrlich e um epílogo de Kelsen. Este debate foi compilado e publicado posteriormente na Alemanha sob o título *Ciência do Direito e Sociologia do Direito: Uma Controvérsia* (*Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie: eine Kontroverse).* Dada a importância dessa controvérsia, que completa 100 anos em 2017, consta em anexo uma tradução inédita da mesma para o português a partir do original em alemão.

Dado o exposto, o presente trabalho ocupa-se da seguinte questão: considerando o debate entre 1915 e 1917, quais as principais diferenças entre as perspectivas de Eugen Ehrlich e Hans Kelsen acerca do que deveria ser a ciência do

---

[2] Em 03 de abril de 2017, o tradutor da versão brasileira de *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, o professor René Gertz, me recebeu gentilmente em sua casa para sanar algumas dúvidas acerca da terminologia empregada na tradução da obra em questão. Na ocasião, o professor me esclareceu que sua intenção original era traduzir a obra ao português pelo nome de *Fundamentação da Sociologia do Direito*, e não *Fundamentos*. *Grund* em alemão significa, em um sentido específico, base. Assim, *Grundlegen* pode ser traduzido por embasar ou fundamentar. Derivando, *Grundlegung* pode ser traduzido por fundamentação. O professor queria adotar o termo fundamentação para traduzir *Grundlegung*, assim como Leopoldo Holzbach ou Antônio Pinto de Carvalho o empregaram em suas traduções de *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de Immanuel Kant. Deixe-se, por isso, aqui esclarecido que o nome original do livro de Ehrlich em português deveria ser *Fundamentação da Sociologia do Direito*, sendo publicado como *Fundamentos da Sociologia do Direito* em busca de melhor retorno comercial.

direito? A escolha da pergunta se deu com o intuito de confrontar as ideias de um intelectual que é geralmente reconhecido como o precursor da sociologia do direito com a reação às mesmas por parte de outro intelectual, reconhecido como um dos maiores pensadores do positivismo jurídico. Assim, um estudo aprofundado dessa crítica pode contribuir para esclarecer como a sociologia do direito foi recebida como abordagem científica no momento de sua fundação por uma das vozes mais importantes da filosofia do direito no século XX.

A fim de possibilitar uma maior compreensão do conteúdo da controvérsia, o trabalho se inicia com uma contextualização histórico-intelectual. Há de se esclarecer o conceito de dogmática jurídica aqui referido, bem como a situação em que se encontrava o Império Austro-Húngaro, onde viviam ambos os pensadores. A seguir, será contextualizada a obra de Ehrlich, com a apresentação dos conceitos essenciais. Finalmente, será feita uma análise do conteúdo do debate, colocando-se lado a lado as visões extremamente antagônicas de Ehrlich e Kelsen acerca da metodologia científica adequada para a compreensão do mesmo objeto: o direito.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-INTELECTUAL

Uma vez que o presente trabalho lida com autores e ideias que vigoravam e se difundiam na virada do século XIX para o XX na Europa, alguns dos conceitos que são objeto de disputa entre Ehrlich e Kelsen podem ser apresentados não apenas pela produção acadêmica mais recente, mas também pela literatura de sua própria época, a fim de que possamos nos aproximar do horizonte semântico que os intelectuais tinham diante de si[3]. Além disso, é importante considerar o contexto espaço-temporal comum a ambos os debatedores, o Império Austro-Húngaro da *Belle Époque*.

2.1 A DOGMÁTICA JURÍDICA EM CONTEXTO

Inicialmente, cabe apontar aqui o que significava, à época, os conceitos de Ciência do Direito (*Rechtswissenschaft*) e Jurisprudência (*Jurisprudenz*). Theodor Sternberg, em sua obra *Teoria Geral do Direito* (*Allgemeine Rechtslehre*), refere que a Ciência do Direito é o conhecimento unificado sobre o direito. Este conhecimento, porém, se divide em um conhecimento prático e um conhecimento filosófico, isto é, saberes sobre o direito em um sentido estrito, concreto e em um sentido amplo, abstrato. A Jurisprudência é composta pelos saberes sobre o direito em sentido estrito e a Filosofia do Direito pelos saberes sobre o direito em sentido amplo (STERNBERG, 1904, p. 124-125). Assim, para alguns dos intelectuais do panorama germanófono, o termo Filosofia do Direito abrangia a dimensão abstrata do direito, seus fundamentos; e o termo Jurisprudência, seus elementos concretos. Era consequentemente possível, dado o panorama da época, que os juristas de então considerassem a Jurisprudência não como uma ciência de princípios universais, mas como algo limitado pelo tempo e pelo espaço. (GAREIS, 1911, p. 22). Parte da academia germanófona à época distinguiu, em termos similares, uma Jurisprudência Geral de uma Jurisprudência Particular, onde a Jurisprudência Geral representava a Filosofia do Direito, enquanto a Jurisprudência Particular lidava com a prática do direito em tempo e lugar específicos. De todo modo, “o uso alemão da Filosofia do Direito (...) subordina a filosofia à ciência” (KOCOUREK, 1911, p. 19).

---

[3] Tal ideia me foi gentilmente sugerida pelo professor Alfredo de Jesus Flores.

Para se referir a essa Ciência do Direito (*Rechtswissenschaft*), muitos estudos contemporâneos da Sociologia do Direito falam em um paradigma dogmático. O conceito de paradigma empregado por Kuhn (2013) é utilizado com o fim de compreender a ideia de ciência sob uma perspectiva histórica. Segundo Kuhn, a ciência não é caracterizada apenas pelo método, mas também pela existência de uma comunidade que reconheça mutuamente as realizações científicas de seus cientistas, suas descobertas, suas formulações. Em *A Estrutura das Revoluções Científicas*, ao definir o conceito de "ciência normal", o autor afirma que "Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior" (KUHN, 2013, p. 52). Historicamente, os cientistas que não contestam paradigmas o fazem "esquecendo disputas sobre os mais fundamentais conceitos e teorias em suas disciplinas para que possam estendê-los e refiná-los. Estes conceitos e teorias funcionam juntos como componentes de um paradigma (...)" (ROUSE, 2002, p. 103, tradução nossa).

Além disso, Kuhn chama de paradigma as realizações científicas que partilham duas características: a primeira é que as realizações científicas dos estudiosos tenham sido sem precedentes, a ponto de atrair um grupo duradouro de partidários, que assim se afastam de outras formas de atividades científicas dissimilares. A outra característica é a necessidade de as realizações científicas serem suficientemente abertas para que toda a espécie de problemas que venha a surgir possa ser resolvida pelo grupo de praticantes da ciência (cf. 2013, p. 52).

Essas realizações bem-sucedidas, que integram a constelação de crenças dos membros da comunidade, também se aplicam às comunidades de estudiosos do fenômeno jurídico. Uma série de intelectuais contemporâneos discorre sobre uma forma específica e tradicional de se estudar o Direito, a chamada Dogmática Jurídica (cf. AARNIO, 1986, p. 17; COTTERRELL, 2009, p. 78).

O pesquisador ou estudioso que se debruçar sobre o panorama intelectual e político da Europa Continental na virada do século XIX ao XX, principalmente na região circunscrita aos países germanófonos, irá se deparar com sistemas jurídicos extremamente sofisticados, frutos de um desenvolvimento conceitual cujas raízes brotaram na *Iurisprudentia* romana, passando pelas Universidades Medievais e seus glosadores, coroados com o advento do Racionalismo nos Século XVII e XVIII, segundo FERRAZ JÚNIOR (1980, p. 3). Tanto a Alemanha quanto o Império Austro-

Húngaro eram, às vésperas da primeira grande guerra, estados que ainda misturavam alguns resquícios aristocráticos com elementos liberais.

Para compreender essas estruturas políticas, é preciso voltar 500 anos, quando Luther pregou as 95 teses na Catedral de Wittenberg. “Com a Reforma, há uma cisão na Cosmovisão Ocidental. No mesmo espaço geográfico, encontram-se agora indivíduos com visões de mundo e valores diversos. Não há mais valores ‘objetivos’, que recebam a adesão generalizada” (BARZOTTO, 2007, p. 13).

A modernidade inaugura uma sociedade pluralista, onde os valores tornam-se objeto não mais de uma visão de universo imposta pela Igreja Católica, mas sim pela preferência subjetiva. Ao mesmo tempo que livre, está-se diante de uma insegurança na identificação de qual norma deveria ser seguida ou não; o estado moderno - em sua versão absolutista - surge com a função de fornecer um padrão objetivo de resolução de conflitos. (BARZOTTO, 2007, p. 14). Para sanar a insegurança causada por essa pluralidade de valores era necessário um padrão objetivo de resolução de conflitos, que estivesse acima da vontade subjetiva de cada indivíduo. Este padrão objetivo era a oferta do Estado Moderno Absolutista para a cultura ocidental: a lei. Evidentemente, a lei era a vontade do soberano. Esta, ainda que arbitrária, era o valor limitador das escolhas e atos dos indivíduos. É com a passagem para o Estado Liberal que o poder estatal se curva também ao Direito, representando, por isso, uma vitória dos valores da burguesia, que passava a proteger-se do poder ilimitado do Estado Absolutista (BARZOTTO, 2007, p. 15).

É nesse contexto que começa a ser gestado o paradigma dogmático. O paradigma dogmático é construído consoante a própria imagem compartilhada pelos juristas dogmáticos sobre o trabalho que realizam, o que evidencia, segundo Vera Andrade, a existência de um paradigma dogmático na Ciência do Direito (ANDRADE, 1996, p. 18). O paradigma dogmático apresenta as seguintes características: se identifica com a ideia de Ciência do Direito, tem por objeto o Direito Positivo vigente em um intervalo espaço-temporal específico, tem como tarefa imanente a “‘construção de um ‘sistema’ de conceitos elaborados a partir da ‘interpretação’ do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna” (ANDRADE, 1996, p.18).

Na execução de sua tarefa de elaborar o Direito vigente, a Dogmática Jurídica interpreta as normas jurídicas produzidas pelo legislador, explica a sua conexão interna, cria um sistema de teorias e conceitos, garantindo, em tese, a maior

uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais. Por isso, trata-se “de uma Ciência de ‘dever-ser’ (normativa), sistemática, descritiva, avalorativa (axiologicamente neutra) e prática” (ANDRADE, 1996, p.19). Esse paradigma dogmático reproduz a si próprio, se autorrepresentando como dotado de neutralidade normativa. É um *approach* específico ao estudo do Direito que circunscreve seu objeto a partir da adoção do método de análise a ser empregado. Essa escolha atende “a uma ideologia de base e direcionando-se para determinado fim ou função declarada” (ANDRADE, 1996, p. 20), uma ideologia que justifica o funcionamento do ofício jurídico. Se o “paradigma dogmático desenvolveu-se à sombra do Direito Privado, especialmente do Direito Civil e na esteira de uma tradição privatista” (ANDRADE 1996, p. 20), estendeu-se para o Direito Público; podendo-se, por isso, falar em Dogmáticas Jurídicas, enraizadas em um tronco comum.

A partir da análise histórica do pensamento jurídico ocidental, uma série de autores, como Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Enrique Zuleta Puceiro, por exemplo, identificou “três grandes tradições ou heranças jurídicas que constituíram a base sobre a qual se originou a Dogmática Jurídica, (...), no Século XIX: a herança jurisprudencial (romana), a herança exegética (medieval) e a herança sistemática (moderna)” (1996, p. 21).

O pensamento jurisprudencial romano nos legou o primeiro elemento que constitui o tripé de sustentação da Dogmática Jurídica. a *Iurisprudentia* “desenvolveu-se numa ordem jurídica que, na prática, correspondia apenas a um *quadro regulativo geral*” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 56), isso porque a legislação da época de se restringia a temas muito específicos. Como consequência, uma grande parte da realidade concreta era regida pelo Direito Pretoriano.

> (...) o Direito Pretoriano não era algo completo, uma vez que (...) representava apenas uma forma supletiva da ordem jurídica vigente: era criado *adjuvandi vel suplendi vel corrigendi juris civilis gratia* (para ajudar ou suprir ou corrigir o Direito Civil) (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 57)

Os conflitos na Roma antiga eram resolvidos por decisões de autoridade, baseadas em fórmulas doutrinárias genéricas. “O Direito assumiu o perfil de um programa decisório onde eram formuladas as condições para uma decisão correta” (ANDRADE, 1996, p. 31). As decisões vinham embasadas em uma série de regras, métodos de interpretação, princípios. A aplicação desses preceitos faz com que o

Direito não seja visto como um litígio entre seres humanos, “mas como uma ordem reguladora que seja dotada de validade para todos” (1996, p. 32). Assim, a jurisprudência romana se manifesta como um sistema prático de soluções: ela não apenas descreve e analisa, mas ela prescreve e age.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a outra herança que constitui o embasamento epistemológico da Dogmática Jurídica é a herança exegética, cujo cerne é jaz no Medievo. A cultura jurídica então desenvolvida nas universidades europeias. É nesse contexto que surge a escola dos glosadores. Diz FERRAZ JÚNIOR

> A ciência (europeia) do direito propriamente dita nasce em Bolonha no século XI. (...) O pensamento dogmático, em sentido estrito, pode ser localizado, em suas origens, nesse período. Seu desenvolvimento foi possível graças a uma resenha crítica dos digestos justinianeus, a *Littera Boloniensis*, os quais foram transformados em textos escolares do ensino na universidade (2003, p. 62)

Os glosadores tomavam os códices romanos como verdades das quais não se podia desviar. Havia, porém, muito espaço para ambiguidade na leitura dessas obras diante dos quase 600 anos que separam as codificações romanas da cultura universitária que viria a desenvolver a dogmática na península itálica. Por isso, baseados em um método de interpretação próprio (influenciado pelo “Trivium” romano), os Glosadores anotavam os códices romanos com a interpretação dos mesmos à sua realidade, com isso - através de uma interpretação signatária de um método específico - mantinham o texto original intocado. “Desde a Idade Média percebe-se que (...) o Direito adquire todavia uma dimensão sagrada transcendente com a sua cristianização, o que possibilita o aparecimento de um saber prudencial já com traços dogmáticos” (ANDRADE, 1996, p. 34).

A terceira e última herança que fundamenta a Dogmática Jurídica é a herança sistemática, que vê o Direito como uma ordenação racional. Esse enquadramento do fenômeno jurídico é uma manifestação do Jusnaturalismo racionalista moderno. A era do Direito Racional conecta o pensamento jurídico ao pensamento sistemático. FERRAZ JÚNIOR nos ensina que, durante o Renascimento, o fenômeno jurídico começa a perder o caráter de sacralidade de que estava revestido desde o advento do Direito Canônico.”E a dessacralização do direito significará a correspondente tecnicização do saber jurídico e a equivalente perda de seu caráter ético, que a Era

Medieval cultuara e conservara" (2003, p. 66). Esse contexto de superação de uma visão de mundo ocorre entre 1600 e 1800.

Os pensadores que interagiam com um contexto de sacralidade do texto de direito desenvolveram seus estudos e teorias no coração da Europa - principalmente na Itália e na França - em uma época e região em que o Catolicismo dava estabilidade para sua visão de mundo. Esta estabilidade foi rompida com a Reforma Protestante, Franz WIEACKER nos ensina que

> Uma ascensão mais rápida depois do fim do séc. XVII atesta, em contrapartida, que a cultura alemã estava mais segura de si e mais promissora depois da Guerra dos Trinta Anos do que nos meados do séc. XVI; então, no meio das catástrofes materiais, a rigidez paralisante dos confrontos desfez-se e preparou o advento de novas forças culturais e políticas (1980, p. 239).

Aos pensadores do Direito que assumem a tarefa intelectual de fundamentá-lo e continuá-lo depois do choque de visões de mundo pós-reforma, Wieacker chama de Juristas do *Usus Modernus*. FERRAZ JÚNIOR, por sua vez, nos esclarece que esses juristas não mais indagam acerca das relações morais do bem na vida, mas focam suas condições efetivas e racionais de sobrevivência. As necessidades surgidas de uma sociedade mais complexa clamam por soluções técnicas que embasarão o desenvolvimento de doutrinas jurídicas (2003, p. 66).

A sistematização do pensamento jurídico permitirá mais uma de suas metamorfoses. Assim,

> a teoria jurídica européia, até então conformada como uma teoria preponderantemente da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e o pensamento jurídico (1996, p. 35).

Com as informações presentes no quadro de linhas de fundamentação da Dogmática Jurídica, pode-se partir para compreender de que maneira o Positivismo atuará como matriz epistemológica do paradigma dogmático de Ciência Jurídica. ANDRADE nos esclarece que a concepção positivista de mundo não se define por um conjunto de leis absolutas e predeterminadas. Na verdade, os fatos estão no mundo, determinados. A função da ciência nesse contexto é descobrir as leis de manifestação do determinismo que vige na realidade (ANDRADE, 1996, p. 39; BLACKBURN, 1997, p. 304). Por isso, "a ênfase do positivismo recai, desta forma, sobre os métodos e regras de constituição do conhecimento (...)" (ANDRADE, 1996,

p. 40), dessa forma, a apresentação de uma ciência se dá pelos seus métodos e suas proposições.

É a Escola Histórica Alemã que primeiro recepciona a concepção positivista de Ciência, aplicando-a ao Direito. Orbitando ao redor das obras de seus representantes, mais notadamente nos capítulos sobre metodologia da obra “Sistema de Direito Romano atual” de Savigny e, conforme ANDRADE (1996, p. 42), no livro II do “Espírito do Direito Romano”, de Jhering. Para esses dois autores, o Direito não é reconhecível pelo seu conteúdo, mas sim pela forma que se manifesta na vida social.

A Ciência do Direito, porém, vem empenhada em uma função prática, que se ocupa da forma técnica da aplicação do Direito, “sua finalidade essencial é consolidar o princípio da certeza como base para a segurança do tráfego jurídico” (ANDRADE, 1996, p. 51). Para os fins deste estudo, cabe apontar que, dentre os diversos méritos da Escola Histórica, o que a faz pesar ainda hoje para o pensamento jurídico é a introdução no método jurídico de uma preocupação pelo rigor lógico e pelas construções abstratas de Sistemas. Contextualizando a situação intelectual que sucede a Escola Histórica e antecede o debate entre Ehrlich e Kelsen, FERRAZ JÚNIOR escreve que

> O sistema jurídico é necessariamente manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática, realizada pela dogmática, faz mister explicitar. Essa concepção de sistema, que informa marcantemente a Jurisprudência dos Conceitos, escola doutrinária que, na Alemanha, se seguiu à Escola Histórica, acentua-se e desenvolve-se com Puchta e sua pirâmide de conceitos, o qual enfatiza o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada (2003, p. 80).

E conclui

> Notamos, assim, que o desenvolvimento da dogmática no século XIX, em termos de sua função social, passa a atribuir a seus conceitos um caráter abstrato que lhe permite uma emancipação das necessidade cotidianas dos interesses em jogo. (...) Assim, no século XIX, a ciência dogmática instaura-se como uma abstração dupla: a própria sociedade, à medida que o sistema jurídico diferencia-se como tal de outros sistemas - do sistema político, do sistema religioso, do sistema social - *stricto sensu* - constitui, ao lado das normas, conceitos e regras para sua manipulação autônoma. Ora, isto (normas, conceitos e regras) passa a ser o material da ciência dogmática, que se transforma numa elaboração de um material abstrato, num grau de abstração ainda maior, (...); pois tudo aquilo que é direito passa a ser determinado a partir de suas próprias construções. (2003, p. 80-81).

Fica assim exposto que o desenvolvimento da dogmática jurídica marcou o contexto intelectual que formou Ehrlich e Kelsen. É em torno dessa abordagem do fenômeno jurídico que o debate intelectual entre os dois intelectuais ocorrerá.

2.2 O IMPÉRIO AUSTRO-HÚNGARO NA VIRADA DO SÉCULO XIX PARA O SÉCULO XX

Ambos os debatedores nasceram e se formaram no Império Austro-Húngaro, nação extremamente vasta localizada no coração da Europa e que trazia dentro de si uma pluralidade de etnias e costumes. Nesse sentido,

> ao contrário de outros Estados europeus, constituídos em torno de uma só nação e uma só língua, a monarquia dos Habsburgos era integrada por onze nacionalidades diferentes, as quais se somavam distintas etnias não reconhecidas como grupo nacional. Nele se uniam uma variedade de línguas e religiões, de formas de vida que destoavam entre si, indo da prática da agricultura preindustrial e a existência de uma cosmopolita burguesia liberal nos modernos centros urbanos de Viena, Praga e Budapeste. (MORENO MÍNGUEZ, 2015, p. 16, tradução nossa)

Em seu momento de maior extensão, às vésperas da Primeira Guerra Mundial, o Império Austro-Húngaro ia da fronteira com a Suíça, do Tirol austríaco no oeste, em Salzburg, até sua fronteira leste, com a cidade de Czernowitz, na Bukowina, berço de Ehrlich. Ao norte, a Bohemia, cuja capital, Praga, é a cidade natal de Kelsen, sendo limitada ao sul pela região então conhecida como Eslavônia, hoje Croácia. Sua população, no último senso antes da Primeira Guerra Mundial, aproximava-se dos cinquenta milhões de habitantes (MORENO MÍNGUEZ, 2015, p. 17; HEIMANN, 2006, p. 119). A data de nascimento do Império Austro-Húngaro pode ser fixada em Junho de 1867, quando Francisco José I, então Imperador da Áustria, selou um acordo com as elites Húngaras que após sucessivas revoltas conseguiram expandir sua autonomia administrativa e tributária (MORENO MÍNGUEZ, 2015, p. 16). Esse acordo, chamado *Ausgleich*, constituiu a passagem do Estado Absolutista Austríaco em Estado de Direito, “sustentado por leis fundamentais que limitavam a influência do Imperador e estabeleciam a existência do Parlamento como órgão legislador, ainda que grande parte do governo restasse na mão de ministros designados por Francisco José” (MORENO MÍNGUEZ, 2015, p. 17, tradução nossa).

O *Ausgleich* redefiniu o panorama político europeu, isso porque se tratava de um Estado que, contendo diversas etnias e populações locais, reconheceu duas elites administrativas soberanas: as minorias de língua alemã e húngara. Hobsbawn nos ensina que segunda metade do século XIX foi uma época de florescimento de ideologias nacionalistas. Por essa razão,

> a identificação em massa com a 'nação' certamente cresceu, e o problema político do nacionalismo tornou-se provavelmente mais difícil de controlar, tanto para os Estados quanto para os competidores não nacionalistas. Provavelmente, a maior parte dos observadores da cena europeia durante os primeiros anos da década de 1870 acreditou que, após o período da unificação da Itália e da Alemanha e do compromisso Austro-húngaro, o 'princípio da nacionalidade' se tornaria talvez menos explosivo do que havia sido. Mesmo as autoridades austríacas, quando lhes foi solicitada a inclusão de uma pergunta sobre a língua, em seu recenseamento (medida recomendada pelo Congresso Internacional de Estatística de 1873), não se negaram a fazê-lo, embora demonstrassem pouco entusiasmo. (HOBSBAWM, 2015, p. 228-29)

Um pouco antes da Primeira Grande Guerra e do desmembramento do Império Austro-Húngaro, popularizou-se pelo continente europeu a expressão "prisão de nações" (MÍNGUEZ, 2015, p. 16). Essa expressão refletia as constantes tensões com minorias étnicas dentro do Estado, privadas de seus direito culturais e políticos. Os conflitos com as elites marginalizadas das outras nacionalidades constituintes do Império desencadeou dois tipos de reação por parte de sua capital e centro, Viena: ou se conquistava pela força militar ou se conquistava pela força cultural. É nesse contexto, que em 4 de Outubro de 1875, durante uma onda liberalizante por parte do governo, foi fundada na cidade de Ehrlich, Czernowitz, a *Franz-Josephs-Universität* (hoje Universidade Nacional de Czernowitz), instituição da qual Ehrlich seria reitor (EPPINGER, 2009, p. 26).

Esse processo de integração cultural do Império Austro-Húngaro é essencial para que se compreenda o contexto em que Ehrlich estava inserido e fundamentando suas idéias sobre a discrepância entre registro normativo e registro descritivo (EPPINGER, 2009, p. 23). O Império trazia consigo uma desigualdade interna de difícil compreensão, isso certamente se refletiu em pensadores como Ehrlich. Sobre o contexto das fronteiras do mundo Europeu de então, esclarece Hobsbawm o seguinte:

> Talvez os camponeses da Bukovina, no ponto mais remoto do nordeste do Império Habsburgo, ainda vivessem na Idade Média, mas sua capital, Czernowitz, abrigava uma universidade europeia ilustre e sua classe média

> judaica, emancipada e assimilada, era tudo, menos medieval." (HOBSBAWM, 2015, p. 35-36)

Todas as elites locais, em busca de formação, enviavam seus filhos para os grandes centros urbanos da nação. Tanto Ehrlich quanto Kelsen se formaram em Direito na Universidade de Viena. À diferença do primeiro, é que Kelsen, nascido em Praga, então grande centro urbano, teve toda a sua formação em Viena, cidade para a qual se mudou com sua família com apenas três anos de idade.

O cenário intelectual germanófono da época abrangia as diversas elites locais do Império. Utilizando o alemão como língua franca, havia uma forte integração do cenário acadêmico do Império Austro-Húngaro e com a Alemanha e Suíça. (LÜDERSSEN, 2003, p. 4). Nesse contexto, circulavam entre os estudiosos de língua alemã diversos periódicos científicos. O debate que aqui se apresenta foi publicado nos volumes 39 (de 1915), 41 (de 1916) e 42 (de 1917) do *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (em tradução, *Arquivo para Ciência Social e Política Social*). Editado por Edgar Jaffé, Werner Sombart e Max Weber, o periódico distinguiu-se em sua época pela publicação de alguns ensaios e livros que possuem importância acadêmica e intelectual até hoje, como por exemplo *a Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, do próprio Weber (publicada em parte no ano de 1904, no vigésimo volume do periódico), a *Crítica da Violência*, de Walter Benjamin (publicado em 1921, no volume 48), *o Conceito de Político*, de Carl Schmitt (publicado em 1927, no volume de número 58) entre outros.

O desfecho histórico que culminou com a Primeira Guerra Mundial já foi explicado como consequência da incapacidade administrativa de Viena na lide com a pluralidade de nações que integravam seu Império. (EPPINGER, 2009, p. 45). Com o assassinato do Arquiduque Francisco Ferdinando em Sarajevo por Gavrilo Princip, integrante da organização nacionalista sérvia Mão Negra, tem-se o início da Primeira Guerra Mundial que seguirá com o posterior desmembramento do Império. Carl SCHORSKE (1981, p. 320) exemplifica alguns nomes que sintetizam a riqueza do cenário intelectual da época: Sigmund Freud, Ludwig Wittgenstein, Mariane Beth, Gustav Klimt, Joseph Schumpeter, Arthur Schnitzler e Hans Kelsen. É, porém, na periferia do Império que nasce e se cria o primeiro dos debatedores aqui apresentados.

3 EUGEN EHRLICH: A SOCIOLOGIA DO DIREITO COMO CIÊNCIA

Eugen Ehrlich nasceu em Czernowitz, capital de província da Bukowina, fronteira leste do Império Austro-Húngaro, no ano de 1862. Realizou diversas viagens pelo Império durante seus anos de formação, dominando até o final de sua vida cerca de 11 idiomas. Tendo estudado Direito em Sambor, na província da Galícia, e em Viena, doutorou-se no ano de 1894 e foi nomeado *Privatdozent* para Direito Romano na mesma universidade (MALISKA, 2015, p. 22). Sua livre-docência versa sobre a declaração tácita de vontade. No ano de 1896 foi nomeado professor extraordinário de Direito Romano na Universidade de sua cidade, passando ao cargo de ordinário em 1899, tornando-se reitor da mesma entre os anos de 1906 e 1907. Nos anos finais de sua vida dedicou-se ao estudo de lingüística e direito comparados, dominando também Economia, Sociologia e História (REHBINDER, 1962, p. 614)

Em um artigo comemorativo aos cem anos do nascimento do autor, Manfred Rehbinder considera central associar os traços característicos de seu trabalho com sua posição no Império Austro-Húngaro de então. Em sua cidade natal, onde passou seus anos de formação, conviviam cerca de nove nacionalidades: Armênios, Alemães, Romenos, Russos, Eslovacos, Ucranianos, Húngaros, Poloneses e Ciganos. Tendo como língua materna o Polonês, Ehrlich, filho de um advogado, desde jovem aproximou-se da elite administrativa da cidade. Por pressão paterna, dominou e empregou o Alemão como língua de trabalho. Como Rehbinder enfatiza, Ehrlich conduziu algumas pesquisas empíricas quanto à aplicação efetiva do código civil austríaco na Bukovina. Com os resultados desse trabalho, organizou no semestre de inverno de 1909/1910 um “Seminário para o Direito Vivo”. Com o posterior desmembramento do Império Austro-Húngaro e a anexação da Bukovina pela Romênia, Ehrlich - associado à antiga elite alemã da cidade - foi destituído de seu cargo de professor. (REHBINDER, 1962, p. 3).

Apesar de ignorado por boa parte do cenário acadêmico germanófono, Ehrlich vislumbrou certa recepção de sua obra nos Estados Unidos, tendo influenciado notadamente o pensamento jurídico de Roscoe Pound, outrora reitor da Universidade de Harvard (NIMAGA, 2009, p. 158). O mesmo recebeu a obra de Ehrlich com entusiasmo nos Estados Unidos, então uma nação também periférica. O texto de Ehrlich “*Montesquieu and Sociological Jurisprudence*” foi publicado

originalmente em Inglês em uma coletânea da Universidade de Harvard sobre filosofia do Direito, o que - segundo Pound - prova a proficiência do autor na língua inglesa (POUND, 1922, p. 2). Pound teve um papel importante na divulgação da obra de Ehrlich, uma vez que em 1936, 14 anos após a morte deste, encomendou a tradução da obra Fundamentos da Sociologia do Direito (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*) para a língua inglesa, divulgando-o para aquele país. No ano de 2009, o instituto internacional para Sociologia do Direito em Oñati publicou o livro *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*, publicação integrada por grandes estudiosos de Sociologia do Direito hoje em dia, responsável por colocar o nome desse autor novamente em primeiro plano nos estudos da área.

Um dos principais pesquisadores sobre Eugen Ehrlich, Manfred Rehbinder, considerava essencial o posicionamento geográfico de Ehrlich para a compreensão de sua Sociologia do Direito (REHBINDER, 1962, p.2). Roger COTTERRELL oferece uma interpretação do pensamento de Ehrlich em consonância com Rehbinder, dizendo que

> a Sociologia do Direito de Ehrlich não deve ser vista como um produto da marginalidade, mas deve ser vista em termos de uma dialética ou interação entre marginalidade e centralidade, o que reflete tanto a situação pessoal e profissional de Ehrlich e a estratégia consistente de sua Sociologia do Direito (COTTERRELL, 2009, p. 76, tradução nossa)

A Sociologia do Direito de Ehrlich, já em sua própria época, é essencial para o estudo da dinâmica do direito, suas metamorfoses e sua efetividade. Sua obra abre a discussão de distinção entre os pontos de vista interno (normativo) e externo (comportamental) do direito. Por isso mesmo “Ehrlich buscava salvar a cultura jurídica dela mesma - de sua estreiteza intelectual e delírios de auto-suficiência como uma ciência do Direito - explicando sociologicamente o lugar dessa cultura na sociedade” (COTTERRELL, 2009, p. 75, tradução nossa).

O pensamento de Ehrlich desnuda a fragilidade do pensamento jurídico de sua época, particularmente suscetível à ideia de que há um centro fixo no direito, havendo por isso uma periferia claramente estabelecida pela experiência e teoria jurídicas dogmáticas. O trabalho ehrlichiano é importante pelo fato de denunciar e demonstrar a falsidade de qualquer reificação das dicotomias centro/periferia e interior/exterior no que é ensinado nas faculdades de direito. Direito Vivo, ou o direito experimentado pelos cidadãos, não seria direito pela perspectiva de um jurista, como

Cotterrell claramente mostra. Por estes, aquele seria no máximo considerado uma norma social não-jurídica. (COTTERRELL, 2009, p. 79-80).

Olhando os fatos biográficos acima expostos, principalmente os que ilustram o final da vida de Ehrlich, no entardecer da Europa do entre-guerras, afirma Cotterrell ser possível constatar que este advogara em prol de uma cultura transnacional. Ehrlich, como judeu, tendo sofrido a mesma perseguição que todos os seus no Império Austro-Húngaro antes da primeira guerra, via uma clara saída à questão do anti-semitismo: a existência de uma identidade transnacional, para além de qualquer delimitação étnica ou religiosa (COTTERRELL, 2009, p. 82) Ainda que tal corrente de pensamento tenha representado uma vã crítica à cultura dominante de então, ela é essencial para a compreensão das idéias do autor, uma vez que sua proposta de ciência do direito transcendia um dos pilares que a dogmática firmou para a mesma: a nação. Uma ciência do direito com um escopo de aplicabilidade tão vasto quanto um império. O mero contexto biográfico do autor o protege de uma das maiores críticas a ele endereçadas; sua perspectiva intelectual não se coloca *contra* o direito estatal (como se a periferia estivesse desafiando jurídica e politicamente o centro), mas clama por uma maior autoconsciência do poder estatal, com o fim de garantir a sobrevivência deste. (COTTERRELL, 2009, p. 84).

Hobsbawm ensina que “a ‘Questão Oriental’ era um ponto conhecido da pauta da diplomacia internacional, e embora tivesse gerado crises internacionais sucessivas durante um século (...) nunca escapara totalmente de controle” (HOBSBAWM, 2015, p. 461). Ehrlich juntou-se ao grupo de intelectuais austro-húngaros que defendia a existência de uma cultura imperial, em seu sentido transnacional. E esse comprometimento é uma das chaves para a compreensão de seu projeto intelectual. Retomando Cotterrell “uma ciência do direito ‘livre de limites nacionais’ (...) promete retornos abundantes” (2009, p. 82, tradução nossa). A preocupação primordial de Ehrlich não diz respeito ao contraste, por ele arquitetado, entre a *letra da lei* (ou, à moda de Pound, *law in books*) e o direito na prática, mas previne acerca da existência de uma variedade de direitos e a interação existente entre os mesmo, destacando - é claro - o fato de que os juristas se ocupam dos primeiros apenas. É nesse contexto que Ehrlich vai escrever e publicar a sua obra mais relevante, posteriormente criticada por Kelsen, o *Fundamentos da Sociologia do Direito*.

Franz NEUMANN, em uma das mais interessantes resenhas escritas sobre a tradução em inglês da referida obra, observa o contexto em que a Sociologia do Direito de Ehrlich foi criada: enquanto a Alemanha, até a Primeira Guerra Mundial, vinha em um ciclo histórico de progresso contínuo o Império Austro-Húngaro se via incapaz de controlar as diversas minorias étnicas que o constituíam. As faculdades de Direito da Alemanha como um todo e, em particular, a de Viena tinham como objetivo maior formar os funcionários que iriam administrar e tornar possível a continuidade do progresso do Estado; não havia espaço, por isso, para pensar contrariamente ao Direito, ele tinha a função de fazer o Estado funcionar. O que se vê nas cidades não-centrais do Império Austro-Húngaro é o choque entre o Direito do Estado e a realidade concreta. (NEUMANN, 1938, p. 2) É por essa razão que o *Fundamentos da Sociologia do Direito*, de Ehrlich, surge na periferia do Império Austro-Húngaro, de uma interação entre centro e periferia, conforme aponta Cotterrell. É inserido nesse contexto que Ehrlich vai publicar a obra em que expõe todas as contradições que acredita ver na Ciência do Direito de sua época.

3.1 A OBRA *FUNDAMENTOS DA SOCIOLOGIA DO DIREITO*

Em 1913, às vésperas da Primeira Guerra Mundial, era publicado em Leipzig pela editora Duncker & Humblot o livro Fundamentos da Sociologia do Direito (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*). Obra que, segundo Roscoe Pound (1922, p. 130), juntamente com *a* Lógica dos Juristas, de 1918, constitui o cerne de seu pensamento. De fato, o livro discorre sobre uma gama de extensa de assuntos: vai do conceito prático de direito às noções de organização Social e sua ordem interna; fatos de direito e normas de decisão; a relação entre Estado e Direito e a formação e construção do preceito Jurídico; aborda a natureza das jurisprudências romana, inglesa e, analisando a teoria do direito consuetudinário, nos explicita finalmente os métodos da sociologia do direito. Todos esses corpos do universo de Ehrlich giram em torno do lema exposto no prefácio de seu livro, lema esse, como nota Cotterrell, que resume a sua Sociologia do Direito:

> Afirma-se com frequência, que deve ser possível resumir o sentido de um livro em uma única frase. Caso o presente devesse ser submetido a tal prova, a frase seria mais ou menos esta: também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade. Talvez se

> resuma nesta frase o sentido de todo o fundamento de uma sociologia do direito. (EHRLICH, 1986, p. 7)

A crítica levantada acerca da assistematicidade de Fundamentos da Sociologia do Direito não é gratuita. De fato, o livro raramente apresenta de forma clara e unificada os conceitos que fundamentam a sociologia do direito do autor, as ideias são trazidas e deixadas para trás sem uma lógica interna consistente. Conceitos apresentados em um capítulo são reformulados nos seguintes. Como um todo, a obra aparenta ser mais um conjunto de ensaios que o embasamento de uma nova ciência, como Kelsen bem apontou (Apêndice, p. 8).

Sua estrutura, porém, não a invalida. Ehrlich, tendo a pretensão de criar uma nova ciência do direito, vê-se obrigado a revisar boa parte da lógica do direito europeu que o antecede, por essa razão lança mão de uma metodologia própria, que centra boa parte da compreensão do fenômeno jurídico na observação da vida social e na análise da história (EHRLICH, 1986, p. 370-71). Assim, esse jurista formado na tradição dogmática, no alvorecer do século XX, encontra certos obstáculos para dominar as idéias apresentadas, principalmente a que diz que o direito é mais amplo e vasto que o direito estatal.

No ano de 1938, vinte e quatro anos após a publicação de *Fundamentos da Sociologia do Direito*, Gerhart Husserl, então professor da Universidade de Washington, resume em resenha da tradução para o inglês do livro de Ehrlich que o mesmo defende o ponto de vista de que a técnica jurídica do direito continental - conforme manifestado nos códigos, nos estatutos e na literatura jurídica - não conseguia mais suprir as demandas da vida social de então. O ano de publicação do livro, 1913, encerra um ciclo de desenvolvimento técnico vertiginoso da Europa que teve início em 1789, tendo o século XIX como centro, afirma HUSSERL (1938, p. 339-40). Ehrlich estava entre os intelectuais que perceberam a alteração da ordem econômica, social e política que se deu no final desse período, antecedendo a Primeira Guerra Mundial - assim como a falência do modelo de Estado então vigente - exigia uma igual reformulação do Direito, que se opunha à onipotência da legislação. O resenhista, por isso mesmo, interessou-se pela obra de Ehrlich, propondo até uma ordem de leitura alternativa do *Fundamentos da Sociologia do Direito* a fim de sanar o problema da falta de um sistema.

O resenhista aponta a importância que o livro teria para a época em que sua tradução era publicada nos Estados Unidos, no ano de 1936:

> Em numerosos escritos, sendo o mais importante este livro de que estamos tratando, Ehrlich tomou o ponto de vista de que a técnica jurídica do Direito Continental, conforme manifesto em seus códigos, estatutos e literatura jurídica, é incapaz de lidar com as necessidades da vida social contemporânea. O surgimento de novas forças sociais requer o estabelecimento de uma ordem social diferente, baseada sobre uma nova ideia de direito (HUSSERL, 1938, p. 340, *tradução nossa*).

Gerhart Husserl, autor do comentário, era parente de Edmund Husserl, o criador da Fenomenologia: um homem que sentiu em sua carreira os efeitos de um Estado totalitário onde o Direito não encontra mais a realidade. É curioso notar que, de algumas das resenhas da edição norte-americana do livro de Ehrlich, as mais positivas são aquelas de judeus refugiados dos regimes europeus[4] de então, principalmente Franz Neumann e Gerhart Husserl. Escrevendo em uma época que antecede brevemente uma Guerra mundial, é difícil não perceber uma similaridade de crise entre a época e o local em que Ehrlich escreveu e a época e o local que seu livro estava sendo traduzido:

> Eu dificilmente preciso chamar a atenção do leitor para a acentuada similitude que existe entre algumas das teses fundamentais de Ehrlich e as tendências recentes no campo da Jurisprudência Americana, que são coletivamente conhecidas como realismo legal. Nós encontramos em ambos os casos uma forte reação contra a atitude intelectual e individualista do século XIX. (HUSSERL, 1938, p. 340, tradução nossa).

Talvez por conta da similaridade de tempos de crise em que se encontravam, a tradução da obra de Ehrlich recebeu um número razoável de resenhas à sua versão americana. Como afirma COTTERRELL em nota de rodapé, a resenha de Husserl é dentre todas a mais original (2009, p. 85). Preocupado com a recepção da obra, HUSSERL (1938, p. 2) elencou entre os principais conceitos presente no livro de Ehrlich: associação (*Verband*), regras do agir social (*Gesellschaftlichen Regeln des Handelns*), fatos de direito (*Tatsachen des Rechts*), normas jurídicas (*Rechtsnormen*), *preceitos jurídicos* (*Rechtsätze*), *normas de decisão* (*Entscheidungsnormen*). Estes conceitos são exatamente os mesmo discutidos por Kelsen, por isso merecem uma maior atenção.

---

[4] Muitos intelectuais judeus fugindo dos regimes totalitários europeus já estavam estabelecidos nos Estados Unidos quando a obra de Ehrlich foi traduzida para o inglês, em 1936. Essa é uma das razões que justificam a presença de um número considerável de resenhas sobre a obra em Journals norte-americanos entre 1936 e 1938. Curiosamente, com exceção de POUND, a maior parte dos resenhistas tinha o alemão como língua materna. Dentre as resenhas, as de maior destaque são as de Franz NEUMANN (1937), Sidney Post SIMPSON (1937) e Gerhart HUSSERL (1938). O polêmico artigo de Nicolas Sergeyevitch TIMASCHEFF, *What is Sociology of Law* (1938), também aborda a obra de Ehrlich.

3.2 OS CONCEITOS ESSENCIAIS DA OBRA DE EHRLICH

Primeiramente, para EHRLICH (1986, p. 27) a sociedade é o um conjunto de organizações ou associações humanas inter-relacionadas. De uma associação de moradores em Casca/RS à comunidade supranacional regida pelo direito internacional, passando pelo Estado; de países unidos por laços econômicos, políticos e culturais a uma igreja pentecostal de bairro; de grandes partidos políticos à organização da Kartoffelfest em Santa Maria do Herval, todos esses círculos intercruzados, incluindo aí as famílias, formam uma sociedade à medida que se constata uma interação entre *associações*.

A *associação* é "uma pluralidade de seres humanos que em seu relacionamento mútuo reconhecem algumas regras de conduta como determinantes para o seu agir e em geral, de fato, agem de acordo com elas" (EHRLICH, 1986, p. 37). O conceito então proposto abarcaria todos os padrões de relações sociais relativamente estáveis: de relações contratuais, famílias, organizações políticas ou religiosas, corporações, classes sociais e profissões a até mesmo Estados e Nações. Alguns autores posteriores, como o próprio Husserl (1938, p. 10) ou Franz Neumann (1937, p. 2), o criticariam pela sua vagueza, uma vez que a noção desempenha um papel central na obra de Ehrlich (COTTERRELL, 2009, p. 89). Todas as associações, porém, têm algo em comum: organização. "É através da organização que o grupo humano se transforma em associação" (EHRLICH, 1986, p. 70). A organização necessita, por sua vez, de regras para indicar aos seus membros qual a sua posição e papel dentro dela. Ehrlich as chama de *regras do agir social*.

As *Regras do Agir Social* - ou regras de conduta - regem o comportamento dos que integram as associações, pois são por eles reconhecidas como determinantes da conduta interna. "Estas regras são de diversos tipos e recebem nomes diversificados: há regras do direito, da moral, da religião, do costume, da honra, do bom comportamento, da moda" (EHRLICH, 1986, p. 37). Fundamentando sua nova ciência do direito, Ehrlich parece tomar a *regra* como a unidade mínima de análise, isto é, a regra como uma entidade normativa indivisível. As regras são "realidades sociais, resultado das forças que agem numa sociedade e elas não podem ser abordadas fora do contexto da sociedade em que são vigentes. (...) Quanto à sua forma e seu conteúdo são normas, isto é, ordens e proibições

abstratas, referentes à convivência na associação e destinadas aos integrantes da associação.” (1986, p. 37).

Assim, a regra parece ser uma categoria geral, que se divide entre duas subcategorias: as regras do agir social, que se voltam à convivência dos homens, possuindo normas como conteúdo e forma; mas também regras que não dizem respeito à convivência dos homens, e neste ponto, curiosamente, Ehrlich afirma que estas, por sua vez, não são normas sociais, e cita como exemplo as regras linguísticas e de higiene. A leitura do *Fundamentos da Sociologia do Direito* não deixa exatamente claro onde as normas sociais se diferencia das regras. O autor apresenta a *norma jurídica* como “apenas umas das regras do agir e neste sentido se assemelha a todas as outras regras sociais” (1986, p. 38). Por isso, nem todas as associações são determinadas por normas jurídicas; apenas aquelas cuja ordem repousa sobre normas jurídicas é que se relacionam com o direito - e estas associações devem ser estudadas pela sociologia do direito. As regras do direito, em um primeiro momento, não estão obrigatoriamente ligadas ao Estado, mas à ordem interna das associações - o que pode embasar um conceito de direito. Caberia perguntar, apenas, qual o grau necessário de formalização e institucionalização para que essas regras sociais do agir possam ser reconhecidas teoricamente como direito (COTTERRELL, 2009, p. 89). Todas associações possuem uma ordem interna, mas esta torna-se mais clara em uma associação com caráter jurídico. A ordem interna é uma *regra do agir social* que indica a cada um dos integrantes da associação a sua posição de superior e/ou subordinado e sua tarefa. A questão então que se coloca é a seguinte: como caracterizar o elemento jurídico nessas associações? Ehrlich não oferece uma resposta clara, apresenta entretanto uma abordagem sociológica e uma abordagem psicológica para tentar esclarecer o que aufere juridicidade às normas, associações e regras.

O que confere juridicidade a uma norma é o sentimento (*Gefühlstöne*) que se tem diante de sua existência ou violação: “O que caracteriza a norma jurídica é o sentimento para o qual os juristas do direito comum [*continental*] acharam o significativo nome de *opinio necessitatis*. É por ele que se deve identificar a norma jurídica” (EHRLICH, 1986, p. 129). Ehrlich não nos esclarece o que deve ser compreendido por *Opinio Necessitatis*, um termo que - para VOGL (2009, p. 99) - significa o elemento psicológico do costume, o instinto de obediência das obrigações sociais. A questão da oposição da qualidade de jurídica ou extrajurídica de uma

associação, de uma regra, de um fato, de uma norma deveria ser explicada pela psicologia social. A estratégia psicológica é considerada um dos pontos fracos da fundamentação teórica do autor, que apenas se limita a reconhecer que “por mais difícil que seja traçar cientificamente os limites entre a norma jurídica e outros tipos de normas, na prática esta dificuldade raramente aparece” (1986, p. 129). A violação de uma norma jurídica geraria, porém, um maior sentimento de revolta que a violação de uma norma não-jurídica. Bart VAN KLINK, sintetiza que Ehrlich identificou três espécies de fontes de direito: o direito que deriva do Estado, presente nas leis e nos códigos; o direito dos juízes e dos juristas que o utilizam em um nível mais concreto, para decidir certas conflitos na sociedade; e, finalmente, os fatos de Direito (2009, p. 128). A estratégia sociológica diz respeito a estes *fatos de direito*,

Fatos de Direito são, para Ehrlich, fatos fundadores que o espírito humano associa com as regras de organização das associações sociais, que são aquelas regras do agir social internas que dispõem sobre a organização das mesmas: a posição e a função de cada integrante na sociedade. Ou seja, são relações sociais que são também relações de direito, sendo por isso fonte de ordem social, como nota VAN KLINK. É a partir destes fatos que tem início a exposição sobre a formalização do direito. Ehrlich afirma que “na base das concepções sempre estão fatos observáveis”, e uma vez que “Direito e relações jurídicas são uma coisa mental que não existe *(sic)* na realidade palpável e perceptível dos sentidos, mas somente na cabeça das pessoas”, o estudo de suas fontes não diz respeito a como as regras jurídicas que o juiz ou o funcionário devem aplicar se tornam determinante para eles mas sim às instituições jurídicas. “Quem quer determinar quais são as fontes do direito deve saber explicar como surgiram Estado, Igreja, família, propriedade, contrato, herança e como eles se modificam e evoluem através do tempo” (1986, p. 70). Talvez, uma definição mais condizente com o exposto na obra do autor seja a seguinte: *os fatos de direito* são as instituições reais que no decorrer do desenvolvimento histórico, conduzidas por processos sociais, se transformam em relações jurídicas. Ou seja, são os fenômenos que arquitetam a transição de uma norma social em norma jurídica. Justamente pela idéia de arquitetar essa transição, Kelsen dirá que o único fato de direito é o hábito. Ehrlich consegue reduzir tais fatos a apenas quatro: o hábito, a dominação, a posse e a declaração de vontade.

Condizente com Kelsen, Cotterrell acentua que o hábito é, na exposição de Ehrlich, o mais importante desses fatos (2009, p. 90), pois fundamenta todo o direito

consuetudinário. Relações de dominação e a posse fundamentam juridicamente quaisquer fenômenos econômicos de importância geral para a sociedade. A declaração de vontade é um fato de direito relevante apenas em dois formatos: o contrato e o testamento. A visão de Ehrlich é de que todo o direito resulta da ordem interna das associações sociais, que refletem diretamente nesses fatos. Agora, o ponto de onde o direito emerge das normas sociais não pode ser especificado com precisão. (2009, p. 80)

Para Ehrlich todo o direito é por assim dizer social, uma vez que só pode existir da interação humana. Utilizando esse divisor comum, pode-se entender por qual razão o seu ponto de partida para o direito é a ordem interna das associações. Como Maliska nos ensina

> O mundo da vida e também o direito não conhece o indivíduo desvinculado de seu contexto. Para o direito a pessoa individualmente considerada somente existe como membro de uma das várias associações em que se vê inserida ao longo de sua vida. (MALISKA, 2015 p. 85)

As regras que são criadas nas ordens sociais, como vimos anteriormente, são normas, quanto a sua forma e conteúdo. A ordem interna de uma associação é determinada por normas jurídicas. Assim “a diferença básica entre um preceito jurídico e uma norma jurídica é que o primeiro é a redação de uma determinação jurídica em uma lei ou código, e a segunda é a determinação jurídica transformada em ação.” (MALISKA, 2015, p. 87). Assim, o preceito jurídico emana do Estado por intermédio dos mecanismos formais de criação jurídica estatal. A Norma Jurídica, por sua vez, é o direito concreto, empírico. Independe da determinação legal. “Na forma de um preceito jurídico e, sobretudo na forma de uma lei podem ser incorporados diferentes conteúdos. (...) existem preceitos jurídicos sem conteúdo normativo, com conteúdo legal não vinculante, leis em sentido normal” (2015, p. 88). Maliska ainda acrescenta que na obra de Ehrlich, o concreto precede o abstrato. O que é essencial para que se compreenda a norma de decisão.

Para Cotterrell, o Estado cria o direito, geralmente em seu formato legislativo; porém, as associações sociais - onde as pessoas de fato vivem suas vidas - produzem o Direito de maneira direta através da “ordem interna” dessas associações. “Na visão de Ehrlich, todas as associações sociais - formais ou informais - são organizadas por normas sociais que refletem diretamente a natureza da associação e definem a relação e a posição dos membros entre si” (2009, p. 87).

Mais do que isso, essas associações para solucionar as eventuais disputas e controvérsias - algo mais abrangente que um mero litígio judicial- que ocorrem entre seus membros produzem normas. Quando um preceito jurídico, ou seja, aquela redação formal, o direito positivado, embasa a decisão de um juiz, se está diante de uma norma de decisão.

As chamadas normas de decisão produzem direito, que flui não apenas de fontes estatais, mas também sociais. Tal prática adjudicativa, que precede naturalmente a existência de normas formais de decisão, primeiramente surge como uma maneira de solucionar as expectativas sociais perante a associação social que as toma; no andar do tempo, à medida que as cortes se desenvolvem historicamente, tais normas começam a ser retrabalhadas abstratamente pela reflexão jurídica, tornando-se prescrições jurídicas - criadas, aprovadas e protegidas pelo Estado, endereçadas aos membros da associação social ou a esta, como quando uma norma de decisão é endereçada às cortes, tribunais, membros da administração ao Estado como um todo, que é a associação social maior.

Como se verá a seguir, esses conceitos de Fundamentos da Sociologia do Direito são alvo da crítica contundente de Kelsen. As divergências entre esses autores quanto à natureza do direito e o método ideal para compreendê-lo nos oferecem um panorama de como as ideias que anteciparam o paradigma sociojurídico foram recebidas à época de seu surgimento. Não apenas pelos do paradigma então vigente, mas também por uma das maiores mentes do direito e do positivismo jurídico no século XX, que também vislumbrou as limitações que os estudos jurídicos de sua época enfrentavam.

4 HANS KELSEN: CIÊNCIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO

Hans Kelsen nasceu em Praga, então capital da província da Bohemia, ao norte do Império Austro-Húngaro, no ano de 1881. Aos três anos de idade mudou-se com sua família para Viena, em cuja Universidade doutorou-se em 1906. Em 1919 tornou-se professor na Universidade de Viena.

Cabe apontar aqui que o Kelsen que participa do debate com Ehrlich é ainda um jovem professor e jurista, que, quando inicia o debate, dista em 19 anos da publicação de sua Teoria Pura do Direito.

Como Maliska nos informa, tanto Kelsen quanto Ehrlich estão inseridos em um amplo debate sobre a natureza da Ciência do Direito, junto de diversos outros autores. Em 1912, Kelsen publica o texto *Zur Soziologie des Rechtes*, em que se posiciona criticamente quanto aos fundamentos científicos da Sociologia em geral e, especificamente, aos métodos da Sociologia do Direito. Questionando seus limites científicos, como uma nova disciplina das Ciências Sociais, Kelsen identifica dois pólos teóricos antagônicos orbitando em torno do Objeto e Método.

> De um lado, estão aqueles que promovem um rigoroso isolamento da teoria do direito em relação à sociologia. Segundo eles, o objeto, a consideração e o método da ciência do direito são claramente diferentes da sociologia, pois a primeira não se dedica ao estudo da realidade, dos fatos sociais, dos fatos da vida do direito, ou seja do mundo do *Sein* (ser), das leis da natureza, como a sociologia, mas sim do mundo do *Sollen* (dever-ser), das normas. (MALISKA, 2015, p. 36)

A ciência do direito abrange o *Sollen*, este é o seu traço característico, segundo o conteúdo do referido texto. A ciência do direito não explica a realidade concreta, o *Sein*, o ser. Ela é, por isso, uma disciplina normativa. Os outros teóricos são aqueles que vão além dessas considerações metodológicas, exigindo a abertura dos limites dessa nova disciplina. Eles desejam a substituição da Ciência do Direito pela Sociologia. (2015, p. 36).

Tal qual Ehrlich, Kelsen também estava perplexo com a situação em que a ciência do direito se encontrava na Europa. Tanto a intransigência metodológica do primeiro grupo de teóricos quando a completa substituição proposta pelo outro lhe provocavam repulsa. Os resultados que a Sociologia apresentava não podiam ser ignorados e

> A específica consideração jurídica e normativa constitui apenas um lado do fenômeno jurídico. As normas jurídicas podem também ser conceituadas como fato social (*Seintatsachen*), pois elas possuem sua origem na sociedade, na qual elas

> surgem e, antes de tudo, produzem seus efeitos. [...] O estudo dessa relação é uma tarefa da sociologia do direito, Esse estudo é de grande importância para os juristas, em primeira linha para os que participam da produção das normas, o legislador e os políticos e também, em consequência, para os que são obrigados a aplicar as normas, os juízes e os servidores administrativos. (2015, p. 36)

A questão que se levantava para Kelsen é que os problemas propostos e resolvidos pela sociologia do direito, ainda que relevantes para a compreensão do direito em sociedade, nada têm a dispor para a construção dos conceitos jurídicos. A ciência do direito se ocupa da forma do fenômeno jurídico, não de seu conteúdo. (MALISKA, 2015, p. 37). O jurista emprega um método diferente do sociológico, pois sociologia é pressuposta pela ciência do direito, mas não se confunde com ela.

> Em síntese, Kelsen sustenta neste texto que a sociologia do direito não se fundamenta na ideia de que toda e qualquer relação social pode ser investigada desconsiderando se as normas, senão na medida em que as normas jurídicas sejam comprovadas como fatos sociais. (2015, p. 37)

Alguns autores, como LÜDERSSEN (2003, p. XVIII) e HERTOGH (2009, p. 12) argumentam que o conteúdo da crítica que Kelsen publicará três anos depois contra Ehrlich ecoa discretamente na *Teoria Pura do Direito*, principalmente na separação entre o *Sein* e o *Sollen*, assim como as críticas propostas por Kelsen ao conceito de norma. Kelsen argumenta que

> Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira [...] Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas (KELSEN, 2012, p. 5)

E acrescenta que a norma também funciona como esquema de interpretação. Com o seu conteúdo, a norma confere o sentido jurídico específico a um fato, “por forma que o ato pode ser interpretado por esta norma” (2012, p. 4).

Citando e explicando Kelsen, BARZOTTO (2007, p. 31) afirma ser o conceito de norma aquele conceito de base em relação ao qual se pode reconduzir os fenômenos designados sob o nome de direito. O conceito é central pelo fato de todos aqueles fenômenos aos quais se endereça a juridicidade - a autorização, a obrigação, a responsabilidade, por exemplo - pressupõem normas. “Para Kelsen, a norma consiste no sentido de dever ser de um ato humano intencionalmente dirigido

à conduta de outrem, porém, este sentido, para apresentar-se como jurídico, deve ser objetivo" (2007, p. 31). Ainda que a distinção entre um plano de ser e dever-ser na obra de Kelsen tenha tido fundamentações diferentes entre a primeira e a segunda edição da Teoria Pura do Estado, Kelsen deixa claro que, sendo um ato imediato da consciência, o *Sein* e o *Sollen* se distinguem e que "um não pode ser derivado do outro" (2007, p. 33).

No inverno de 1915, em meio à perplexidade das notícias sobre o front, era publicado no 39º volume do Arquivo para Ciências Sociais e Política Social (*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik),* a resenha de Hans Kelsen sobre a obra de maior de Eugen Ehrlich. Ainda que viesse com o nome resenha, a publicação assemelhava-se mais a uma crítica: constituída por 54 páginas, o texto *Uma Fundamentação para a Sociologia do Direito* vinha dividido em 5 seções. Conforme MALISKA (2015, p. 37), na primeira parte temos uma abordagem geral; na segunda, a tentativa de Kelsen de compreender a distinção entre preceito jurídico e norma jurídica; no terceiro, a análise dos "Fatos de Direito"; no quarto, a distinção entre Direito e Estado; no quinto, Kelsen analisa o Método da Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. O organizador da reedição alemã, Klaus Luderssen, destaca a truculência da prosa de Kelsen - cuja obra, ironicamente, deve alguma compreensão contemporânea aos pensadores que trilharam o caminho aberto por Ehrlich (LUDERSSEN, 2003, p. 21).

Uma vez que Ehrlich se abstém de responder a maior parte das críticas de Kelsen, pode-se - com a ajuda de parte da produção acadêmica contemporânea - contrapor o conteúdo de *Fundamentação da Sociologia do Direito* aos questionamentos levantados a fim de tentar oferecer algumas respostas aos mesmos.

4.1 AS CRÍTICAS PRINCIPAIS DE KELSEN À OBRA DE EHRLICH

Ajustado ao debate que vinha ocorrendo no pensamento jurídico de sua época, a crítica Kelseniana à obra de Ehrlich se inicia com uma referência ao panorama intelectual em que estava inserida. Isto é, o debate sobre a fundamentação científica da sociologia, e, por consequência, da sociologia do direito, protagonizado por dois grupos: "O contraste fundamental que ameaça dividir a Ciência do Direito, no que tange ao Objeto e ao Método, em duas tendências

diferentes (...) resulta da dupla perspectiva a qual se acredita poder submeter o fenômeno jurídico.” (APÊNDICE, p.1). O fenômeno jurídico vinha sendo submetido a dois pontos de vista até então incompatíveis. De um lado, estão aqueles intelectuais que consideram o direito como uma *norma*, ou como um *dever-ser*, e tal visão deveria “constituir a Ciência do Direito como uma ciência *normativa* e *dedutiva* do *Valor*, como a Ética ou a Lógica”. (APÊNDICE, p.1). Por outro lado, havia quem pensasse o direito como uma *regra-do-ser*, a realidade concreta de uma determinada conduta humana, “cuja *regularidade* é compreendida *indutivamente* e *explicada* causalmente (...) a Ciência do Direito, uma ciência da realidade trabalhando segundo o modelo das ciências da natureza” (APÊNDICE, p.1).

A necessidade de submeter o objeto de conhecimento a um método era uma preocupação para a fundamentação da nova área, tanto que a frase que encerra a obra capital de Ehrlich afirma ser o método tão infinito quanto a própria ciência (EHRLICH, 1987, p. 388). Kelsen, por sua vez, destaca que ambas as perspectivas de análise do fenômeno jurídico são válidas, deve-se, porém, atentar ao objeto e ao método:

> “Em todo caso deve-se ter claro a esse respeito que uma sociologia do direito é fundamentalmente diferente, por método e objeto, de uma ciência do direito que se coloca a tarefa de reconhecer, não o que de fato é, mas sim o que deve ser por conta do direito; uma ciência do direito valorativa, não explicativa, em outras palavras: uma ciência normativa do direito.” (APÊNDICE, p. 2)

Em suma, uma ciência que analisa como algo *deve-ser* em oposição a uma ciência que analisa o que de fato *é*. A perspectiva sociológica de Ehrlich observa os fatos concretos, o comportamento de um determinado grupo de pessoas em uma determinada situação, aproximando-se da abordagem metodológica das ciências da natureza. Para Kelsen, uma ciência do direito que estude o *dever-ser* necessita de um método dedutivo; o método aqui não apenas influi sobre o resultado, mas sobre o próprio objeto analisado: “Com a diferença da tendência de observação e a forma de pensamento - aqui o *ser*, lá o *dever-ser* - dá-se como resultado também uma completa diferença do objeto” (APÊNDICE, p. 3). Por isso, a tentativa de Ehrlich de aplicar o método indutivo a um objeto que é fruto da dedução - a norma para o Kelsen de 1915 - é a mais grave falha elencada na resenha: “Absolutamente inadmissível é apenas uma confusão da problemática das duas tendências, um

sincretismo dos Métodos da Jurisprudência Normativa e de uma Sociologia explicativa do Direito" (APÊNDICE, p. 2).

O *conteúdo das normas* é a essência da diferenciação formal da base de cada uma das ciências; há normas cujo conteúdo afirma como as coisas são e outras normas, cujo conteúdo afirma como as coisas devem ser. Do ponto de vista metodológico, não poderia haver dúvida alguma de que uma ciência que se propunha a análise das *obrigações* e *autorizações* fornecidas pela norma de direito deveria ser completamente alheia a uma ciência que tivesse a realidade concreta como objeto. Em outras palavras, havia os que estudavam o *dever-ser* contido nas normas, e com o advento da inclusão do método das ciências da natureza na análise da sociedade, aqueles que analisavam o *ser* concreto. Levantava-se, principalmente, no contexto austro-húngaro, uma tentativa da análise dos efeitos concretos, no caso o *ser*, causados e causadores do *dever-ser*.

Uma das principais divergências entre Ehrlich e Kelsen sobre a natureza da Ciência do Direito já se manifesta na introdução de sua crítica:

> Todas as noções de uma ciência sociológica do direito podem apenas conter noções de realidade, juízos de fato, isto é juízos sobre o nexo causal de determinados fenômenos regulares, e não podem conter juízos de valor, como 'isto é lícito; aquilo, ilícito', 'alguém é obrigado a isso, autorizado a isso', assim como para a Biologia, a Química ou a Psicologia não há bem ou mal, justo ou injusto [*Recht oder Unrecht*], obrigação ou autorização, mas somente fatos indiferentes aos valores e ao seu nexo causal. (APÊNDICE, p. 3)

A definição do direito de Kelsen gira em torno do conceito de norma, ou o conceito de base em que se reconduz o direito, segundo a análise de BARZOTTO (2007, p. 31). Por isso, o professor de Viena, considera como problema fundamental de uma teoria sociológica do direito a distinção clara do conceito de direito como espécie de *ser* da vida social das outras regras do comportamento social. Na abertura de sua obra, Kelsen alerta para as críticas não científicas do direito que vinham surgindo pulverizadas no panorama intelectual germanófono. A cientificidade vem, naturalmente, do método aplicado, por isso afirma ser

> extremamente desviante definir do mesmo modo a jurisprudência normativa e a disciplina especial sociológica como ciência do direito (...) no caso em que se reconheça como essência dos conhecimentos *jurídicos* (...) uma afirmação sobre um dever-ser, uma norma, uma obrigação ou autorização, (...) um *juízo de valor*; pois uma

> análise de qualquer juízo jurídico se embate em tal elemento de valor ou de dever-ser. (APÊNDICE, p. 3).

A definição de direito por parte da “ciência sociológica do direito”, porém, o representaria como uma categoria do *ser* social, divergindo em essência do conceito normativo, que o tratará como *dever-ser*. A questão que permanece sem resposta para Kelsen onde esses conceitos se encontram para a assim justificar uma igualdade de termos. Ehrlich teria virado as costas para a cientificidade do método *dedutivo*, sendo por isso a sua ciência insuficiente. “Ele parece também, por sua aversão a abstrações ‘*sem alma*’, esquecer que nenhum conhecimento pode abdicar de abstrações ou conceitos, os quais, por conta do fenômeno individual concreto, devem necessariamente ser ‘*sem alma*’.” (APÊNDICE, p. 4).

A relação entre *dever-ser* e realidade seria a contribuição que uma ciência indutiva e causal-explicativa teria para a compreensão do fenômeno jurídico de então. Kelsen descarta, porém, a *relação com a realidade*, pois a ciência do direito por princípio não deve ter como objetivo a explicação da realidade. A principal divergência entre os autores seria a oposição perfeita de uma Sociologia do Direito e uma Ciência Normativa do Direito, ou em suas palavras, uma Jurisprudência Normativa, como já referido. O sociólogo do direito e a sociologia poderiam somente analisar as regras do *ser* do comportamento humano, e assim Kelsen aponta que o objeto que Ehrlich se propõe a analisar, as “regras do Agir informam tão pouco sobre o *dever-ser* quanto as regras ou leis da Biologia. É um modo de consideração completamente diferente daquele direcionado às regras do *dever-ser*, isto é, o (modo de consideração) direcionado às Normas.” (APÊNDICE, p. 5). Deixando de lado a forma da norma para analisar a natureza de seu conteúdo, a *regra-do-ser* e a *regra-do-dever-ser* por vezes coincidem, afirma. Ainda assim, as noções que uma ciência sociológica do direito tem a oferecer podem apenas conter noções de realidade, juízos sobre o nexo causal de determinados fenômenos regulares. Essa ciência não discorre sobre o bem ou o mal, o justo ou o injusto. Juízos de valor, como *isto é lícito* ou *ilícito* pertenceriam exclusivamente ao campo da ciência normativa do direito. A analogia às outras ciências da natureza é utilizada para explicitar o ponto de vista. A Biologia não estuda como seres vivos *devem* se comportar, mas como *se* comportam regularmente: “é um modo de consideração completamente diferente

daquele direcionado às regras do *dever-ser*, isto é, o (modo de consideração) direcionado às Normas" (APÊNDICE, p. 6).

A divergência maior entre o conceito de ciência do direito de Kelsen e de Ehrlich diz respeito ao recorte metodológico do último. Se este analisa o "Agir Humano Geral", ele deveria ter tido a cautela na utilização do termo, posto que seu significado é mais abrangente que o agir dos órgãos estatais. Kelsen não consegue aqui, porém, compreender uma tentativa de *consideração* que se propunha tanto científica como prática.

> É simplesmente incompreensível, porém, se Ehrlich julga apresentar uma consideração *científica (teórica)* em oposição à consideração *prática* "orientada por funcionários judiciais", com esta extensão de sua pesquisa sobre órgãos estatais. É como se ele identificasse o contraste entre Regra para o Agir dos órgãos estatais [*Regel für das Handeln der Staatsorgane*] e a Regra para o Agir de todos os seres humanos [*Regel für das Handeln aller Menschen*], com o contraste entre o teórico (científico) e o prático, isto é, o contraste entre o causal e o normativo, entre Ser e Dever-ser! (APÊNDICE, p. 6)

Sintetizando o *Fundamentos da Sociologia do Direito*, Kelsen acusa Ehrlich de reduzir o conteúdo da maior parte dos estudos de ciência do direito até então à análise das regras segundo as quais agem os órgãos do Estado. Para Ehrlich, porém, uma ciência do direito não deveria estudar somente essas regras, mas sim as regras seguidas por todos os seres humanos, o que foi referido como "Regras do Agir Humano Geral". A crítica diz essas regras não tratam unicamente da realidade concreta, do *ser*, e isso porque essas "Regras do Agir Humano Geral" também dizem a cada membro de uma organização o seu lugar, a quem é superior, a quem é subordinado. Assim, o que Ehrlich estaria propondo era a necessidade de uma ciência que estudasse essas regras, que dispõem tanto sobre como os seres humanos se comportam, como devem ser comportar. Como os seres humanos criam suas regras, como os seres humanos devem criá-las. "Tais regras, cuja apresentação é a tarefa da Jurisprudência "científica" em oposição àquela "prática" e cuja determinação é a finalidade da sociologia do direito "teórica", têm, assim, ao mesmo tempo um caráter *prático* e um *teórico*!" (APÊNDICE, p. 6).

O segundo capítulo trata da distinção conceitual entre preceito jurídico e norma jurídica, suas nuances. O autor repreende Ehrlich por sua assistematicidade em uma obra que se propunha inaugural: "Não é fácil escrever uma crítica

sistemática de uma obra como *Fundamentos da Sociologia do Direito* de Ehrlich, que, de tão *assistemática*, é apenas uma reunião de alguns ensaios." (APÊNDICE, p. 6). Para o professor vienense, a obra de Ehrlich deveria unificar as críticas aos retrocessos causados pela manutenção de uma ciência do direito defasada[5], a obra de Ehrlich deveria unificar as críticas que partiam da perspectiva sociológica. A fraca estrutura do livro em questão obrigou Kelsen a buscar conceitos em capítulos diferentes para tentar dar um sentido ao todo da obra. É nesse contexto que contrapõe o conceito de *preceito jurídico* ao de *norma jurídica*, pois a relevância da contribuição de Ehrlich seria a crítica à ciência que considera o direito uma mera soma de *preceitos jurídicos.* Assim,

> Preceito Jurídico significa ou a expressão de linguagem para um dever-ser jurídico, e neste caso é idêntico à "norma jurídica"; ou a expressão lingüística para uma regra de um acontecimento concreto, tendo o mesmo significado que uma regra jurídica no sentido do ser. (APÊNDICE, p. 9)

Não é aconselhável diferenciá-lo de norma, tal ocorre, porém, quando se entende por norma jurídica um imperativo de comportamento conforme o direito. Kelsen lança mão de Gierke para demonstrar que o conceito assim proposto por Ehrlich é errôneo, uma vez que aquele identifica o preceito jurídico à norma jurídica. Passa assim para a formulação do direito de Ehrlich nos tempos primitivos, em que supostamente haveria Direito e Relações Jurídicas mas não preceitos jurídicos, pois o direito seria idêntico à ordem interna das associações originais, que é - em seu entender - uma soma de normas (isto é, regras de *dever-ser*) ou um conjunto de regras-de-ser da conduta dos membros de uma associação. Há um foco na *regularidade* da conduta recíproca.

> Essa "ordem", porém, é algo completamente diverso de uma regra sociológica do ser! Ehrlich a descreve como explícitas prescrições de dever-ser [*Sollvorschriften*]. E não se compreende que outra coisa poderiam ser essas prescrições, que fundamentam esses vínculos jurídicos [*Rechtsverhältnisse*], que "determinam" os pressupostos de um matrimônio válido, o vínculo entre pais e filhos, etc, se não normas jurídicas ou preceitos jurídicos, e precisamente preceitos jurídicos gerais "válidos" para todos os membros do grupo? (APÊNDICE, p. 7)

[5]Bart Van Klink contextualiza essa passagem explicando que "nesta concepção de direito, as normas legais básicas que regem a sociedade são estabelecidas pelo poder legislativo: o papel do judiciário é limitado a aplicar essas normas aos casos individuais de acordo com a intenção original do poder legislativo" (2009, p. 127).

A solução que Ehrlich teria proposto para a questão do matrimônio primitivo seria, na ótica de Kelsen, um “Direito Contratual” do matrimônio. Eis a razão pela qual Kelsen critica Ehrlich de ser anacrônico em seus próprios termos; enxerga a era primitiva com a ótica de um jurista, enxergaria direito onde direito não há. Estaria aplicando a visão de sua época para efetuar a análise de certos fatos concretos utilizando a visão que ele próprio criticaria, a de enquadrar a realidade sob categorias jurídicas pré-estabelecidas.

> De que outro modo se poderia de fato falar em obrigação e direito? Se, porém, se limita à consideração do elemento real e se pode, sob a base de seu material de observação, afirmar que também antigamente foram efetuadas, no âmbito dos grupos primitivos, uniões sexuais duradouras, que foram contratos efetivamente adimplidos, não é com uma regra do ser constatada, uma *regra jurídica* no sentido que Ehrlich desenvolve o conceito sociológico-científico de Direito? (APÊNDICE, p. 11)

Por analogia, Kelsen acusa Ehrlich de ter afirmado ser o antigo Direito Estatal Romano, justamente por derivação do conceito de direito como “regra do agir humano”, um direito sem regra jurídica. E pergunta se tais regras jurídicas poderiam ser derivadas de outras coisas que não fatos. Apontando uma clara contradição nas especulações de Ehrlich, Kelsen acusa-o de utilizar uma terminologia de todo arbitrária, por isso contrapõe duas citações do Fundamentos da Sociologia do Direito, onde os preceitos jurídicos seriam “as regras fixas que emanam de um poder acima do indivíduo e que lhe são impostas de fora” (EHRLICH, 1986, pg. 29)” e afirmaria que “O preceito jurídico é a redação contingente, geralmente vinculante de uma determinação jurídica em uma lei ou um código” (1986, pg. 36). Ao que acrescenta que “Estes preceitos jurídicos não existiam nos tempos antigos, mas naturalmente o ordenamento jurídico não consiste *destes* preceitos jurídicos sozinhos!” (APÊNDICE, p. 9) e adiciona que

> se Ehrlich compreende por ‘preceito jurídico’ uma norma universalmente vinculante, logo uma prescrição de *dever-ser*, não se pode então entender por que para ele o direito consiste, pelo menos em parte, de tais preceitos jurídicos. (APÊNDICE, p. 9).

Assim fundamenta-se a crítica de que Ehrlich teria misturado *ser* e *dever-ser* na conceituação fundamental de sua nova área. Ainda nesta segunda parte de sua crítica, Kelsen argumenta ter afirmado Ehrlich que as normas jurídicas deveriam

proceder temporalmente aos fatos concretos que são qualificados pelas normas jurídicas. Uma norma jurídica deveria ser pressuposta apenas logicamente, se um fato concreto tivesse significado jurídico.

> Acredita ele, seriamente, que a qualidade 'lícito' e 'ilícito', obrigação e autorização, aderem aos eventos do *ser* (...)? Que *juízos objetivos de valor ou significado*, como o são aqueles juízos jurídicos, sejam possíveis com uma mera observação da realidade efetiva? É completamente insensato dizer que haveriam contratos ainda "*antes"* que houvesse um preceito jurídico contratual, se o "contrato" fosse um fato real do ser no mundo externo e o preceito jurídico acerca dos contratos fosse uma norma, um pressuposto de consideração no pensamento de quem avalia este fato. (...) *pressupor* também uma norma que vincula certas *obrigações* à condição de acordo expresso de vontades, isto é, que qualifique um dever-ser daquele que declara a sua vontade. (APÊNDICE, p. 13)

Ehrlich estaria criticando apenas a Ciência dos Juristas, que seria a interpretação dominante do Direito de então. Por essa razão Kelsen afirma que Ehrlich teria desviado a *Jurisprudenz*, ou a Ciência do Direito, a ponto de tentar compreender o quanto uma relação lógica entre prescrição jurídica e suporte fático possa ser influenciada ou influenciar a visão dos fenômenos sociais. Tal interpretação não terá sentido se, como sugere Kelsen, o preceito jurídico deva ser entendido como norma. Como sugere LÜDERSSEN (2003, p.XV), este é um argumento de Kelsen que não foi desenvolvido para além da citação de Gierke. Se, de fato, se compreender o preceito jurídico por norma jurídica geral vinculante (APÊNDICE, p. 14) se deveria presumir que todos os comportamentos pressupõem preceitos jurídicos anteriores. Diante da perplexidade causada pelas teorias de Ehrlich, Kelsen expõe o choque de concepções entre os dois: a terminologia de Ehrlich evidentemente difere da terminologia da Ciência do Direito Vigente, ou da Jurisprudência Prática.

Voltando ao conceito de preceito jurídico, Kelsen utiliza os próprios termos de Ehrlich para demonstrar a sua contradição interna: uma norma jurídica deve ser distinta de um preceito jurídico. Um preceito jurídico é um comando jurídico que se transforma em ação, mesmo sem redação. Uma norma jurídica é um comando jurídico, daí o questionamento: onde o comando jurídico se distingue da prescrição jurídica, expressão qualificadora do preceito jurídico? "O comando jurídico deve ser "convertido em agir" para se tornar uma norma jurídica. E se a norma jurídica não é observada - isto é, se não é convertida em agir - não terá então o caráter de norma jurídica?" (APÊNDICE, p. 15). Kelsen encerra essa tentativa de compreensão

afirmando que o uso de Ehrlich de conceitos fundamentais para o seu sistema é “sem igual”; suas formulações possuem um significado aqui e outro diferente acolá.

> Se se toma Ehrlich ao pé da letra e se aceita a sua definição conceitual - qualificada desde o início como uma definição ‘científica’ - do Direito como uma ‘regra do agir humano’ e como uma ‘ordem’, então o Direito, isto é, toda a ordem jurídica, deve necessariamente ser uma síntese de normas. (APÊNDICE, p. 18)

E contrasta com o seguinte:

> Agora, de um certo ponto de vista, poderia o Direito consistir de prescrições jurídicas, ou seja regras jurídicas (no sentido do ser e do dever-ser), e simultaneamente *nas* instituições jurídicas, na medida em que por ‘Instituição jurídica’ ou instituto jurídico não se entenda outra coisa que não uma soma de prescrições jurídicas, segundo a terminologia dominante, cujo conteúdo se refere a um mesmo escopo. (APÊNDICE, p. 19)

A seguir, Kelsen examina o que Ehrlich compreende por instituições jurídicas. Os exemplos dados por Ehrlich são Estado, Igreja, Comunidade, Família, Propriedade, Herança, tudo que a partir de sua ordem interna crie prescrições jurídicas. Instituições jurídicas seriam “ou fatos e eventos físicos e psíquicos no mundo externo (do ponto de vista do observador) ou são *significados*, que, sob a base de certas normas pressupostas, vêm adscritas a tais fatos ou eventos do observador.” (APÊNDICE, p. 19)

Kelsen argumenta que a realidade não é a simples realidade física, mas também a realidade psíquica - que se percebe com sentidos internos. Se o Direito e a Relação Jurídica fossem realidades psíquicas, a ciência do direito seria um ramo da Psicologia. Para Kelsen, tal é incompreensível: a ilicitude de um fato nada tem a ver com o que se sente. Quando o camponês no interior da Bukovina segue o código civil da Romênia (em cuja vigência tenha vivido seus anos de formação) em detrimento do vigente código civil da Áustria-Hungria, o seu comportamento é um *ser*, não um *dever-ser*. O Código traz consigo um conjunto de *dever-ser*, como o comportamento do camponês é algo concreto, ele nada pode auferir quanto a juridicidade de um fato ou norma. Ehrlich, prossegue Kelsen, deve separar a idéia do fato concreto. O *fato* concreto nunca pode ser o Direito ou a Relação Jurídica, enquanto um *ser*, um fato é indiferente a valores.

> Existem ideias de fatos e ideias cujo *conteúdo* não é nunca um fato. As ideias de bem e de mal não são fatos, a ação é um fato ao qual é implicado a ideia

> de bem ou mal. Fosse o Direito um fato ou fosse o conceito de direito uma *abstração* de fatos, então não seria o Direito uma mera "coisa ideal". Seria sensivelmente perceptível, *observável*! (APÊNDICE, p. 20)

Uma das perguntas essenciais para fundamentar a teoria sociológica de Ehrlich (EPPINGER, 2009, p. 49; VOGL, 2009, p. 97; COTTERRELL, 2009, p. 76), é compreender quais os processos sociais que transformam as instituições reais e concretas em relações jurídicas abstratas no decorrer do desenvolvimento histórico (EHRLICH, 1986, p. 70). Kelsen tem uma resposta muito precisa para a mesma: *Unbeantwortbar*, isto é, não passível de ser respondida. E assim o é, argumenta, pois uma consideração interessada na *efetividade* deve levar em conta apenas realidades efetivas, jamais valores. Aparentemente, nenhum desenvolvimento histórico pode tornar uma Realidade em Valor ou um Valor em Realidade,

> pois o *Valor* existe por uma tendência cognitiva diferente do que era aquela em relação à Realidade. Não é uma Ciência Jurídica (...), mas sim uma Psicologia Social Explicativa (...) que pode levantar o problema de como certas representações de Dever-Ser - certas normas - resultam de fatos psíquicos reais. (APÊNDICE, p. 21)

Conclui Kelsen: uma sociologia nada deve dispor sobre os valores. Umas sociologia deve *avaliar* os seres humanos; a sociologia não é uma ciência *valorativa*, mas *explicativa de valores*. Para a Sociologia "o Direito não é uma norma pressuposta como válida, (...), mas é um evento real (...), um determinado comportamento mental e físico dos seres humanos que está contido em sua regularidade." (APÊNDICE, p. 16). Sintetizando a segunda parte da crítica, a principal divergência entre Ehrlich e Kelsen sobre o que é a Ciência do Direito, temos o seguinte: "A diferença entre uma tal Sociologia e a Ciência do Direito (no sentido normativo) é a mesma que há entre a história natural das idéias morais dos homens e uma ética dogmática, ou entre a história da religião e uma teologia. (APÊNDICE, p. 16)". A Sociologia é uma ciência *explicativa*, uma Sociologia do Direito não pode analisar o conceito *normativo* de Direito. *Normatividade* deve ser explicada por uma ciência que considere os valores.

A terceira parte da crítica centra-se na compreensão e refutação dos "Fatos de Direito". Se Kelsen se mantém irredutível quanto a debilidade da teoria de Ehrlich, evidenciada em sua confusão entre *ser* e *dever-ser*, o Fato de Direito é um conceito central a ser analisado, uma vez que - na argumentação do *Fundamentação da Sociologia do Direito* - este opera como ponte entre a efetividade e a normatividade.

Em uma definição um tanto quanto taxativa, o autor nos informa que considerará como Fatos de Direito aqueles fatos aos quais o intelecto relaciona as regras - definição presente na obra de Ehrlich. Essas regras, como exposto anteriormente, são as regras criadoras da organização dos grupos humanos nas associações, pois informam o indivíduo qual o seu lugar na sociedade. Kelsen reitera não ser compreensível a união de uma norma a um fato e conclui que o que o professor de Czernowitz quis dizer era que estes são uma referência a um fato como *objeto de regulação*: os fatos de direito são objetos da regulação jurídica. Mas onde ficaria o direito consuetudinário em meio ao hábito e sua juridificação?

A análise kelseniana de Ehrlich insiste ser o hábito uma espécie do direito consuetudinário, pois este transforma uma prática utilizada em norma para o futuro. A título de expor a contradição terminológica de Ehrlich, Kelsen analisa um a um os quatro fatos de Direito são eles os seguintes: o hábito, a dominação, a posse e a declaração de vontade. Segundo Kelsen, a dominação e a declaração de vontade seriam espécies do gênero *hábito*, uma vez que a sua prática repetida gera normas no futuro e o *hábito* é a prática repetida. Por isso, dominação, posse e declaração de vontade não são fatos de direito. E o hábito também não seria fato de direito, ele seria, isto sim, o intermediário que torna um fato em fato de direito.

> Dito de maneira mais precisa: o que vem sendo regularmente praticado, torna-se conteúdo de uma representação de dever-ser, de uma norma que exige aquilo que *deve* ser. E é então como *pressuposto* de uma semelhante norma que fatos de direito, os fatos determinados na norma, tornam-se juridicamente relevantes (...) O Hábito é a via pela qual, neste sentido, os fatos tornam-se fatos de direito. Porém, o Hábito próprio não é Fato de Direito (APÊNDICE, p. 22)

As idéias de ordem e de associação embasam o conceito de sociedade do autor, por essa razão, Kelsen analisa-os a fim de buscar seu caráter social, ou onde a idéia e a realidade se encontram no *fundamentação.* O cerne da ordem seria criado pelo relacionamento dos homens e mulheres em sociedade, naturalmente aí surgem as relações de domínio. A ordem interna que para Ehrlich identifica a posição social de cada indivíduo. Porém, Ehrlich identifica duas categorias de relações de domínio: “as que decorrem de relações familiares - a submissão dos filhos à autoridade paterna, a da mulher à autoridade do marido - e relações de submissão de origem puramente social, como a escravidão e a servidão” (EHRLICH, 1986, p. 73). À tal categorização Kelsen é incisivo (e expõe mais um ponto de

divergência entre o conceito de Ciência do Direito entre ambos):

> "Mas então a família não tem caráter *social,* e as relações de domínio que nascem dessa não têm também uma origem "*puramente social*"? (...) Este fato: o contraste de tendências econômicas e sexuais seria objeto de pesquisa sociológica e não exatamente da Sociologia do Direito." (APÊNDICE, p. 23)

Para Kelsen, é evidente que certas relações reais de domínio tornam-se conteúdo de normas, isto é, *dever-ser*. O problema, afirma, é que Ehrlich estaria imputando que concepção dominante de Ciência do Direito, ao analisar seu objeto, acredita que os preceitos jurídicos antecedem as relações concretas: "Novamente a tosca confusão entre o pressuposto *lógico* da norma jurídica e a precedência *temporal* de um fato!" (APÊNDICE, p. 24). Isso afirma porque uma norma é sempre pressuposta idealmente por quem lhe dá seu valor jurídico.

Adentrado no terceiro Fato de Direito, a posse, Ehrlich analisaria como esta converte-se em propriedade. "Se o conceito de direito romano de propriedade possuía então um sentido, no que diz respeito aos conceitos do Direito Administrativo, é certamente uma questão legítima, mas não sociológica e sim de formação normativa dos conceitos." (APÊNDICE, p. 24). A advertência levantada por Kelsen diz respeito ao tangenciamento da ordem jurídica pela ordem econômica: na formulação de Ehrlich, a normativização da posse em propriedade, faria com que a ordem econômica fosse ao mesmo tempo uma ordem jurídica. E, obviamente, a posse seria uma relação jurídica somente enquanto pressuposto de tais normas jurídicas. Acrescenta, ironicamente, "Então seria certamente um problema interessante mostrar a formação de tais normas jurídicas através de material histórico de uma comunidade social concreta." (APÊNDICE, p. 25).

O último fato de direito indagado é a declaração de vontade. Kelsen inicia sua exposição reconhecendo que Ehrlich efetuou um esquema de desenvolvimento da declaração de vontade razoavelmente completo, indo da mesma até a institucionalização do contrato, sua forma mais sofisticada. Porém, tal quadro não parece ter sido baseado em material indutivo; e acusa-o de alegar ter seus estudos legitimados por "resultados genericamente reconhecidos pela ciência do direito comparado e pela história do direito" (EHRLICH, 1986, p. 89). Kelsen aponta a falha da teoria de Ehrlich com um questionamento:

> como se distinguem aqueles contratos 'que estão completamente de fora do direito' daqueles que comportam uma obrigação mas não uma responsabilidade, no sentido que contra a sua violação não produz uma reação específica da comunidade jurídica (ou uma reação daquela comunidade específica)? (APÊNDICE, p. 25)

Para Ehrlich, os contratos não-jurídicos são pressupostos como vinculantes, importando em obrigação; deverão as partes acordantes comportar-se conforme o acordo, o que gera um *dever-ser*. Este *dever-ser*, gerador de normas morais ou educacionais, é no máximo um *dever-ser* do costume. Kelsen reconhece ser evidente que contratos não-jurídicos são extremamente importantes, adquirindo relevância no plano econômico e social para além do jurídico, mas questiona: qual é o critério que define a *juridicidade* de uma norma ou de um contrato? Sabe-se que um dos princípios fundamentais da sociologia do direito de Ehrlich é a análise que desconecta o direito do estado (HERTOG, 2009, p.16), partindo do pressuposto que as normas jurídicas sempre são encontradas em companhia de outras normas sociais. Quando Ehrlich diz que "não há dúvida de que existe uma oposição entre ela [norma jurídica] e as normas sociais extra-jurídicas" (EHRLICH, 1986, p. 129), entra em cena seu controverso uso da *opinio necessitatis*. "O que caracteriza uma norma jurídica é o sentimento para o qual já os juristas do direito comum acharam o significativo nome de *opinio necessitatis"* (EHRLICH, 1986, p. 129). Kelsen responde, primeiramente, afirmando

> Qual é o critério para isso <a juridicidade>, se não a possibilidade de uma específica reação pela comunidade jurídica organizada, se não a "responsabilidade" no sentido da terminologia de Ehrlich, que identifica Responsabilidade e Executabilidade? Quem põe em dúvida que contratos que não podem ser levados a juízo, privados de obrigações, podem ser de extrema importância para a economia? Mas são idênticos o Direito e a Economia? Não são certos deveres morais de máxima importância tanto para a Sociedade como para o Indivíduo? Precisam eles *por isso* ser deveres *jurídicos*?" (APÊNDICE, p. 27)

Na terminologia de Ehrlich, a *juridicidade* que aufere o status de jurídico a um *dever-ser* deveria ser identificada pela Psicologia Social. Kelsen argumenta "(...) não ser a 'Psicologia Social' uma Ciência Social e que uma questão que tem em vista nada menos que a delimitação do objeto de pesquisa da Sociologia Jurídica é necessariamente uma questão de Ciência Social." (APÊNDICE, p. 27). O critério de

distinção e origem de normas de Ehrlich, baseado em sentimentos, é alvo de escárnio de Kelsen: “Na verdade, esta psicologia de um sociólogo que observa a realidade se aproxima quase às orgias da Jurisprudência Psicológica, que apenas trabalha com abstrações sem sangue.” (APÊNDICE, p. 27). Uma última crítica dirigida aos fatos de direito é feita em contraponto ao capítulo II da crítica de Kelsen, onde foi analisado o conceito de norma jurídica. Se Ehrlich esclareceu que “Normas Jurídicas são as normas que emanam dos fatos de direito (1986, p. 132)”, Kelsen, após sua invalidação do conceito de fato de direito, também invalida a conceituação de norma jurídica:

> “Os ‘fatos do direito’ não são outra coisa que todo e qualquer objeto possível da regulamentação jurídica, não somente desta, mas também de toda regulamentação social! Relação de domínio, Posse, Declaração de Vontade! Mas até este Significado é atenuado pelo adendo de Ehrlich, que podem ser também normas jurídicas ‘as que derivam dos preceitos jurídicos do direito estatal e do direito dos juristas’” (APÊNDICE, p. 29)

E conclui:

> “Ehrlich garante que nem todas as normas que nascem do fatos do direito ou dos preceitos jurídicos são normas jurídicas. Mas somente aquelas nas quais se encontra a *Opinio Necessitatis*. (...) Não se pode compreender por que fatos dos quais possam ‘nascer’, junto de normas jurídicas, também ‘normas que não pertençam ao Direito’, normas morais, normas de costume e religiosas, sejam propriamente fatos “do direito” (APÊNDICE, p. 30).

Em resumo, o capítulo três da crítica de Kelsen expõe um dos pontos mais delicados na *Fundamentos do Sociologia do Direito*, os fatos de direito - fragilmente formulados. Se resenhas críticas de outros autores (NEUMANN, 1937, p. 2; TIMASCHEFF[6], 1937, p. 5; HUSSERL, 1938, p. 4) forem analisadas, se tornará claro que este conceito foi alvo de duras críticas, até pelos que reconheceram a inovação do pensamento de Ehrlich. Em especial, o artigo de Nicolas Sergeyevitch Timascheff, *What is Sociology of Law* (1937), também posiciona-se criticamente aos fatos de direito argumentando que se interpretada em tais termos, a sociologia do direito torna-se sociologia geral ou ciência social em sua totalidade, uma vez que as

[6] In his brilliant reviews of both books H. Kelsen has shown that, when interpreted in such terms, sociology of law becomes general sociology or social science in its totality-for actual rules of social life are the main object of their study.' On the other hand, later events have already proved the fallacy of Ehrlich's cardinal axiom: in communist society contracts and wills do not belong to the basic social institutions and are replaced by other ones

regras do convívio social são o seu objeto de estudo. (TIMASCHEFF, 1937, p.5). O Sincretismo dos métodos indutivo e dedutivo novamente torna-se o cerne da divergência entre os conceitos de ciência do direito de ambos os autores.

O quarto capítulo da crítica trata da relação entre Direito e Estado na obra de Ehrlich. Nos dizeres de Kelsen, há uma nítida separação entre Direito e Estado como traço característico da Sociologia do Direito de Ehrlich, que faz questão de reiterar continuamente o equívoco da ciência do direito de sua época, que reconhece como objeto somente o direito vinculado ao estado, relegando o direito extra-estatal - muito mais abrangente - ao segundo plano.

A essência do direito estatal vem caracterizada como sendo aquela que se dirige aos tribunais, a outros órgãos, com a intenção de prescrever seu funcionamento. É preciso distinguir lei de direito Estatal, pois o direito estatal não derivará do estado por conta de sua forma, mas sim de seu conteúdo; é um direito que deriva exclusivamente do estado, não podendo existir sem ele, explica Ehrlich. É nesse contexto que entra o conceito de *norma de decisão*. “O Estado prescreve aos tribunais e a outros órgãos estatais como devem decidir as questões que lhes são apresentadas para uma decisão pelas partes interessadas” (1986, p. 109). Kelsen centra-se na seguinte citação de Ehrlich para expor sua crítica a essa ruptura que a nova área tentava introduzir: as normas de decisão

> somente são *direito estatal* quando surgiram *independentemente do direito dos juristas* e são destinadas *a servir a objetivos estatais.* O outro tipo de direito estatal são as normas de *intervenção*: elas determinam aos órgãos estatais quando devem intervir, mesmo que não sejam invocadas para isto. (EHRLICH, 1986, p. 109)

A que Kelsen contrapõe o seguinte questionamento:

> “Parece extremamente enigmática a possibilidade de uma administração estatal da justiça antes que haja um ordenamento estatal. Mas o que é este enigma diante do mistério da idéia de um Estado que cria o seu próprio ordenamento!” (APÊNDICE, p. 32)

A seguir pergunta o que é direito social e onde ele se distingue do direito *estatal*? Se questiona, a seguir, o que significa a oração direito dos juristas tornado preceito jurídico, o que significa norma jurídica no sentido verdadeiro e próprio de regra geral do agir. Para ele, tudo isto estaria abarcado dentro do direito legal

(*Gesetzrecht*). O conceito de Direito Estatal que Ehrlich apresenta ao longo de sua fundamentação é flutuante, pois é ora extremamente restrito (como na última citação) e ora extremamente amplo (como quando Ehrlich critica que a ciência do direito somente estuda o direito vinculado ao estado: leis). Tal debilidade faz Kelsen colocar em dúvida a viabilidade da separação definida pela via legislativa. O professor de Czernowitz identifica frequentemente direito "legal" com direito estatal, porém, em contradição com a citação anterior afirma que a maioria das normas de decisão seriam direito dos juristas e não direito estatal. Kelsen não é enfático, mas arrisca que na obra de Ehrlich, Direito Estatal deve ser lido como Direito Público. E há, de fato, uma independência entre Direito e Estado, porém, Ehrlich não se dá conta que é porque a noção de um Estado produtor de Direito é irrealizável.

> Contra Ehrlich é necessário apenas acentuar que, dada a *possibilidade* de um Direito *Estatal* qualquer, do ponto de vista jurídico-normativo é inevitável a consequência de considerar o Direito Estatal como o Ordenamento único ou supremo. (APÊNDICE, p. 32)

Também critica a evolução histórica das unidades sociais que precedem o Estado, propostas por Ehrlich. Essas unidades sociais, que vão do clã à aldeia já são comunidade *jurídicas*, empregando normas jurídicas. Ainda que não tenham a autoridade estatal para promulgar leis,

> "Ele pressupõe, então, tais comunidades como comunidades *jurídicas*, que empregam normas jurídicas. Amparando-se na autoridade de Gierke, ele defende a idéia pela qual não é preciso considerar como normas jurídicas somente as normas aplicadas pela comunidade jurídica, ou seja por seus órgãos." (APÊNDICE, p. 25).

Essas normas *jurídicas,* entre as quais constavam obrigações *jurídicas*, seriam fenômenos aos quais o poder associativo não poderia distorcer, alterar ou dispor, argumenta Ehrlich. Mas "se o Direito é a *norma do grupo social*, regra de organização, como se manifesta nesta relação o *grupo social*, o poder associativo, a organização?" (APÊNDICE, p. 26). O fenômeno que aufere a juridicidade a uma norma, segundo as formulações de Ehrlich seriam os fatos de direitos, já invalidados por Kelsen. E aqui reitera-se essa invalidação pelo fato de que tais obrigações *jurídicas* não se distinguem de obrigações do costume, da moral. Para Kelsen, "no que tange a moral e aos costumes, a comunidade como unidade supraindividual não

vem a existir!" (APÊNDICE, p. 26). Até que ponto termo *jurídico* no debate em questão não seria também mais uma das diferenças terminológicas entre os dois autores?

A *juridicidade*, conforme explicada pelo jovem Kelsen, é atribuída aqui pela unidade social pensada como ordenamento jurídico. O estado é a *Comunidade Jurídica*. O estado é a Organização do Direito. Clã, família, parentela, aldeia, são todos meros *componentes* do poder associativo do estado, isso porque - se organizados como comunidades jurídicas - estão subordinados a uma ordem superior. Esta é uma ordem jurídica, a qual estatui as obrigações dos indivíduos, e cujos ordenamentos devem se integrar *sem contradição* (APÊNDICE, p. 26). É impossível, segundo Kelsen, pensar uma construção diferente da construção *normativa* das unidades sociais.

Ehrlich, porém, argumenta Kelsen, não é uma comunidade jurídica, mas sim uma associação militar (1986, p. 110), algo completamente diferente daquilo, que relacionado ao conceito de direito, era discutido na relação Estado-Direito. Por isso levanta o questionamento: "um Estado neutralizado, que (...) não disponha de nenhuma organização militar (...) é um Estado? (...) Estados hodiernos cessariam de ser Estados se vencesse o ideal da Paz?" (APÊNDICE, p. 26). Quando se conceitua Estado, afirma Kelsen em tom professoral, o *conceito* não deve abarcar apenas alguns tipos de estados conhecidos, mas todo e qualquer estado possível e concebível. Quando Kelsen afirma ser uma empresa falha a caracterização *material* do Estado segundo seu conteúdo e fins, tal é uma resposta não apenas a Ehrlich, mas a todo um conjunto de intelectuais que enxergavam no Estado algo além de uma sofisticada elaboração normativa.

O Estado deve representar, isto sim, uma unidade social. A *Organização* conceituada por Ehrlich como a espinha dorsal da ordem interna das associações não é o elemento auferidor de juridicidade. Do contrário, como exemplifica Kelsen, os saques arbitrários de um bando de salteadores ou a nobreza guerreira de tribos linguisticamente aparentadas deveriam constituir ordenamentos estatais.

> "Se existe porém uma *organização* militar, isto é, podem ser pressupostas *normas* segundo as quais são estatuídas as obrigações de adimplemento dos indivíduos, então existe um *Estado*, não por conta do particular *conteúdo* dessas normas, mas porque existe um *Ordenamento* que segundo sua natureza deve necessariamente ser um Ordenamento *Jurídico*." (APÊNDICE, p. 26)

O conceito de Estado utilizado por Ehrlich mostra-se arbitrário quando restrito à administração da justiça, uma vez que tal - além de virar as costas a uma idéia de Estado como unidade jurídica suprema, preciosa a Kelsen - negaria o caráter de Estado a pequenas comunidades jurídicas autônomas. Finalizando o capítulo IV de sua crítica, o autor faz uma afirmação que remete ao trágico destino do Império Austro-húngaro:

> "Que em uma organização *jurídica* da grande comunidade geral os ordenamentos jurídicos dos grupos autônomos originários possam conservar a sua particularidade individual e local somente dentro dos limites da primeira, que devam necessariamente constituir uma unidade com a organização jurídica da comunidade geral, que assim dessa maneira os órgãos jurídicos dos grupos parciais possam ser pensados como órgãos da totalidade: tudo é somente a consequência do fato que os grupos originariamente autônomos são fundidos entre si em uma unidade superior." (APÊNDICE, p. 27).

Quando o jovem Kelsen afirma ser necessária a existência de um *Ordenamento* comum, um ordenamento que seja "uma *barreira* para os ordenamentos jurídicos dos grupos individuais" (APÊNDICE, p. 27), ele destaca a importância do *Ordenamento jurídico* como um *limite* entre estados. Chama o tangenciamento do Direito com o Estado na obra de Ehrlich de uma concepção grotesca. Nesse momento, as contribuições de COTTERRELL (2009, pp. 77-78) e HERTOG (2009, p. 7) sobre o intelectual da Bukowina explicam muito bem a divergência de pontos de vista sobre o conceito de Estado. A concepção do direito como ordem coativa, pode ser de fato insuficiente, mas condiz com um intelectual proveniente de um Ducado como a Bukowina, na periferia do Império Austro-húngaro, local de intenso trânsito de culturas e nacionalidades, cada uma com sua cultura e costumes, todos submetidos à legislação proveniente de Viena.

A conclusão de Kelsen sobre a relação entre Direito e Estado na obra de Ehrlich esclarece outra diferença em suas formulações sobre a natureza da ciência do direito:

> "Exatamente porque Ehrlich, na definição do conceito de direito, abdica da relação com o Estado como comunidade jurídica específica, o seu conceito de Direito (...) precisa se estender sem margens e coincide, no fundo, com aquele de Norma Social ou Regra." (APÊNDICE, p. 29)

Acentue-se que Kelsen afirma que até mesmo do ponto de vista sociológico geral, a concepção de Ehrlich, se levada ao extremo, identifica *direito* e *sociedade*, e da clara delimitação entre direito e outras normas sociais, conclui-se que a identificação entre Direito e Estado é uma forma particular de Sociedade para Ehrlich. Ainda que Kelsen explicite com excelência as contradições de Ehrlich, vale lembrar que a primeira geração que o redescobriu, segundo NEUMANN (1937, p. 2), foi aquela que ainda presenciava os efeitos nefastos de estados totalitários, e o fizeram por Ehrlich não ter centrado o seu conceito de direito no estado. Sua obra figurou, nesse contexto, como uma alternativa e uma matriz para que outros pensadores desenvolvessem suas teorias de maneira cautelosa quanto uma definição de estado por demais separada da realidade concreta.

A quinta e última parte da crítica de Kelsen trata sobre o Método na obra de Ehrlich. Os capítulos finais de sua obra são os mais panorâmicos e organizados, razão pela qual a ordem alternativa de capítulos de Husserl (1938, p. 8) começa por eles. Kelsen, por sua vez, enfatiza que neles é que se encontram mais nitidamente o contraste delineado desde o início da obra entre a Ciência do Direito teórica, vigente até então, e a Sociologia do Direito de Ehrlich. Porém, a obscuridade da exposição de Ehrlich compromete a conclusão da obra, uma vez que - apesar de misturar constantemente *ser* e *dever-ser* - afirma que, sendo uma ciência, cabe à Sociologia do Direito a mera análise de fatos, jamais a sua avaliação. Esta deve ser uma *ciência da observação*, não uma ciência declaratória de o que as coisas *devem ser* por conta do direito, por conta da obrigação ou autorização jurídicas: seu pesquisador coleta *fatos*, conhece-os e os interpreta. Isto “significa: explicar a origem e os efeitos dos preceitos jurídicos como fatos psíquico-sociais, conceber o direito como poder, não considerar as normas jurídicas em sua *validade* de Dever-ser, não conceber o direito como norma.“ (APÊNDICE, p. 29).

Exposta a base dos dois últimos capítulos do *Fundamentos da Sociologia do Direito,* Kelsen se diz perplexo com o fato de Ehrlich expor uma definição absolutamente correta da Sociologia do Direito puramente explicativa, mas, tendo acertado nessa definição como pode o mesmo autor ter dito que é essa ciência do direito não científica (a Jurisprudência da época) - que estuda como as coisas *devem ser* por conta do Direito - que *produz* (logo, gera uma alteração concreta real. Um *Ser*) o quadro normativo da sociedade. A consumação de tal análise com os

instrumentos da Ciência do Direito criticada por Ehrlich é incoerente à medida que, do ponto de vista metodológico, a descrição das relações sociais é a tarefa por excelência da Sociologia, sua área antípoda na perspectiva ehrlichiana.

> "A oposição, elaborada por Ehrlich em um primeiro momento, entre 'teórico' e 'prático' para a relação entre Sociologia do Direito e Jurisprudência, é completamente invertida quando ele finalmente assevera que a jurisprudência prática também é uma 'ciência', isto é, no sentido de Ehrlich: esta deve descrever e *explicar* casualmente - mas não valorar - o *Ser* (Sein)." (APÊNDICE, p. 29/30)

Há no índice da primeira edição alemã da obra de Ehrlich o subcapítulo "morfologia da sociedade" - obrigatoriamente, argumenta Kelsen, tal área tem de analisar os fatos concretos. Kelsen invalida a definição de Ehrlich não apenas por um sincretismo de métodos entre a ciência do direito vigente e a sociologia do direito, mas também pelo fato de que a outra chave de leitura possível da sociologia do direito de Ehrlich nada mais seria que uma sociologia geral, abrangente, porém vaga. Feita essa ressalva, Kelsen analisa a *Investigação do Direito Vivo.*

A razão pela qual Ehrlich tem de formular o conceito de direito vivo vem da restrita visão de mundo da ciência do direito de então, que restringe seu objeto aos preceitos jurídicos, o que faz com que a situação jurídica concreta seja desconhecida a todos. O Direito é mais abrangente do que a ciência do direito consegue enquadrar em sua ótica. A analogia presente nos últimos capítulos da obra de Ehrlich tornou-se famosa: diz que o direito é como um rio, tem sua correnteza. A codificação corta a corrente. A codificação é um lago.

> "Ehrlich não apresenta nenhuma prova de demonstração de sua tese que, *sociologicamente*, é muito interessante (...) O direito é a *forma* pela qual a vida política e econômica se desenvolve ou deve se desenvolver. " (APÊNDICE, p. 31)

Kelsen resume a exposição do método de Ehrlich com a contextualização do objeto do direito. "A ciência do direito tem (...) algo a dispor sobre as formas, mas, com seus meios específicos e no limite de seu objeto, nada pode dizer sobre o conteúdo que deve se desenvolver (...) ou que efetivamente se desenvolve (...) nas formas do Direito." (APÊNDICE, p. 29). A identificação de *Direito* com *Sociedade,* para Kelsen é inadmissível, uma vez que dispondo de fenômenos sociais, dispõe tanto sobre a forma dos mesmos quanto sobre seus conteúdos, "no momento em

requer que a Jurisprudência dê informações as relações políticas e econômicas regulares que formam o conteúdo da formas jurídicas" (APÊNDICE, p. 31). Ou seja, para Kelsen, o erro de Ehrlich foi ignorar que os limites que estipulara à sua nova ciência invadia o das várias ciências sociais da época, da economia à história. "É absolutamente sem precedentes uma tão completa confusão dos limites entre direito e economia, entre direito e sociedade, assim como entre a jurisprudência e todas as outras ciências sociais!" (APÊNDICE, p. 32).

A última citação de Kelsen contém mais sobre a natureza da Sociologia do Direito do que este poderia prever. Sua obra posterior representou uma das mais preciosas contribuições ao paradigma dogmático no século XX. Sua Teoria Pura do Direito foi uma obra que influenciou tanto autores como Alf Ross e Herbert Hart quanto os responsáveis pela institucionalização da Sociologia do Direito como disciplina acadêmica, como Renato Treves e Norberto Bobbio no contexto italiano. Enquanto uma área que se propõe diferente tanto da Sociologia Geral quanto da Teoria Geral do Direito, a Sociologia do Direito tem uma base epistemológica interdisciplinar, que utiliza tanto a pesquisa empírica como pressupostos teóricos vários da Economia, da História, da Política, da Sociologia Geral, entre outros. Se tentássemos mapear a identidade da sociologia do direito utilizando o pensamento de Kelsen como ponto de referência, depreende-se do debate que o pensamento de Ehrlich é um antípoda da pureza do direito.

Na ótica de Kelsen, O *Direito Vivo* de Ehrlich são "essas regras que declaram acerca do conteúdo de certos negócios jurídicos e de certas relações jurídicas" (APÊNDICE, p. 42). Para o crítico, há uma incongruência no *Direito Vivo*, por este ser objeto de mais de uma ciência: sociologia explicativa e jurisprudência *prática*. Seria permitido questionar o quanto um objeto define uma ciência ou uma ciência define um objeto? Tanto Kelsen quanto Ehrlich centram a identidade de uma ciência pelo método. O objeto serve, porém, para basear a crítica seguinte de Kelsen:

> Segundo Ehrlich, pesquisar e explicar esse "Direito Vivo', essas regras daquilo que realmente acontece, não é em absoluto o dever somente de uma sociologia explicativa, que se limita a constatar e a explicar os fatos, mas também da jurisprudência *prática*. A censura maior à Jurisprudência prática é ao que ela não faz. Qual é o embasamento suficiente para como "direito" as regras - particularizadas através da observação do Ser - do acontecer efetivo, que não pode significar outra coisa que o que regularmente sucede, *deve* também suceder por força do direito? (APÊNDICE, p. 42).

Presente novamente um argumento de pureza da ciência na página seguinte:

> Uma Sociologia - também no sentido de Ehrlich - não é autorizada enquanto uma pura ciência do Ser, a uma tal consequência. Uma sociologia não poderia jamais, neste sentido, reconhecer e apresentar normas jurídicas (como normas de dever-ser). A questão - se um acontecimento real também deve acontecer - não pode ser resolvida pela jurisprudência prática a partir de um Ser em si. Pode ser dito, entre tudo o que efetivamente acontece com certa regularidade, e o que já somente por isso também deve acontecer, o que deve acontecer por conta do direito? E todavia não outro senão isto que significa a afirmação que existe um "direito" vivo. E se então esse acontecer fático do Ser (...) estiver em contradição com normas que o jurista prático, por qualquer razão que se queira, deva necessariamente pressupor validamente pelo menos como norma jurídica, não significa com isso pretender que a jurisprudência "prática" - prática porque se volta ao conhecimento do Dever-ser jurídico - abandone o pressuposto fundamental de todo conhecimento? Como se espera que essa considere verdadeiros os dois preceitos de dever-ser que se contradigam reciprocamente, a norma jurídica pressuposta como válida e a norma do direito vivo que a contradiz, que abdica de conceber o ordenamento jurídico como um todo sensato, isto é, sem contradições, que abre mão, em outros termos,a compreender o Direito em geral? (APÊNDICE, p. 43)

Kelsen corresponde a dubiedade e a ambiguidade das *Regras do Acontecer Efetivo* à fraqueza argumentativa do conceito de *Direito Vivo*. Lamenta que Ehrlich não apresente qualquer pesquisa empírica que fundamente sua ciência, pois seria este um testemunho *metodológico* e *material.* O *Fundamentos* é uma obra rica em exemplos arbitrariamente espalhados ao longo da exposição; não há, porém, nenhuma referência quantitativa sobre os casos em que Ehrlich constate a discrepância entre o direito positivo e o direito da realidade concreta. O autor apresenta um dos exemplos de Ehrlich, em que um costume - no caso, o filho do camponês ser obrigado a dar seu salários aos seus pais enquanto com eles viver - vigia contra o ordenamento jurídico Austríaco.

> Eu não duvido que o senhor professor Ehrlich, como juiz ou advogado, ajudaria esse filho com fundamento no Código Civil, inclusive na Bucovina! No entanto, se o filho da família está de acordo, ou, como diz Ehrlich, "suporta esse tratamento", que o pai disponha de seus proventos, o fato descrito por Ehrlich não é inconciliável com o código civil. A lei dá ao jovem um *direito*; se ele lança mão dela ou não, isso é assunto seu. (APÊNDICE, p. 42).

Ambos os autores estão diante dos mesmos objetos: o direito e a realidade. Kelsen e Ehrlich podem não convergir conceitualmente, mas a última citação de Kelsen nos mostra que este centra-se na idéia de que a lei, um *dever-ser*, em algum momento há de encontrar a realidade, o *ser*. Este autor diz que a situação só se alteraria quando o código civil austríaco sancionasse uma *obrigação* jurídica do filho.

Mesmo que haja uma mudança na realidade, no *ser*, o direito só se alterará quando o *dever-ser* for alterado. Pela ótica da dogmática,

> Seria sem dúvida um dever da Sociologia do Direito estudar a *eficácia* das normas jurídicas. [...] Mas o que pode dizer esta Sociologia do Direito, que não considera e não explica nada além do que é existente,uma Sociologia que como reconhece Ehrlich, [...] *deve* também acontecer, em razão da moral ou do direito? (APÊNDICE, p. 42)

Concluindo sua crítica, Kelsen elenca os seguintes pontos, que esquematizam as principais divergências entre os dois autores sobre a natureza da ciência do direito. Primeiramente, a Sociologia do Direito lida com a *gênese* e os *efeitos* das normas jurídicas enquanto *fatos* concretos:

> Na medida em que uma tal disciplina possa ser delimitada em termos gerais e realizada, o seu problema é aquele da *gênese* e dos *efeitos* das normas jurídicas concebidas como *fatos* psíquico-sociais. E somente enquanto na configuração *de conteúdo* das relações jurídicas, se trata dos *efeitos* das normas jurídicas, o conhecimento destes conteúdos jurídicos poderia ser tomada em considerações de uma Sociologia do Direito. (APÊNDICE, p. 43)

A fim de alcançar uma autonomia epistemológica, a sociologia do direito precisa trabalhar com normas mais abrangentes que as normas jurídicas, com o intuito de melhor traçar a identidade dessas:

> Todavia, parece que para uma Sociologia do Direito *como disciplina autônoma* se contrapõem as maiores dificuldades. A sociologia do direito só possível na mais estrita relação com uma sociologia da moral e dos costumes, logo de todas as outras normas sociais. (APÊNDICE, p. 44)

A fim de alcançar uma autonomia epistemológica a Sociologia do Direito, no que concerne ao método, deve observar a efetividade e não a formalidade:

> O comportamento efetivo dos homens, na medida em que é visto através da consideração jurídico-formal como conforme ao direito, não se revela absolutamente *motivado* somente pelas normas jurídicas, mas também por normas de outro tipo. E justamente porque uma Sociologia do direito também deve estudar as causas da falta de efeitos de normas jurídicas (logo, os motivos do comportamento antijurídico), ela precisa também, para resolver os seus problemas, revelar o inteiro mecanismo do acontecer social. (APÊNDICE, p. 45)

Para Kelsen, a Sociologia do Direito

a) é uma ciência não-autônoma: “(...) sociologia do direito não é uma ciência autônoma; do ponto de vista do *conhecimento sociológico*, é um fragmento absolutamente *arbitrário* de uma ciência em geral, que considera e explica a vida social.”;

b) é delimitada por um conceito *normativo* de direito;

c) não pode estabelecer o que é o *direito*, não pode estabelecer aos efeitos de quais normas o mesmo deva ser circunscrito;

Sendo que, do ponto de vista sociológico, não haverá nenhuma diferença essencial entre as normas jurídicas, dos costumes, da moral, isto é “*entre fatos psíquicos, as representações que têm por conteúdo estas normas*.” (APÊNDICE, p. 46). Para Kelsen, Ciência do Direito e Sociologia do Direito não podem abranger o mesmo objeto, uma norma - um *dever-ser* - não existe para uma ciência que se oriente pelo *ser*. “A tentativa de Ehrlich mostra claramente que uma *sociologia do direito* torna-se uma sociologia da sociedade, pois o conceito de direito não pode ser definido *sociologicamente*.” (APÊNDICE, p. 46).

4.2 A RESPOSTA DE EHRLICH ÀS CRÍTICAS DE KELSEN

Em 1916, no Vol. 41 do mesmo periódico, Ehrlich publica sua resposta à crítica de Kelsen. Curta, se comparada com a invectiva de Kelsen, Ehrlich não ter a intenção de analisar pontualmente cada um dos itens propostos por Kelsen, apenas corrigir alguns erros de interpretação que o mesmo cometeu da leitura de sua obra.

> Neste periódico publicou Kelsen uma pormenorizada e absolutamente desfavorável resenha do meu livro: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Não é minha intenção escrever uma refutação. Refutações tenho eu por inadmissíveis em geral. A resenha, entretanto, apresenta o conteúdo de meu livro de maneira totalmente incorreta e deformada. Não creio que eu seja obrigado a aceitar isso em silêncio. O Direito de uma efetiva retificação, que segundo as leis de imprensa, corresponde a todo prejudicado, não pode vir a ser recusado. (APÊNDICE, p. 47)

Ehrlich se defende da afirmação de Kelsen no que tange a confusão entre *Ser e Dever-ser*. Não há em sua obra nenhuma confusão de lei natural com a sua

prescrição. Também nega ter afirmado que uma norma pode concomitantemente ser uma regra de ser e uma regra de dever-ser. Isso seria dizer que a lei da gravidade é uma norma social.

> Quem sustenta esse tipo de coisa sobre alguém deve prová-la suficientemente. Kelsen cita de meu livro unicamente a tese que uma regra do Agir não é, "evidentemente, somente uma regra segundo a qual se age, senão também uma regra sob a qual se deve atuar". Isso significa, como se depreende do teor do texto e também segundo o contexto da frase, que as regras do Agir não somente determinam de fato a nossa vontade, mas também a devem determinar. (APÊNDICE, p. 47).

O princípio aduzido por Kelsen poderia estar correto ou incorreto, segundo o autor. Ehrlich afirma que a interpretação de Kelsen sobre sua obra foi um tanto forçada, e esclarece o seguinte:

> "Eu explico que em meu livro inteiro sempre tratei o Direito somente como uma *regra de dever-ser* e nunca como lei natural, como '*regra de ser'*, e que nele não se encontra nem uma só palavra que justifique a afirmação kelseniana. E agora eu exijo seriamente de Kelsen, segundo as *regras de ser* do decoro literário, que explique onde encontrou ele tal teoria em meu trabalho." (APÊNDICE, p.49)

O argumento mais precioso de Ehrlich na defesa de sua obra diz respeito à consciência que o mesmo possuía de suas inovações. Ehrlich não se propunha a continuar a tradição jurisprudencial que vigia nas Universidades de então. Uma vez que estava criando uma nova ciência, com um novo método, se fazia necessária a criação e o emprego de uma nova terminologia. "Posto que em meu livro eu tenha frequentemente adentrado em um novo território científico, precisei eu por isso criar em parte uma terminologia própria. A esta pertence a distinção entre norma jurídica e preceito jurídico" (APÊNDICE, p. 49). Sendo o Preceito Jurídico uma eventual formulação obrigatória com caráter geral de uma prescrição jurídica, este é sempre uma obra do legislador ou do jurista que redigiu a publicação legislativa.

> Além disso, acrescento outra definição de preceito jurídico, igualmente citada por Kelsen: a regra jurídica estável, expressa em palavras, emanada de uma coerção situada por sobre o indivíduo, que se lhe impõe a este de fora. Em vez de '*coerção',* teria eu dito melhor '*Autoridade'*; não obstante, minha intenção era evitar o estrangeirismo. Kelsen observa a esse respeito: "ele se refere evidentemente a norma de direito heterônoma, em sentido de *dever-ser*". Que se me permita dizer que não me refiro a norma de direito heterônoma, mas sim exatamente a que me referi. Rechaçarei decididamente este segundo intento de me fazer dizer algo distinto do que havia dito com clareza (APÊNDICE, p. 49)

Insistindo na precisão terminológica de sua obra, Ehrlich demonstra-se perplexo com a citação kelseniana acerca de Gierke, uma vez que em seu entendimento, ambos partiram exatamente da mesma definição de preceito jurídico. “Um preceito jurídico é, seguindo novamente Gierke, não o que Kelsen ‘pressupõe como válido’, mas sim uma norma que ‘de acordo com o convencimento *declarado* de uma comunidade, deve determinar a vontade dos homens livres de modo incondicional’”. (APÊNDICE, p. 52)

É incompreensível para Ehrlich, como pode Kelsen criticá-lo de haver presumido que um ato jurídico preceda a realidade concreta. Argumenta assim que Kelsen está distorcendo o que foi escrito no *Fundamentos*. Ehrlich diz não possuir um dicionário dos termos de Kelsen. Por essa, razão, Ehrlich admite, no final de sua *Resposta* não ter lido integralmente a crítica em questão. Exige, porém, que Kelsen lhe responda onde terá afirmado ser o direito sempre uma regra do dever-ser. Expõe o objeto da Sociologia do Direito em sua conclusão:

> O Objeto da Sociologia do Direito não é a Terminologia, mas antes a relação do Direito com a Sociedade. Em meu livro me ocupo com como o direito surge em função da sociedade, como a Jurisprudência e a Legislação concentram as sentenças de direito, e como isso volta a repercutir na sociedade (APÊNDICE, p. 53)

À resposta de Ehrlich contrapõe Kelsen uma Réplica aos argumentos levantados por este. Em seis páginas, Kelsen reitera o que afirmara em sua crítica, dando atenção especial ao sincretismo de métodos que se pode perceber na obra do autor de Czernowitz. No que tange aos conceitos de Norma Jurídica e Preceito Jurídico, Kelsen diz o seguinte:

> O fato que Ehrlich não compreenda a minha objeção, que a norma jurídica geral deva necessariamente ser *pressuposta logicamente* (e não *temporalmente*, como ele imputa erroneamente à concepção dominante) para toda a relação jurídica concreta, para que com esta venha reconhecida como *relação-jurídica*, o fato que ele não compreenda que a proposição jurídica - isto é, a norma jurídica geralmente vinculante - deve necessariamente ser o pressuposto válido daquela consideração que dá juízos de valor jurídicos sobre fatos jurídicos ou, o que é o mesmo, o avalia juridicamente, o fato que a ele é estranha a distinção entre juízos de fato e juízos de valor, entre explicação causal e valutação, tudo isto não me impressiona. Nisto, de fato, aparece somente a sua absoluta incapacidade de compreender o problema metodológico do qual se trata quando se encontra antes ao problema de separar a sociologia do direito da ciência jurídica dogmática. Ele me lisonjeia dizendo que serei o primeiro a distinguir entre consideração de valor - que pressupõe normas válidas - e explicações causais - neste sentido privada de pressupostos -, somente que ele acredita

> ser a minha (!) descoberta epistemológica uma descoberta malignamente terminológica! Ele, de fato, buscou, em vão, o termo 'pressuposto de consideração' em um dicionário estrangeiro. (APÊNDICE, p. 59)

A controvérsia se encerra com uma Réplica de Ehrlich e por fim um epílogo (*Schlusswort*) de Kelsen, onde os assuntos levantados por sua última réplica não são resolvidos. Os autores cessam de discutir sobre a natureza da ciência do direito, de forma que as principais divergências entre Ehrlich e Kelsen ficaram abertas, um fato que, como atesta LÜDERSSEN (2003, p. XXIV), poderia ter sido revertido com as mudanças na Ciência do Direito no pós-Segunda Guerra Mundial, se Ehrlich ainda estivesse vivo.

Bart Van Klink, na conclusão do artigo que originou esse trabalho de conclusão de curso, atesta que "a sociologia enquanto uma ciência empírica não é qualificada para elaborar uma tipologia de normas. Seu trabalho é descrever regularidades do comportamento social que necessariamente se manifesta como fatos (...)" (2009, p. 151). Entretanto, tão logo busque a Sociologia encontrar explicações para tais regularidades no comportamento social, de fato importa se as normas são ou não resguardadas pelo Estado. Enquanto a violação de normas jurídicas gera sanções pré-definidas pelo Estado, as normas não jurídicas são protegidas predominantemente pela opinião pública. Se tal não fizer nenhuma diferença, uma diferença de fato essencial, pode-se perguntar então por que há uma necessidade empírica para um Estado (2009, p. 152).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate travado entre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen representou em sua época o choque de duas visões e interpretações sobre o estudo científico do fenômeno jurídico, vinculadas ao panorama político, cultural e econômico europeu no período de transição do século XIX para o século XX. Em considerável medida ambos os intelectuais se colocaram contra a ciência do direito existente à época, ainda que seguindo orientações diametralmente opostas. Da mesma maneira, ambos os autores reconhecem a pertinência da existência de uma sociologia do direito e a relevância do estudo empírico do impacto do direito na sociedade em que viviam. Todavia, enquanto Kelsen advoga por uma nítida separação entre ciência do direito e sociologia do direito, Ehrlich propõe um caminho inovador para o estudo científico do direito que o eleva à posição não só de fundador da sociologia do direito mas também de precursor do paradigma sociojurídico. Como se sabe, as ideias de Kelsen tiveram um impacto muito maior que as de Ehrlich no decorrer do século XX.

Considerando os principais pontos desse debate, levantados em Ciência do Direito e Sociologia do Direito: uma Controvérsia – a distinção entre preceito jurídico e norma jurídica, a análise dos fatos de direito, a distinção entre direito e estado e o método da sociologia do direito – é possível apontar uma divergência principal entre Kelsen e Ehrlich, da qual outras são derivadas. Para Kelsen, o estudo científico do direito se caracteriza pela nítida distinção entre fato como *ser* e norma como *dever-ser*, razão pela qual acredita que exista uma ciência do direito, que se ocupa do dever-ser, e uma sociologia do direito, que se ocupa do ser. Para Ehrlich, a sociologia do direito é a ciência do direito, na medida em que, estudando os fatos de direito, aborda tanto o *ser* e quanto o *dever-ser* como manifestações inseparáveis do fenômeno jurídico na vida social.

Essa divergência principal resta evidenciada pelo conceito de norma empregado por cada autor. A norma possui uma importância capital para a formulação científica de direito proposta por Kelsen; enquanto uma ciência normativa, necessita de uma nítida separação entre a dimensão espaço-temporal dos fatos e a operação intelectual que capta seus significados. A clara distinção entre *ser* e *dever-ser* é um dos pilares de sustentação da ciência jurídica. Já a formulação científica de direito proposta por Ehrlich se centra na sociedade. Seu conceito de norma é sociológico; a norma é norma social, independente de sua

origem ou arena de reprodução social. Assim, enfoca os traços comuns entre as normas de direito estatal e as normas de outras associações sociais. Ehrlich reconhece a necessidade lógica de uma distinção entre ser e dever-ser, todavia o cerne do estudo científico do direito enquanto fenômeno social remete ao estudo das normas sociais e da maneira como as normas condicionam a ação social.

O método empregado por cada autor os obriga a analisar o direito por um ângulo diferente. O resultado da análise empírica do direito apresentou problemas novos a Ehrlich, inéditos à Ciência do Direito; daí a necessidade do desenvolvimento de uma terminologia nova aos intelectuais de sua época, a qual Kelsen qualifica como arbitrária. Embora Kelsen tenha se notabilizado pela originalidade de suas contribuições ao desenvolvimento da ciência do direito no decorrer do século XX, tanto a sua metodologia quanto a sua terminologia ainda estão, em grande medida, sintonizadas com as ideias e práticas da comunidade jurídica do contexto do Império Austro-Húngaro.

Em uma época em que a ciência jurídica não conseguia acompanhar as realidades sociais, ambos os autores tiveram de se debruçar sobre a metodologia de estudo do direito para além dos limites de possibilidade impostos pela ciência vigente em sua época. O Direito, porém, é um objeto tão vasto quanto um elefante diante de um ser humano munido apenas de seu tato para compreendê-lo: fica claro que o método aplicado na análise do objeto condiciona as conclusões a que se pode chegar, as quais, às vezes, podem ser tão discrepantes quanto às conclusões dos sábios cegos da parábola. E os cientistas são os cegos; os métodos empregados, suas mãos. Tudo depende, isto sim, de qual parte do elefante se está tocando.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **The Rational as Reasonable.** Dordrecht: D. Reidel Publishing Company. 1986.

ANDRADE, Vera R. P. **Dogmática Jurídica: Escorço de sua configuração e identidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1996.

ANÔNIMO. **The *Udāna* and The Itivuttaka**. Kandy: Buddhist Publication Society. 1997.

BARZOTTO, Luis F. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

COTTERRELL, Roger. Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies. In: HERTOGH, Marc (Org.) **Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009. p. 75 – 93.

_____. ***Law, culture and society*: legal ideas in the mirror of social theory**. Hampshire: Ashgate Publishing Limited. 2006.

EPPINGER, Monica. Governing in Vernacular: Eugen Ehrlich and Late Habsburg Ethnography. In: HERTOGH, Marc (Org.) **Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009. p. 21 – 47.

EHRLICH, Eugen. **Grundlegung der Soziologie des Rechts**. 1. ed. Leipzig: Dunkler & Humblot, 1913. Disponível: https://archive.org/stream/grundlegungderso00ehrl#page/110/mode/2up

_____. **Fundamental Principles of the Sociology of Law.** London: Transaction Publishers. 2009.

_____. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1986.

_____. e KELSEN, Hans. **Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)**. Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. Entgegnung. In: **Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik**. Vol. 41. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1916. p. 57 – 65.

_____. Replik. In: **Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik**. Vol. 42. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1916/1917. p. 75 – 76.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GAREIS, Karl. **Introduction to the Science of the Law: systematic survey of the law and principles of legal study.** Boston: The Boston Book Company. 1911. Disponível em: https://archive.org/details/introductiontos00garegoog

HEIMANN, Heinz-Dieter. **Die Habsburger: Dynastie und Kaiserreiche.** München: C.H. Beck Verlag. 2006.

HERTOGH, Marc. From 'Men of Files' to 'Men of the Senses': A Brief Characterisation of Eugen Ehrlich's Sociology of Law. In: HERTOGH, Marc (Org.) **Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich.** Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009.

HOBSBAWN, Eric J. **A Era dos Impérios: 1875 - 1914.** 19. ed. Tradução de: Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2015.

HUSSERL, Gerhart. "Review of Fundamental Principles of the Sociology of Law by Eugen Ehrlich, Walter L. Moll". **University of Chicago Law Review**: vol. 5: n. 2.

KELSEN, Hans. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. In: **Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik.** Vol. 39. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1915. p. 3 – 54.

_____. Replik. In: **Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik.** Vol. 41. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1916. p. 67 – 72.

_____. Schlusswort. In: **Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik.** Vol. 41. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1916/17. p. 77 – 78.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 9. ed. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2012.

KOCOUREK, Albert. Translator's Preface. In: GAREIS, Karl. **Introduction to the Science of the Law: systematic survey of the law and principles of legal study.** Boston: The Boston Book Company. 1911.

KONZEN, Lucas Pizzolatto. A Ciência Jurídica na Encruzilhada: Uma Reflexão Sobre Paradigmas. **Revista Sociologia Jurídica,** n. 10, 2010.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 12. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LIKHOVSKI, Assaf. Venus in Czernowitz: Sacher-Masoch, Ehrlich and the Fin-de-siècle Crisis of Legal Reason. In: HERTOGH, Marc (Org.) **Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich.** Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009. p. 49 – 71.

LÜDERSSEN, Klaus. Einführung. In: EHRLICH, Eugen e KELSEN, Hans. In: **Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)**. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. V – XXI.

MALISKA, Marcos A. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich: aportes para uma Reflexão Atual sobre Pluralismo e Constituição.** 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MORENO MÍNGUEZ, Carmen. **Breve Historia del Imperio Austrohúngaro.** Madrid: Ediciones Nowtilus S.L., 2015.

NIMAGA, Salif. Pounding on Ehrlich. Again? In: HERTOGH, Marc (Org.) **Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich.** Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009. p.157 - 175

POUND, Roscoe. An Apprecition of Eugen Ehrlich. **Harvard Law Review:** vol. 36, n. 2. 1922. Disponível em: https://archive.org/stream/jstor-1329736/1329736#page/n1/mode/2up

REHBINDER, Manfred. Eugen Ehrlich, dem Begründer der deutschen Rechtssoziologie, zum 100. Geburtstag. **Juristen Zeitung**, 17. Jahrg., N. 19 (5 de outubro de 1962), p. 613-614.

ROUSE, Richard. Kuhn's Philosophy of Scientific Practice. In: NICKLES, Thomas (Org.) **Thomas Kuhn: Contemporary Philosophy in Focus.** New York: Cambridge University Press. 2003.

SCHORSKE, Carl. **Vienna: Fin-du-Siècle.** 4.ed. Nova Iorque: Vintage Books, 1980.

STERNBERG, Theodor. ***Allgemeine Rechtslehre*.** Leipzig: Spamerische Buchbinderei. 1904. Disponível em: https://archive.org/stream/allgemeinerecht00stergoog#page/n6/mode/2up

VAN KLINK, Bart. Facts and Norms: The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen. In: HERTOGH, Marc (Org.) **Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009. p. 127 – 155.

VOGL, Stefan. Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan. In: HERTOGH, Marc (Org.) ***Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich***. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009. p. 95 – 123.

WIEACKER, Franz. ***História do Direito Privado Moderno*.** 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1980.

APÊNDICE A

TRADUÇÃO DE “CIÊNCIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA DO DIREITO: UMA CONTROVÉRSIA” (1915 - 1917)

1. Uma Fundamentação para a Sociologia do Direito[7]- Hans Kelsen (1915)

I.

Quando um dos líderes e fundadores de uma assim chamada ciência 'sociológica' do direito, novíssima e cada vez mais forte, apresenta à opinião pública uma grande obra, cujo título anuncia a *Fundamentação* dessa nova disciplina, dirige-se, com razão, a tal empresa uma curiosa expectativa e uma grande esperança. Todas as numerosas tentativas de reformar radicalmente a Ciência do Direito da cabeça aos pés falharam até então; muitas, fazendo, frequentemente, ataques apaixonados contra uma Jurisprudência retrógrada e não científica sob o estandarte da Sociologia. E isso ao ponto de que se deveria duvidar seriamente se por trás de um tópico de Sociologia haveria um esforço realmente uniforme, voltado a um fim claro e objetivo, vale dizer, um fundamento científico. E se alguém em absoluto estivesse apto e capacitado a apresentar esses fundamentos, esse seria seguramente Eugen Ehrlich, cuja espirituosa e vivaz retórica em seus cativantes escritos recrutou uma forte comunidade de seguidores, guiando-os e os orientando há mais de duas décadas nessa luta acerca da Ciência do Direito.

O contraste fundamental, que ameaça dividir a Ciência do Direito, no que tange ao Objeto e ao Método, em duas tendências diferentes, a partir do zero, resulta da dupla perspectiva à qual se acredita poder submeter o fenômeno jurídico. Pode-se considerar o Direito como *norma*, i. e., como uma forma específica do *dever-ser*, como determinada regra-de-*dever-ser*, e de acordo com isso, constituir a Ciência do Direito como uma ciência *normativa* e *dedutiva* do *Valor*, como a Ética ou

---

[7] Quando Kelsen cita o *Grundlegund der Soziologie des Rechts* (Fundamentos da Sociologia do Direito), os trechos apresentados são extraídos da edição brasileira da Editora Universidade de Brasília, traduzida por René Ernani Gertz. A 1ª edição alemã, aqui utilizada para conferir a citação e revisar a tradução, encontra-se disponível na Internet.
Vide:https://archive.org/details/grundlegungderso00ehrl. Os termos que estiverem em itálico no texto são grifos do próprio autor no texto original, mesmo quando citando os originais de Ehrlich ou de outros autores, exceto quando entre chaves por opção do tradutor, a fim de explicitar o termo original quando de difícil tradução. Além disso, os sinais gráficos ora empregados são os seguintes: ( ) - parênteses utilizados no original pelo autor;[ ] - chaves utilizadas para explicitar as palavras chave ou conceitos essenciais na língua original, se a tradução puder se mostrar ambígua; < > - Setas utilizadas para adicionar palavras que não se encontram no original a fim de tornar o conteúdo traduzido gramaticalmente correto na língua portuguesa. (Nota do Tradutor).

a Lógica[8]. Mas pode-se também tentar compreender o Direito como uma parte da *realidade* social, como fato ou acontecimento, cuja *regularidade* é compreendida *indutivamente* e *explicada* causalmente. O direito é aqui uma *regra-do-ser* de uma determinada conduta humana; a ciência do direito, uma ciência da realidade trabalhando segundo o modelo das ciências da natureza. Ainda não foi dito de modo algum se e em até que ponto ela é também uma ciência social. Mas na medida em que se atribui o caráter de *social* a uma regra que afirma uma forma conhecida e homogênea de comportamento dos homens em seu convívio, uma ciência que se empenha em procurar tais regras "sociais", as regras da vida jurídica ou as regras do direito, é designada como Ciência Social, ou caso se quiser, Sociologia. Que uma tal sociologia seja teoricamente possível e desejável para a explicação do convívio dos homens, não pode ser colocado aqui em discussão. Se e em até que ponto uma Sociologia do Direito é possível, ainda vai ser examinado mais adiante. Em todo caso, deve-se ter claro a esse respeito que uma sociologia do direito é fundamentalmente diferente, por método e objeto, de uma ciência do direito que se coloca a tarefa de reconhecer, não o que de fato é, mas sim o que deve ser por conta do direito, uma ciência do direito *valorativa*, não explicativa, em outras palavras: uma ciência *normativa* do direito. Não se pode, naturalmente, falar de uma luta entre as duas disciplinas, no sentido de que, de um ponto de vista geral do conhecimento científico, somente uma ou outra seja legítima e possível[9].

---

[8] O dever-ser jurídico encontra-se *próximo* do dever-ser ético, do estético, do lógico e do gramatical como uma entre mais possibilidades. O valor absoluto do direito não é pensado aqui como um valor absoluto, mas sim como um valor relativo. O conceito de dever-ser (*Sollen*) precisa ser tomado aqui - justamente em referência à ciência do direito - em um sentido puramente *formal*. Tal será aqui acentuado contra a concepção, hoje uniformemente sustentada, que entende o "dever-ser" somente no sentido material de um valor absoluto. A *compreensão* (e não o *ato de estatuir*) da ciência do direito ocupa-se do dever-ser jurídico. Neste sentido esta possui um caráter normativo, conforme meus *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, p. 3 e ss. (Nota do Autor).

[9] Recentemente Radbruch (*Grundzüge der Rechtsphilosophie,* Leipzig, 1914) fez a tentativa, em afinidade com o sistema de ciência de Rickert, de colocar o conceito de direito e, por conseguinte, o de ciência do direito, *entre* as categorias de Ser e Dever-ser. Este "singular interregno" (p. 38) é o reino da "*Cultura"*. O conceito de direito é um conceito cultural, a ciência jurídica é uma ciência cultural. Não há aqui ensejo para uma discussão mais aprofundada dessa concepção. Sua impossibilidade lógica, porém, origina-se já das exposições introdutórias de próprio Radbruch. "Fenômeno cultural é uma estrutura do *ser* na medida em que pode ser objeto de uma *valoração*, na medida em que o substrato é possível de um valor ou desvalor" (p. 39). E assim, o direito é, segundo Radbruch, também uma "estrutura do *ser*" enquanto serve como substrato ao valor da justiça (p. 39). Mas como pode uma estrutura do ser tornar-se substrato de um *valor* se o próprio Radbruch, totalmente correto algumas páginas antes (p. 35), depois de ter colocado as categorias de ser e dever-ser (respectivamente sinônimos de realidade-natureza e valor-escopo) como uma "subdivisão fundamental de todo o pensável", diz que o "dado" [Ge*gebenheit*] torna-se reino do *ser* quando "se opõe" esta independentemente de valor ou desvalor, cegamente em relação aos valores; caso se oponha aquela a essa, da maneira valorativa, essa se ordena assim em um reino do dever-ser, em

Absolutamente inadmissível é apenas uma confusão da problemática das duas tendências, um *sincretismo dos Métodos* da Jurisprudência Normativa e de uma Sociologia explicativa do Direito.

É discutível se, sob tais circunstâncias, ainda faça sentido qualificar ambos os tipos de tendência de conhecimento científico como Ciência do Direito, e assim despertar a ilusão de um objeto comum. Com a diferença da tendência de observação e a forma de pensamento - aqui o *ser*, lá o *dever-ser* - dá-se como resultado também uma completa diferença do objeto. Aquilo que os homens regularmente *fazem* em uma certa relação e aquilo que *devem* fazer por conta do direito precisam ser coisas ao menos *formalmente* diferentes nos casos em que o *conteúdo* das normas que determinam o que deve acontecer coincide com o conteúdo daquelas regras que afirmam o que efetivamente acontece; em outras palavras, como se não houvesse outro direito que não o direito consuetudinário.

De um ponto de vista puramente metodológico, não pode haver discussão de que tanto o modo de conhecimento cuja essência forma a jurisprudência *normativa* quanto os juízos sobre *obrigações* jurídicas e as *autorizações* sobre a *norma* jurídica - no sentido de regras de *dever-ser* e relações de *dever-ser* - precisam ser completamente alheios a uma ciência sociológica do direito, a qual lida apenas com o *ser*. Uma ciência sociológica do Direito nunca pode dizer a que e sob quais condições uma pessoa ou uma categoria de *pessoas* está juridicamente obrigada ou autorizada, mas unicamente *a que coisas* determinados *seres humanos* (até mesmo o conceito de *pessoa* é com efeito puramente normativo!) sob certas precondições costumam fazer ou não fazer. “Todas as noções de uma ciência sociológica do direito podem apenas conter noções de realidade, juízos de fato, isto é juízos sobre o nexo causal de determinados fenômenos regulares, e não podem conter juízos de

---

um reino dos valores”. O direito, ou um fenômeno cultural que se queira, podem ser uma estrutura do *ser* na medida em que a consideração é “cega aos valores”. E, todavia, segundo Radbruch, o direito, propriamente, como fenômeno cultural, é objeto de uma valoração ou substrato de um valor! Evidencia-se aqui uma contradição lógica. Um (s)*ente* [*Seiendes*] não pode ser *valorado*, pois se apresenta como ente somente em uma maneira de consideração essencialmente diferente daquela que traz a uma valoração. A contradição desaparece facilmente ao se expor as categorias de ser e dever-ser como uma “fundamental subdivisão de todo o pensável” - da mesma maneira que o faz o próprio Radbruch - e, precisamente, uma subdivisão exaustiva em dois conceitos que se excluem; daí que uma coisa que não “seja” nem “deva-ser”, não pode ser válida, não pode ser considerada como existente, nem pode ser pensada. (N. do A.)

valor, como ‘isto é lícito; aquilo, ilícito’, ‘alguém é obrigado a isso, autorizado a isso’, assim como para a Biologia, a Química ou a Psicologia não há bem ou mal, justo ou injusto [*Recht oder Unrecht*], obrigação ou autorização, mas somente fatos indiferentes aos valores e ao seu nexo causal.

Por enquanto, deixaremos em aberto como e se uma parte da realidade social pode ser diferenciada - por uma consideração puramente causal, portanto (relativamente) privada de pressupostos - como *direito* ou *vida do direito,* no que tange a um outro tipo de realidade social efetiva sem qualquer relação com certas *normas* (*regras de dever-ser*) pressupostas *pelo observador* como válidas; em outras palavras, deixaremos em aberto como e se o postulado - de se conceber o direito como uma espécie particular de regra do *ser* da vida social dos homens - pode ser concretizado e de como distinguir seu nexo com outras regras do comportamento social. Por evidente, a solução de tal problema deve constituir a pedra fundamental e a pedra angular de uma teoria sociológica do direito. Estaria estabelecido aqui apenas o seguinte: é extremamente desviante definir do mesmo modo a jurisprudência normativa e a disciplina especial sociológica como ciência do direito; não só no caso em que a solução do problema primeiramente apontado venha a se demonstrar teoricamente impossível, mas também no caso em que se reconheça uma afirmação sobre um dever-ser - uma norma, uma obrigação ou autorização, em resumo, um *juízo de valor* - como a essência dos conhecimentos *jurídicos*, como elemento específico dos juízos que afirmam qualquer coisa como *jurídica*, pois uma análise de qualquer juízo jurídico se embate em tal elemento de valor ou de dever-ser. Assim, não vem minimamente colocada em dúvida a legitimação de existência de uma ciência que pesquisa e explica o comportamento social regular dos homens, *ao lado* da Ciência Normativa. Ainda que fosse possível distinguir como “*Direito”* certas regras do comportamento efetivo de outras regras sociais, dando fundamento a uma sociologia especial do direito, este conceito de Direito - que representa uma categoria do *ser* social - seria algo claramente diverso em essência do conceito normativo do direito, que entende o direito como norma, sendo assim considerado como categoria do *dever-ser*. Se entre ambos os conceitos se suscita de alguma maneira uma relação que justifique uma igualdade dos *termos*; tal seria então um outro problema.

Deve ser visto como uma falha grave da obra de Ehrlich o fato que seu *Fundamentos da Sociologia do Direito*, já no início, deixe de apresentar uma clara e nítida separação entre observação de valor e observação de realidade. Ehrlich diz desejar estabelecer a sociologia do direito como uma ciência puramente "teórica", em contraste com a jurisprudência "prática", do modo que foi até então desenvolvida. Ele repreende a falsa jurisprudência de "abstrata e dedutiva".

> "Como se o Espírito humano não pudesse fazer mais que criar entidades sem alma, que quanto mais abstratas perdem cada vez mais a relação com a realidade. Assim a Jurisprudência se opõe frontalmente a toda ciência autêntica, onde predomina o método indutivo, que procura aprofundar o conhecimento da essência das coisas através da observação de fatos e da coleta de experiências (EHRLICH, 1986, p. 14)[10].

A opinião, ingênua, de Ehrlich é claramente aquela de que toda ciência pode proceder apenas *indutivamente* e parece não conhecer absolutamente a possibilidade de conhecimento científico com método *dedutivo*. Ele também parece esquecer, por sua aversão a abstrações "*sem alma*", que nenhum conhecimento pode abdicar de abstrações ou conceitos, os quais, por conta do fenômeno individual concreto, devem necessariamente ser "*sem alma*". Mas no que diz respeito à "*relação com a realidade*", a sua falta não pode ser uma recriminação contra uma ciência que desde o princípio não quer ser uma explicação da realidade. O que resulta dessas afirmações, que não são outra coisa que lugares comuns, é a ideia pela qual uma "ciência" do direito é possível somente como disciplina indutiva e causal-explicativa. Seria, sem dúvida, necessário pensar uma Sociologia do Direito. E assim surgindo como uma perfeita oposição a uma Jurisprudência Normativa. Sozinho, em uma direção completamente diferente, Ehrlich busca a oposição de sua Sociologia do Direito com a Ciência do Direito até então desenvolvida. Esta considera o Direito erroneamente como "*regra para o agir* dos tribunais *e de outras* instâncias *governamentais"* (1986, p. 17)[11]; enquanto para a Sociologia, "*o Direito seria uma regra do agir humano"* (1986, p. 14)[12]. Naturalmente, por conta do duplo significado da palavra *regra* - *regra do ser, regra do dever-ser* - depende muito em qual sentido Ehrlich toma essa palavra ambígua. *Ele confunde, sem exceção, ambos*

---

[10] No original alemão: p. 6. Na tradução da UnB: p. 14.
[11] P. 9; UnB: 17.
[12] P. 6; UnB: 14.

os significados um com o outro, tomando o princípio geral, segundo o qual uma regra do Agir seria "*evidentemente* uma regra de acordo com a qual não só em geral se age, mas se deve agir" (1986, p. 15, grifo nosso)[13]. Tal princípio é claramente falso! De fato, aquela regra, que vem inquirida como uma consideração causal-explicativa, não é uma regra do *ser*, a qual não dá nenhuma explicação sobre o que deve-ser. Aquilo que, claramente, deve suceder não está, pois, em questão para a consideração causal-explicativa. A Biologia não busca constatar como determinadas entidades vitais *devem* se comportar em determinadas condições, quais são suas obrigações e direitos, mas só e exclusivamente como essas regularmente se comportam. E precisamente dessa maneira o Sociólogo pode apenas pesquisar as regras do *ser* do comportamento humano - enquanto a Sociologia é precisamente uma ciência causal-explicativa do *Ser* -; e tais regras do Agir informam tão pouco sobre o *dever-ser* quanto as regras ou leis da Biologia. É um modo de consideração de todo diferente daquele direcionado às regras do *dever-ser*, isto é, o (modo de consideração) direcionado às Normas. Seguramente, pode haver Normas que estatuem como *deveria-ser* uma conduta que vem sendo sempre praticada. Lida como os teus companheiros sempre têm lidado. Sozinha, essa regra *regra-do-dever-ser* nada esclarece, não revela nenhum nexo-causal. Essa norma não é a única norma possível! E, sobretudo, afirmar que essa é a única *norma jurídica* possível seria claramente errado. Podem se dar Normas de Direito que tenham tal conteúdo, mas sem dúvidas essas são outras! Assim, no campo do direito, *regra-do-ser* e *regra-do-dever-ser* são de todo diferentes quanto à forma, mas quanto ao conteúdo - ainda hoje, mas apenas em sua menor parte elas coincidem. Ou quer Ehrlich rigorosamente sustentar que ele considera como válido ainda hoje só o direito consuetudinário?

Caso se analise mais de perto o contraste, no qual Ehrlich tenta colocar a sua nova sociologia "teórica" do direito contra a Jurisprudência "prática" como desenvolvida até agora, isso indica não ter este um significado de princípio de qualquer espécie, e que, pelo contrário, não pode ser definido de modo algum como "contraste". Até agora foram analisadas apenas as regras sobre as quais uma determinada categoria de seres humanos agiu: os tribunais ou outros órgãos

[13] P. 7; UnB: 15

estatais. Por outro lado, a sociologia do direito busca as regras segundo as quais agiram *todos* os seres humanos. Assim Ehrlich, em ambos os casos identifica, sem cerimônias, as regras do agir efetivo com as regras do dever-agir. No fundo - dever-se-ia julgar - a jurisprudência até hoje seria também uma sociologia, não uma sociologia *geral*, mas uma sociologia *particular*, uma sociologia dos órgãos estatais e - caso se identifique o Estado com seus órgãos - uma sociologia do *estado.* O que nos é necessário, porém, é uma Sociologia do *Direito*, que apresente as regras do agir humano "geral". Que esse agir humano "geral" não seja o agir dos homens em geral, mas somente um Agir dos homens de todo *particular*, um agir segundo uma determinada direção, é evidente no momento que tudo que deve ser fundado não é uma sociologia geral, mas sim uma Sociologia do *Direito*. Será posteriormente analisado como Ehrlich, dentre todas as outras tendências do Agir humano, diferencia esta determinada tendência como "Direito". "Agir Humano Geral" deve evidentemente ser a - muito inadequada - expressão de que o fato que deve ser estudado não é só o agir dos órgãos estatais. É simplesmente incompreensível, porém, se Ehrlich julga apresentar uma consideração *científica (teórica)* em oposição à consideração *prática* "orientada por funcionários judiciais", com esta extensão de sua pesquisa sobre órgãos estatais. É como se ele identificasse o contraste entre Regra para o Agir dos órgãos estatais e a Regra para o Agir de todos os seres humanos, com o contraste entre o teórico (científico) e o prático, isto é, o contraste entre o causal e o normativo, entre Ser e Dever-ser! Se fosse correto que a Jurisprudência dominante procura as regras com base nas quais agem os Órgãos Estatais (e para tal devem agir no sentido de Ehrlich), então seria essa uma disciplina teórica e científica, como a Sociologia do Direito Ehrlichiana, a qual procura as regras segundo as quais agem não somente os tribunais, mas todos os seres humanos, sobretudo essas "Regras do Agir Humano Geral" não são de modo algum apenas regras do Ser, mas são também, ao mesmo tempo, regras do Dever-ser, isto é, *normas*. Tais "regras", que ao mesmo tempo vêm definidas como uma "Ordem", "que indica a cada membro dessa organização a sua posição, sua super ou subordinação na comunidade e suas tarefas" (1986, p. 25)[14], são, assim, regras pensáveis em tudo e por tudo como prescrições de *dever-ser*; isso quer dizer que até mesmo tal Organização vem preenchida de "obrigações jurídicas". Tais regras,

[14] Original: 18; UnB: 25.

cuja apresentação é a tarefa da Jurisprudência "científica" em oposição àquela "prática" e cuja determinação é a finalidade da Sociologia do Direito "teórica", têm, assim, ao mesmo tempo um caráter *prático* e um *teórico*!

Assim começa a "Fundamentação" de uma nova ciência!

II.

Não é fácil escrever uma crítica *sistemática* de uma obra como os *Fundamentos da Sociologia do Direito* de Ehrlich, que, de tão *assistemática*, é apenas uma reunião de alguns ensaios. Então, nem sempre um sistema é uma vantagem e a falta de uma classificação rigorosa – em particular nos trabalhos de crítica negativa - é às vezes uma facilitação pela qual o leitor deve ser grato. Porém, quanto à fundamentação de uma nova ciência dificilmente poder-se-á renunciar a uma construção planejada para dar sólidos fundamentos aos conceitos e aos princípios mais importantes, sem os quais não se pode falar de uma *fundamentação.* Infelizmente, o trabalho de Ehrlich deixa muito a desejar nesse sentido. É quase impossível, nessa exposição, seguir a própria exposição de Ehrlich; essa faz perder qualquer nexo interno, se repete continuamente, analisa pressupostos importantes só em meio a questões especiais e é interrompida por longas digressões de história do direito que nada têm de relativo ao tema.

Nas páginas seguintes são analisados os conceitos fundamentais e os problemas principais com os quais Ehrlich opera ao longo de sua exposição, em acréscimo, paralelamente ao ponto de vista de Ehrlich sobre a sociologia do direito como uma ciência que deve determinar as regras do Agir Humano Geral pela via indutiva.

Um dos resultados mais importantes do trabalho ehrlichiano é a compreensão, na verdade negativa, de que o Direito não consiste, como sempre se acreditou até agora, de *preceitos jurídicos*[15]. Ele não consegue protestar o suficiente

[15] Cabe esclarecer sobre a tradução do termo alemão *Rechtsätzen.* Segundo a versão italiana de Carrino (1992) seria: *proposizione giuridiche*. A tradução brasileira sofreu um pequeno equívoco que me foi esclarecido pelo seu tradutor, René Gertz. Segundo Gertz, a UnB lhe solicitou a tradução de três capítulos da obra como teste. Uma vez aprovado, o professor continuou a sua tradução, porém sem ter acesso aos três primeiros capítulos. Na versão de teste, o termo foi traduzido como *proposição jurídica*. No restante do texto, o professor empregou o termo *preceito jurídico.* A editora da

- enfaticamente o suficiente - contra a errônea doutrina que julga ser o Direito uma *"soma de preceitos jurídicos".* Antes, porém, de examinar os argumentos de Ehrlich, é necessário constatar o que pode ser entendido por "preceito jurídico" de uma maneira geral. Preceito Jurídico significa ou a expressão de linguagem para um dever-ser jurídico, e neste caso é idêntico à "norma jurídica"; ou a expressão linguística para uma regra de um acontecimento concreto[16], tendo o mesmo significado que uma regra jurídica no sentido do ser. Uma diferenciação entre "preceito jurídico" e "norma jurídica" não é aconselhável; essa se dá, porém, quando se entende por norma jurídica somente o *Imperativo* do comportamento conforme o direito[17]; por "preceito jurídico", por outro lado, se entende uma outra figura linguística, por exemplo, a *Sentença* que vincula um determinado *fato* a uma consequência jurídica do ilícito. A norma jurídica vem então decretada pelo preceito jurídico. Talvez seja recomendável, para o uso geral dos termos "preceito jurídico" e "norma jurídica", citar um autor cuja autoridade é reconhecida pelo próprio Ehrlich. *Gierke* diz, em seu *Deutsches Privatrecht*: *"O direito objetivo é* a síntese dos preceitos jurídicos. *Preceitos jurídicos*, porém, são *normas*, que segundo a convicção declarada de uma comunidade, devem determinar externamente a livre vontade humana de maneira incondicionada"[18]. Gierke identifica, portanto, preceito jurídico com a norma jurídica.

Ehrlich afirma, todavia, que havia, em tempos primitivos, Direito e Relações Jurídicas, mas não preceitos jurídicos. O direito dos tempos primórdios seria idêntico à "ordem interna" das associações originais. "Prescrições jurídicas são totalmente desconhecidas entre povos que ainda se encontram em um estágio de desenvolvimento inferior" (1986, p. 35)[19]. Mas o que é essa "ordem interna"[20] das associações sociais? De fato, como toda "ordem", ou é uma soma de *normas* ou determinadas regras do ser da conduta dos membros da associação uns com os

---

UnB, utilizando os capítulos de teste misturou os dois termos. Por isso, segundo esclarecimento do professor René Gertz, nos três primeiros capítulos da Edição da UnB de *Fundamentos da Sociologia do Direito*, onde se lê *proposição jurídica* deve se ler *preceito jurídico*. (N. do T.)

[16] No original: *eine Regel tatsächlichen Geschehens* (N. do T.).

[17] Utilizei a solução italiana "si intende solo l'imperativo a comportarsi in maniera conforme al diritto…" em detrimento do original alemão "wenn man als Rechtsnorm nur den *Imperativ* rechtmässigen Verhaltens" (p. 12, segundo parágrafo) por questões de sintaxe (N. do T.).

[18] Kelsen cita a página 113 como origem da referência. Não especifica, porém, a edição (N. do T.).

[19] Edição alemã: 28; UnB: 35.

[20] Mantive a opção de tradução da UnB, que traduz *Ordnung* por *Ordem*. Para a tradução Italiana, o tradutor emprega o termo *Ordinamento*.

outros, isto é, em última instância, uma certa *regularidade* de sua conduta recíproca. Se presume que, para a Sociologia, o significado último do conceito de ordem deveria ser decisivo. Dessa ordem interna das associações primitivas, que significa o direito das mesmas, diz Ehrlich: "(...) este direito estabelecia os pressupostos e as consequências de um casamento válido, relacionamento dos cônjuges entre si, dos pais com os filhos e das parentelas, das famílias e das comunidades domésticas" (1986, p. 29)[21.] Essa "ordem", porém, é algo completamente diverso de uma regra sociológica do ser! Ehrlich a descreve como explícitas prescrições de dever-ser. E não se compreende que outra coisa poderiam ser essas prescrições, que fundamentam esses vínculos jurídicos, que "determinam" os pressupostos de um matrimônio válido, o vínculo entre pais e filhos etc., se não normas jurídicas ou preceitos jurídicos, e precisamente preceitos jurídicos gerais "válidos" para todos os membros do grupo? Não é talvez aquela parte da "ordem interna", que - para dizer com as próprias palavras de Ehrlich - "estabelecia os pressupostos e as consequências de um casamento válido", um preceito jurídico geral sobre matrimônios, uma vez que não se refere a um matrimônio concreto e em particular, mas sim a todos os laços que querem que o mesmo *valha*, na associação, como "matrimônio"? Nessa associação, um fato concreto do laço entre dois seres humanos não é um matrimônio se, e apenas se, esse corresponde à "ordem" do grupo, e precisamente em sua ordem matrimonial? Não há talvez para aquele fato próprio singular aquela consequência jurídica determinada pelo ordenamento matrimonial? Ehrlich acredita que nesses grupos haveria um "Direito contratual".

> "O direito contratual repousa sobre o conteúdo dos contatos celebrados; não existem prescrições jurídicas gerais sobre o contrato; inexistem todas aquelas regras que determinam, complementam e interpretam, das quais o *corpus iuris* e os códigos modernos estão cheios" (1986, p. 29)[22]

Claro! O ordenamento jurídico do *corpus iuri* e do Código Civil Alemão se distinguirá, naturalmente, em certa medida, do Direito dos tempos primitivos das populações. Porém, se, nos tempos antigos, uma promessa feita de A para B, e por este aceita, devia criar uma relação de direito, devia ser um contrato com efeito jurídico, então é necessário pressupor como válido ao menos o preceito jurídico pelo qual a

[21] Original: 22; UnB: 29.
[22] Original: 23; UnB: 29.

declaração de um tal acordo de vontades devia ser vinculante. De que outro modo se poderia de fato falar em obrigação e direito? Se, porém, se limita à consideração do elemento real e se pode, sob a base de seu material de observação, afirmar que também antigamente foram efetuadas, no âmbito dos grupos primitivos, uniões sexuais duradouras, que foram contratos efetivamente adimplidos, não é com uma regra do ser constatada, uma *regra jurídica* no sentido que Ehrlich desenvolve o conceito sociológico-científico de Direito? Deve-se renunciar a qualquer possibilidade de compreensão, quando Ehrlich, depois de haver definido o único conceito *científico* de Direito como uma "*regra* do agir humano", afirma que o antigo direito estatal romano seria um direito *sem* regra jurídica:

> "O que Mommsen nos apresenta sob este título é (...) uma descrição daquilo que os órgãos governamentais romanos efetivamente executaram durante a existência do Império Romano. Mommsen apresenta prescrições jurídicas gerais, mas estas, com reduzidíssimas exceções, são resultado de seu próprio trabalho mental; ele próprio as derivou dos fato; em Roma elas nunca foram regras aplicadas aos fatos" (1986, p. 31)[23]

Ou:

> "Tácito conta muitas coisas sobre as relações jurídicas entre os antigos germanos, mas mesmo uma análise superficial de seu relato nos mostra que ele não apresenta regras jurídicas, mas apenas dados sobre o que os Germanos faziam ou deixavam de fazer em determinadas situações" (1986, p. 32)[24]

Pode haver para uma ciência "sociológica" do direito, pela qual o direito é uma regra do comportamento de fato, um direito público romano diferente daquele que descreve aquilo que os órgãos estatais romanos realmente fizeram, um direito alemão diferente daquele que descreve o que os germanos realmente fizeram? Consiste o Direito em alguma outra coisa que essas regularidades, do que essas regras do Ser? Essas regras não são exatamente aquilo que Ehrlich qualifica posteriormente, na qualidade de Direito "*vivo*"[25], como objeto específico da Jurisprudência? E podem tais regras jurídicas ser deduzidas de outra coisa senão fatos? Podem tais regras jurídicas sociológicas ser alguma outra coisa diferente de quaisquer regras biológicas ou meteorológicas, que somente podem ser abstraídas

---

[23] Original: 24; UnB: 31.
[24] Original: 25; UnB: 32.
[25] Mantive a opção de tradução da UnB. Literalmente, *lebendes* Recht significa Direito *vivente.* (N. do T.).

da realidade efetiva? Seria possível que por “preceito jurídico” Ehrlich entenda uma *regra de dever-ser*? Mas, por acaso, ele não explicou que toda a regra de ser é ao mesmo tempo uma regra de dever-ser? Em uma terminologia muito arbitrária, Ehrlich designa “preceito jurídico”:“(...) isto é, as regras fixas que emanam de um poder acima do indivíduo e que lhe são impostas de fora” (1986, p. 29)[26]. Ele refere-se, evidentemente, à *norma* jurídica *heterônoma* (no sentido de ser). Em outro ponto, acredita ele novamente que “A prescrição (SIC) jurídica é a redação (*contingente*, *geralmente vinculante)* de uma determinação jurídica em uma lei ou um código” (1986, p. 36)[27] . Mas desde quando pertence à essência do preceito jurídico o fato de necessariamente ter de ser registrado *por escrito*? *Estes* preceitos jurídicos não existiam nos tempos antigos, mas naturalmente o ordenamento jurídico não consiste *destes* preceitos jurídicos sozinhos! Porém, se Ehrlich compreende por “preceito jurídico” uma norma universalmente vinculante, logo uma prescrição de *dever-ser*, não se pode então entender por que para ele o direito consiste, pelo menos em parte, de tais preceitos jurídicos. É então o Direito em parte regra do ser e em parte prescrição de dever? Porém, tal não é possível caso se deva dar um conceito unitário de direito! Tem-se, por vezes, a impressão de que ele considera que originariamente não houvesse nenhum preceito jurídico “geral” (1986, p. 31)[28], mas apenas diferentes ordens “internas” individuais das associações. Essa ordem, porém - se tal era uma “ordem” de todo - deveria necessariamente ser uma regra *universalmente válida* ou com efeitos universais. Os preceitos jurídicos tinham precisamente um limitado âmbito de validade. Só no curso do desenvolvimento da comunidade jurídica, ampliaram-se os círculos jurídicos.

Também quando Ehrlich compreende o conceito de preceito jurídico no sentido de norma jurídica, de regra de dever-ser, vira-se ele contra o errôneo ponto de vista dos juristas de que só se pode falar das relações jurídicas, dos negócios jurídicos etc., sob o pressuposto de normas jurídicas e preceitos jurídicos.

> “quando os juristas pensam que deve ter existido uma prescrição jurídica antes que fosse firmado um contrato válido ou redigido um testamento efetivo, a fim de que o *contrato ou o testamento tivessem validade* (atente-se aqui para o conceito de

[26] Original: 22; UnB: 29.
[27] Original: 29; UnB: 36.
[28] Original: 23,24; UnB: 31.

> prescrição jurídica!!!)[29], estão antepondo algo abstrato ao concreto. (1986, p.34, grifo nosso)[30]

Assim, estes cometem, segundo Ehrlich, um erro *lógico*.

> "O Estado antecedeu à constituição, a família é mais antiga que a ordem familial, a posse precedeu à propriedade, firmaram-se contratos antes de existir um direito contratual e mesmo o testamento é mais antigo que o direito testamentário, ao menos lá, onde o testamento teve sua origem" (1986, p. 34)[31]

É realmente difícil acreditar ser possível uma confusão tão primária entre relação temporal e lógica, como a que aqui se põe de fato. Nunca um homem razoável afirmou que normas jurídicas devam preceder *no tempo* os fatos que são juridicamente qualificados pelas normas jurídicas! Uma norma jurídica deve ser *pressuposta logicamente*, apenas se um fato concreto tiver um *significado* jurídico. Ou acredita mesmo Ehrlich que se possa considerar *sem pressupostos* um evento do ser, como, por exemplo, uma declaração de vontade sobre a falsidade de certos objetos depois da morte do declarante; que se possa considerar *sem pressupostos* o fato de que aquela manifestação deva ter determinados *efeitos jurídicos*. Acredita ele, seriamente, que a qualidade "lícito" e "ilícito", obrigação e autorização, aderem aos eventos do ser como o calor ou a cor? Que *juízos objetivos de valor ou significado*, como o são aqueles juízos jurídicos, sejam possíveis com uma mera observação da realidade efetiva? É de todo insensato dizer que haveria contratos ainda "*antes"* que houvesse um preceito jurídico contratual, se o "contrato" fosse um fato real do ser no mundo externo e o preceito jurídico acerca dos contratos fosse uma norma, um pressuposto de consideração no pensamento de quem avalia esse fato. É insensato afirmar que haveria contratos "*vinculantes"*, isto é, que se pudesse conceber um contrato vinculante, sem *pressupor* também uma norma que vincula certas *obrigações* à condição de acordo expresso de vontades, isto é, que qualifique um dever-ser daquele que declara a sua vontade. Quando Ehrlich com soberbo desdém grita aos juristas "que não de preceitos jurídicos, mas sim do relacionamento dos homens nascem direitos, de matrimônios, dos contratos e dos testamentos" (EHRLICH, 1986, p. 35), um equívoco tão absoluto da relação entre norma jurídica e fatos concretos desconcerta um teórico do direito. Por que, em todo

---

[29] Parêntese interposto por Kelsen.
[30] Original: 28; UnB: 34.
[31] Original: 28; UnB: 34.

o mundo, qualquer um é *juridicamente obrigado* a dar aquilo que juridicamente prometeu dar a um outro? Isto é, por que *deve* ele, em razão do direito comportar-se de um determinado modo? A questão é aquela do *fundamento cognitivo* desse juízo de dever, não a de uma *causa temporalmente* anterior. Só porque e somente quando a promessa dada e aceita vem pensada como condição de um dever-ser, de uma obrigação, é esse um *contrato vinculante*. E tal dever-ser não pode ser percebido como um fato do ser - como suporte fático contratual - tampouco ser inferido de um juízo de ser. Somente se eu *pressuponho* uma proposição que afirma que em determinadas condições, determinadas pessoas *devem* se comportar de um determinado modo, somente, então, pressupondo uma *norma*, posso alcançar a afirmação de uma obrigação e, assim, a hipótese de um contrato *vinculante*. É possível que ainda se devam dizer tais obviedades? Tem-se o cúmulo do equívoco, porém, quando Ehrlich, contra a concepção por ele obstada da relação entre preceito jurídico e suporte fático juridicamente relevante, opõe com ênfase ao final que: "fenômenos sociais não podem ser explicados pelo fato de serem juridicamente construídos [...]" (1986, p.35)[32]. Naturalmente é impossível, mas quando a Jurisprudência foi a tal ponto desviada para *explicar* "*fenômenos sociais"* com relação lógica entre prescrição jurídica e suporte fático?

Se por "preceito jurídico" se deve entender, como é usual, a norma jurídica geral vinculante, então é logicamente impossível pensar em comportamentos jurídicos sem o pressuposto (lógico) destes preceitos jurídicos. A terminologia de Ehrlich se afasta de fato da terminologia usual. O conceito de preceito jurídico que, na obra ehrlichiana, possui um significado extraordinário, quase se distingue como uma teoria da norma - as noções mais importantes se relacionam a esse conceito - é aqui sem precedentes obscuro e oscilante. É acentuado que "Normas jurídicas não devem ser confundidas com prescrições jurídicas. A Prescrição jurídica[33] é a redação de uma determinação jurídica[34] em uma lei ou em um código"(1986, p.36).[35]

---

[32] Original: 28; UnB: 35.

[33] Aqui, conforme correção do próprio tradutor da edição da UnB, René Gertz, onde se lêem prescrições jurídicas, leiam-se preceitos jurídicos. Do original alemão: *Rechtssätzen.* (N. do T.).

[34] Kelsen adiciona o ponto de interrogação após a palavra *zufällige*: casual/eventualmente. O termo consta na primeira edição alemã do *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, omitido, porém, na edição de 1967, editada por Manfred Rehbinder e base da tradução da edição brasileira da UnB. René Gertz, traduz *Rechtsbefehl* por *Determinação Jurídica.* Porém por questões de precisão terminológica - *befehlen,* em alemão austríaco, é o termo utilizado pelo general para ordenar seus soldados; logo, significa ordenar, conforme correção do próprio tradutor. A fim de não confundir com o

Naturalmente, normas jurídicas registradas, assim fixadas por escrito, em códigos ou livros de direito, existem apenas em estados de desenvolvimento muito adiantados. Mas alguém já os terá colocado em dúvida? Deveria resultar a grande descoberta de Ehrlich nessa trivialidade? Que nos tempos antigos não havia preceitos jurídicos? Nós não queremos aceitá-la em interesse da obra ehrlichiana. Por preceito jurídico não se podem compreender as frases gramaticais de uma lei ou de um código. Um tal conceito não teria, no entanto, absolutamente nenhum significado dogmático! O que é então um "preceito jurídico" no sentido de Ehrlich? "Uma norma jurídica", que precisa ser distinta de um preceito jurídico, "é a ordem jurídica transformada em ação, como acontece em uma associação *pequena*, mesmo sem uma redação clara" (p. 36)[36]. Bem, uma norma jurídica (*Rechtsnorm)* é um "comando jurídico" (*Rechtsbefehl*); no que se distingue um "comando jurídico" de uma "prescrição jurídica" (*Rechtsvorschrift)* - expressão com a qual vem qualificado o preceito jurídico? O comando jurídico deve ser "convertido em agir" para se tornar uma norma jurídica. E se a norma jurídica não é observada - isto é, se não é convertida em agir - não terá então o caráter de norma jurídica? O que significa "sem formulação clara" (*ohne wörtliche Fassung*)? Não deve todo comando jurídico, toda prescrição jurídica, poder ser formulado em palavras? Como deveriam então ser comunicadas as prescrições jurídicas e os comandos jurídicos se não *verbalmente*? Por conta disso, é evidente que esses não necessitam ser registrados em códigos ou textos de direito. Se preceitos jurídicos "que se tornam efetivos, estes preceitos[37] se transformam em normas jurídicas". Mesmo com a melhor das vontades não é possível fazer ideia disso!

> "mas em qualquer sociedade há muito mais normas jurídicas que prescrições jurídicas, porque sempre há mais direito para *situações específicas* que para *condições similares* e também existe mais direito do que os *juristas* tomam conhecimento, quando procuram fixá-lo em palavras" (1986, p. 36)[38]

Certo, mas como pode ser possível um "direito" para uma situação específica, se o direito é uma *Regra* (*Regel*)? Para que se possa falar em *Direito*, não necessitam ser

---

termo *ordem*, já empregado para *Ordnung*, leia-se em seu lugar o termo *comando*.
[35] Original: 29; UnB: 36.
[36] Original: 30; UnB: 36.
[37] Na tradução da UnB, onde se lê prescrição jurídica, leia-se *preceito*.
[38] Original: 29; UnB: 36.

determinadas da mesma maneira todas as relações semelhantes *dentro da comunidade jurídica*? O que significa a "ordem interna" (*Innere Ordnung*) das associações, da qual Ehrlich extrai preceitos jurídicos gerais senão ~~que~~ determinadas relações homogêneas (*gleichartige Verhältnisse*) que devem ser tratadas de igual forma no interior da associação? Desta "ordem interna" que não consiste em preceitos jurídicos e que significa Direito antes da existência de prescrições jurídicas (*vor der Existenz von Rechtssätzen*), Ehrlich diz, entre outras coisas, que "esta determina os pressupostos e as consequências de um matrimônio válido". De um único matrimônio ou de todo matrimônio contraído na associação? Há aqui um "Direito" para uma "única" relação ou para "todas as relações típicas"? Em outro ponto da obra, Ehrlich diz a mesma coisa: "Um fato isolado surgido na sociedade não é um fato social. (...) Somente quando (...) se generaliza torna-se parte constitutiva da ordem social" (1986, p. 95)[39]. Há mais normas jurídicas que preceitos jurídicos, diz Ehrlich, pois há mais direito do que os Juristas se dão conta, quando estes o formulam verbalmente! E assim de repente, o que têm os juristas a ver com isso? Uma prescrição jurídica (*Rechtsvorschrift*) não é um preceito jurídico (*Rechtssatz)* se formulada em palavras mesmo por um não jurista? Pode haver Direito do qual ninguém seja consciente, por ninguém formulado verbalmente, mais especificamente: que não seja formulável em palavras? Mas o que se deve pensar, considerando toda a distinção entre preceito jurídico (Rechtssatz) e norma jurídica, fundamental à obra ehrlichiana, se ele, às páginas 29 e 36 explica que o preceito jurídico é formulado *em palavras*, a norma jurídica não; à página 132, para distinguir a *norma* jurídica das outras normas, explica:

> "Por outro lado, a norma jurídica, ao contrário das outras normas, sempre pode ser *claramente expressa em palavras*. Com isso ela dá consistência às associações que repousam sobre a norma jurídica [...] Também as normas da moralidade, do bom comportamento transformam-se, às vezes, em normas jurídicas, tão logo perdem seu caráter genérico e são resumidas em palavras bem claras, assumindo para a ordem legal da sociedade um significado fundamental"(1986, p.132)[40]

E como ser entendido o "preceito jurídico" ehrlichiano, se ele, à página 45, diz que é uma "prescrição-jurídica" qualificada; em outra parte, que o "ordenamento jurídico" consiste, pelo menos em parte, desses "preceitos jurídicos", e à página 135,

[39] Original: 96; UnB: 95.
[40] Original: 135.

identifica o conceito de preceito jurídico com aquele de leis *formais*? Desautoriza a si próprio colocando de pernas para o ar a sua terminologia dominante: "Os conteúdos mais diversos podem ser apresentados na forma de preceitos jurídicos, sobretudo na de leis. Há, assim, preceitos jurídicos sem conteúdo normativo, com conteúdo legal que não seja obrigatório, leis no sentido formal" (1986, p. 135)[41]. Aqui toda a crítica é impossível! É sem igual o uso que Ehrlich faz desses conceitos, fundamentais ao seu sistema. Ele diz, na página 36[42], que a *norma* jurídica é o direito para uma relação singular (ao contrário do preceito jurídico, que valeria para *relações semelhantes* em *geral*), mas já na página seguinte, ele define as normas como comandos e proibições "*abstratos"* e afirma que à essência da *norma* - e que é absolutamente inconcebível - pertenceria o fato que "essa se refere ao convívio dos homens": pelo qual as *regras* de linguagem, as regras de gosto ou de higiene não seriam normas![43]

---

[41] Original: 138; UnB: 135.

[42] Original: 30; UnB: 36.

[43]Junto aos conceitos de "*norma jurídica*" e de "*preceito jurídico"* Ehrlich também diferencia as "*normas de decisão"* e caracteriza como a primeira e mais importante tarefa da ciência sociológica do direito o "estabelecer uma distinção entre as componentes do direito que regulam, ordenam e determinam a sociedade, demonstrando a sua natureza organizatória, e aquelas que são puras normas de decisão" (p. 39). Infelizmente, dado o espaço que disponho, tenho de abrir mão de uma análise extensa daquela parte da obra de Ehrlich que trata da primeira e mais importante tarefa da ciência sociológica do direito". Em meio a este novelo de contradições me limito a chamar a atenção à mais grosseira delas. A norma de decisão, com a qual deve decidir-se um processo que é surgido como consequência de uma infração é completamente diferente da *regra de direito viva e efetiva na sociedade* segundo a qual os homens atuam efetivamente. A norma de decisão, porém, é uma regra de acordo com a qual não somente devem atuar mas de fato atuam os *tribunais* de maneira regular, que constituem uma parte - especial mais ainda para a Sociologia do Direito - significativa para a sociedade humana. Para Ehrlich, portanto, a regularidade sociologicamente relevante se detém diante dos tribunais! As normas que os tribunais aplicam através do aparato coativo não representam nenhuma realidade *vivente*! Para ilustrar a oposição fundamental existente entre a regra do direito *vivo* e a *mera* norma de decisão, Ehrlich cita o seguinte exemplo: "Se numa região existe a regra de que o homem pode dispor, sem restrições, sobre os bens da mulher, uma decisão tomada pelo homem com respeito aos bens da mulher é considerada inquestionável, independente se na respectiva família esta regra fosse vigente ou não" (p. 99/100). Pode-se questionar como o direito de uma família concreta possa estar em contradição com o direito habitual de uma região, porém, o que desde logo é inconcebível é como a norma de decisão, isto é, a de Ehrlich, uma regra efetiva em um círculo importante (ou tomando outro exemplo: "Se num país é costume [...]", de nenhuma forma isso significa as regras "novas" dos tribunais!), é oponível às regras *vivas* que regulam a *sociedade*. Do mesmo modo, é incompreensível que Ehrlich sustente que a "nova" norma de decisão, caracterizada em oposição à regra *viva* do direito, seja "extraída da ordem interna da coletividade pelo juiz em cada processo", "do fato de direito" e do ordenamento jurídico no sentido de regra viva da ação em que baseia "em primeira análise". O que recém foi dito constitui uma contradição evidente o fato que Ehrlich afirme que a norma de decisão é sempre algo diverso da ordem interna. Ainda assim, é suposta uma inversão completa da dicotomia apresentada (*norma de decisão*/*regra do agir*) quando Ehrlich afirma que "nas normas de decisão não se suponha uma ordem viva, mas sim uma luta por um morto: de fato, enquanto por um lado o que caracteriza as regras do agir [*Recht des Handelns*] que têm sido violadas (devido à única violação que Ehrlich quer tratar em outro momento, como se fosse uma exceção sem importância) como ordem *morta*, Ehrlich havia contraposto tal ordem em um princípio, tanto na regra viva quanto na norma de decisão. Embora, contra a norma de direito

Se se toma Ehrlich ao pé da letra e se aceita a sua definição conceitual - qualificada desde o início como uma definição "científica" - do Direito como uma "regra do agir humano" (*Regel menschlichen Handelns*) e como uma "ordem", então o Direito, isto é, toda a ordem jurídica, deve necessariamente ser uma síntese de normas. Entretanto, na página 70 encontra-se a afirmação "O Direito não consiste nas disposições jurídicas[44] (*Rechtseinrichtungen*), mas nas instituições jurídicas. Agora, de um certo ponto de vista, poderia o Direito consistir de prescrições jurídicas, ou seja regras jurídicas (no sentido do ser e do dever-ser), e simultaneamente *nas* instituições jurídicas, na medida em que por "Instituição jurídica" ou instituto jurídico não se entenda outra coisa que não uma soma de prescrições jurídicas, segundo a terminologia dominante, cujo conteúdo se refere a um mesmo escopo. Entre as "Instituições jurídicas", Ehrlich cita Estado (*Staat*), Igreja (*Kirche*), Comunidade (*Gemeinde*), Família (*Familie*), Propriedade (*Eigentum*), Herança (*Erbe*). Deixe-se em aberto se todos estes conceitos vão efetivamente subsumidos no mesmo sentido sob a categoria de instituições jurídicas. Propriedade, Família, Contrato, Herança são sem dúvidas instituições jurídicas. Mas o que apresenta Ehrlich sob estas "Instituições Jurídicas"? Essas são consideradas ou fatos e eventos físicos e psíquicos no mundo externo (do ponto de vista do observador) ou são *significados*, que, sob a base de certas normas pressupostas, vêm adscritos a tais fatos ou eventos do observador.

Diz Ehrlich com razão, tendo em vista evidentemente o conceito normativo de Direito: "Direito e relações jurídicas são uma *coisa mental* que não existe na *realidade palpável e perceptível pelos sentidos*, mas somente na cabeça das

---

propriamente dita Ehrlich contraponha a norma de decisão - de maneira completamente infundada - como uma regra de aparece "criativamente", ou seja, através da invenção livre do indivíduo - em outras palavras, toda norma jurídica se origina desta forma - volta a afirmar em outra parte do texto que tal norma tem de ser "extraída a partir de um princípio geral, não de um arbitrário" (p. 98). Ehrlich afirma não só que a norma de decisão é a norma através da qual se determina a consequência da infração ou a obrigação de reparar o dano, assim como afirma que a *decisão* segundo a qual um suporte fático concreto é compreendido dentro de um conceito compreendido dentro de um preceito jurídico (por exemplo, que um dado objeto constitua um "acessório") tenha como base uma norma de decisão. Aqui fala Ehrlich de normas de decisão "concretas" em oposição às "abstratas". A seguir, Ehrlich nos apresenta como um importante conhecimento sociológico a opinião que sustenta que a maior parte dos "preceitos jurídicos" procedem de "normas de decisão", sendo aqui, as normas de decisão o "concreto" que precede o "abstrato" do enunciado jurídico. O exposto até agora nos basta para justificar a impressão de que é praticamente impossível ter uma ideia aproximada de o que Ehrlich compreende por "normas de decisão", tendo em conta o importante papel que estas têm em seus "fundamentos". (N. do A.).

[44] Rechtssatz aqui é traduzido diferentemente por prescrição jurídica!

pessoas" (1986, p. 70)[45]. Só que, precisamente, a realidade não é a simples realidade física, perceptível com os sentidos externos, mas também uma realidade psíquica, perceptível com os sentidos internos. Porém, Direito e Relação Jurídica (*Rechtsverhältnis*), evidentemente, não são essas realidades *psíquicas* no mundo externo (do ponto de vista do observador). Senão, a Jurisprudência seria então um ramo específico da Psicologia. A afirmação que um fato é ilícito ou que "A" é obrigado a algo não afirma nem um fato físico nem um fato psíquico no mundo externo (os afirmados); e não afirma, pois, que um determinado ato psíquico tem lugar no mundo externo. "A" é obrigado a alguma coisa, mas ele não a pensa, ele não a sente e nem a quer! O que vem aqui afirmado não é de jeito nenhum um *Ser* [*Sein*], nem um Ser físico nem um Ser psíquico (no mundo exterior), mas sim um *Dever-ser (Sollen)*; isto é, o que se afirma é um fato típico mental ou físico como conteúdo de um *Dever-ser* (*Sollen*), de uma norma *pressuposta* como válida por aquele que faz a afirmação. Isso e nada mais significa a frase que o direito não é perceptível sensivelmente, que isso é uma *coisa ideal*. Quando, então, Ehrlich prossegue: "não haveria direito se não existissem pessoas que fossem portadoras da concepção de direito", também isto está certo, no sentido de que não haveria pensamento se não fossem os homens pensantes: um fato psicológico que sem dúvida não é relevante para o conhecimento da essência do Direito. É um enigma, porém, quando Ehrlich, na frase seguinte, diz exatamente o contrário daquilo que havia afirmado logo antes. Ele acabou de dizer que o Direito é uma ideia que não tem por conteúdo *nada de sensivelmente perceptível*; agora, porém, diz: "Mas, como em toda parte, também aqui as concepções são moldadas a partir de matéria que tomamos da realidade palpável e perceptível" (1986, p. 70).

O que se pode dizer disso? E, então, ele ainda continua: "Na base das concepções sempre estão fatos observáveis. Estes fatos devem ter existido antes que no cérebro humano se formasse qualquer ideia de direito ou de relação jurídica" (1986, p. 70). O que se quer dizer com as nossas ideias são "fundamentadas" em fatos? Existem ideias de fatos e ideias cujo *conteúdo* não é nunca um fato. As ideias de bem e de mal não são fatos, a ação é um fato ao qual é implicada a ideia de bem ou mal. Fosse o Direito um fato ou <fosse> o conceito de direito uma *abstração* de fatos, então não seria o Direito uma mera "coisa ideal". Seria sensivelmente

[45] Original: 68; UnB: 70.

perceptível, *observável*! “E mesmo no presente precisamos ter diante de nós determinados fatos, para podermos falar de direito e de relações jurídicas” (1986, p. 70). Tal pode estar certo enquanto o direito e a relação jurídica forem afirmáveis por um fato, isto é, enquanto se afirma uma relação entre um fato e uma norma jurídica. Contudo, a norma jurídica é Direito também em si e sem relação com um fato concreto. Porém, nunca o *fato* é Direito ou Relação Jurídica, pois precisamente ele, enquanto fato dado como *Ser*, é em si indiferente aos valores, é *sem significado* mesmo quando não colocado em relação com uma norma, ou seja, com um valor objetivo, mais precisamente: na medida em que algum fato jurídico venha pensado na forma do dever-ser e não na do ser. Portanto não está só fundamentalmente errado, mas está em direta contradição com a concepção aceita algumas linhas antes, quando Ehrlich diz “É aqui” (a saber, nos fatos) “que devemos procurar a oficina do Direito”. E “a questão fundamental da ciência jurídica”, que é o resultado de como Ehrlich formula esta Argumentação totalmente confusa: “Quais as instituições reais que no decorrer do desenvolvimento histórico se transformam em relações jurídicas e quais os processos sociais que conduzem a isso?” (p. 70).

Desta forma, essa questão não pode ser respondida (*Unbeantwortbar*), pois não tem sentido. Para uma consideração interessada na *efetividade* (Tatsächlichkeit) existem sempre e somente fatos, realidades efetivas, e não valores. Para o Conhecimento, nenhum desenvolvimento pode fazer uma Realidade tornar-se Valor, pois o *Valor* existe por uma tendência cognitiva diferente do que era aquela em relação à Realidade. Não é uma Ciência Jurídica (que deve tecer considerações acerca do certo e do errado, da obrigação e do direito, ou seja, sobre noções *valorativas*), mas sim uma Psicologia Social Explicativa (que tem o que fazer somente com os dados perceptíveis da realidade efetiva, com os fatos) que pode levantar o problema de como certas representações[46] de Dever-Ser - certas normas - resultam de fatos psíquicos reais. Não é uma Ciência Jurídica, mas é talvez uma Psicologia Social Explicativa que pode - como seu mais importante argumento - levantar a questão relativa às causas pelas quais ocorre que seres humanos de um grupo determinado e de um determinado período *avaliam* efetivamente de um determinado modo, e especialmente, avaliam também *juridicamente*. Tal Sociologia não tem o que fazer com os valores, mas com a *avaliação* dos seres humanos; essa

[46] Noções/representações/ideia - Vorstellungen (N. do T.)

não é uma ciência *valorativa*, mas *explicativa de valores*. Para essa, em particular, o Direito não é uma norma pressuposta como válida, não é um valor objetivo, mas é um evento real - em si indiferente aos valores -, um determinado comportamento mental e físico dos seres humanos que está contido em sua regularidade. O seu objeto não é, a rigor, o Direito, mas o pensamento, o sentimento e a vontade do Direito, e aquilo que os homens pensam do Direito, fazem ou deixam de fazer. Tal modo de consideração não leva ao juízo pelo qual isto é lícito ou ilícito, isto é, deve ser ou não deve ser, mas sempre e somente aos juízos: isto é pensado e feito, ou seja, isto *é* ou *foi*. Os conhecimentos de uma tal consideração sociológica são *livres de valores*, como aqueles da biologia. A diferença entre uma tal Sociologia e a Ciência do Direito (no sentido normativo) é a mesma que há entre a história natural das ideias morais dos homens e uma ética dogmática, ou entre a história da religião e uma teologia. A monstruosa confusão de Ehrlich deriva de não ter sabido separar estes dois modos de consideração, do fato de que ele, atendo-se constantemente ao conceito *normativo* de Direito, do ponto de vista da avaliação científica, tende a uma explicação sociológica de Ser, característica de uma consideração *explicativa*.

III.

Ehrlich considera como um importante resultado de sua investigação de sociologia do direito o reconhecimento dos, por ele chamados, “Fatos do Direito” (*Tatsachen des Rechts*). O que se deve compreender por eles? Devem ser aqueles fatos “com os quais o intelecto (*menschliche Geist*) relaciona regras”[47], regras nas quais se representa a organização dos grupos humanos em associações; regras que “indicam a cada indivíduo sua posição e suas tarefas dentro da associação”[48]. Agora do mesmo modo não é compreensível o que se deve entender por uma regra que vem “unida a um fato”. Parece não ser possível compreender outra coisa senão que uma regra se refere a um fato como *objeto da regulação*. Os fatos do direito parecem ser os objetos da regulação jurídica. Entre esses fatos, Ehrlich cita “o hábito (*Übung*), a dominação, a posse e a declaração de vontade” (1986, p. 71)[49].

O “hábito”, segundo Ehrlich, deve, no fundo, ser diferente do Direito

[47] Original: 68; UnB: 70.
[48] Original: 68/69; UnB: 70.
[49] Original: 69; UnB: 71.

Consuetudinário; o hábito significa aqui que “a prática utilizada até o momento deverá transformar-se em norma para o futuro”[50]. Mas o Direito Consuetudinário é absolutamente este “Hábito”. “É através do hábito que se estabelece a posição do líder, dos órgãos, bem como dos membros da associação (sua super ou subordinação), além das tarefas dos indivíduos.” (p. 71)[51]. No fundo, então, o “Hábito” deveria ser o único fato de direito, pois, a algumas linhas atrás, Ehrlich definiu como Fatos de Direito aqueles fatos que vêm relacionados às regras que “indicam a cada indivíduo sua posição e suas tarefas dentro da associação”. Também não se poderia compreender o “Hábito”, assim como a Posse ou o Contrato ou uma Relação de Domínio (*Herrschaftsverhältnisse oder Besitzverhältnisse*), como um “Fato de Direito” no sentido de objeto da regulação. O “Hábito” é então a regra ela mesma, é somente um outro termo para dizer que um fato se repete *regularmente*. Posse, Contrato, Relação de Domínio estão no “Hábito”, vêm “praticados”, se repetem regularmente tornando-se o conteúdo de uma regra, mas não o Hábito em si. Se a relação de domínio ou de posse, assim como as declarações de vontade, podem se tornar fatos jurídicos a partir de meros fatos, isto acontece somente através do Hábito. No sentido ehrlichiano: “a prática utilizada até o momento deverá transformar-se em norma para o futuro”. Dito de maneira mais precisa: o que vem sendo regularmente praticado, torna-se conteúdo de uma representação de dever-ser, de uma norma que exige aquilo que *deve* ser. E é então como *pressuposto* de uma semelhante norma que fatos de direito, os fatos determinados na norma, tornam-se juridicamente relevantes. O Hábito é a via pela qual, neste sentido, os fatos tornam-se fatos de direito. Porém, o Hábito próprio não é Fato de Direito!

Parece que Ehrlich entendeu por “Hábito” o exercício determinado da Relação de Domínio: a super ou subordinação e a posição dos órgãos na associação. Mas ali se trata claramente de relações de *Domínio* (*Herrschaft*sverhältnisse) e declarações de *Vontade* (*Willens*erklärung) - outros dois fatos de Direito, no sentido de Ehrlich - que como todos os outros se tornaram conteúdo de Normas através do Hábito! É uma tentativa infrutífera de atravessar essa confusão conceitual, quando Ehrlich diz “As condições de dominação e de submissão devem ser claramente distinguidas da

[50] Original: 69; UnB: 71.
[51] Original: 69; UnB: 71.

super e subordinação existentes em qualquer organização e que expressam a ordem interna da associação" (1986, p. 72)[52]. Na reformulação e distinção de conceitos, Ehrlich é pior que seus piores inimigos! A organização de uma Associação com submissão ou superioridade não é também uma organização de *Domínio?* E as Associações com autoridade não constituem uma relação de domínio? Qual é a diferença entre domínio e super e subordinação? "A ordem que decorre de uma superordenação organizacional difere da ordem decorrente de uma posição de dominação. A primeira ordem se dá em nome da associação, a segunda tem caráter pessoal" (1986, p. 72).[53] Certo, mas de um ponto de vista sociológico não são ambas as ordens também relações de Domínio na medida em que vêm executadas?

Ehrlich distingue dois tipos de relação de Domínio: "as que decorrem de relações familiares - a submissão dos filhos à autoridade paterna, a da mulher à autoridade do marido - e relações de submissão de origem puramente social, como a escravidão e a servidão (1986, p. 73).[54] Mas então a família não tem caráter *social,* e as relações de domínio que nascem dessa não têm também uma origem "*puramente social*"? A diferença jaz no fato de que certas relações de Domínio e de Exploração, caso se mantenham entre pessoas da mesma família, são suavizadas por relações de natureza sexual. Este fato: o contraste de tendências econômicas e sexuais seria objeto de pesquisa sociológica e não exatamente da Sociologia do Direito. É algo óbvio que certas relações reais de domínio que se apresentam como (ser-)*devidas* tornam-se conteúdo de normas. Errado é, por outro lado, quando Ehrlich imputa à concepção dominante a noção, de todo inconcebível, que primeiro haveria preceitos jurídicos que regeram certas relações de domínio e que somente depois teriam sido formadas tais relações, constituídas pela observância dos preceitos jurídicos: "E, na realidade, é amplamente aceita a ideia de que é uma disposição jurídica que submete a mulher ao homem, as crianças à autoridade paterna, o tutelado ao tutor, o escravo e o servo ao senhor. Mas, em todos os lugares, o fato da dominação e da submissão antecedeu à disposição jurídica que as regulamenta" (1986, p. 73).[55] Novamente a tosca confusão entre o pressuposto

[52] Original: 71; UnB: 72.
[53] Original: 71; UnB: 72.
[54] Original: 71; UnB: 73.
[55] Original: 71; UnB: 73.

lógico da norma jurídica e a precedência *temporal* de um fato! Para explicar a relação entre pai e filho, senhor e escravo, como relação *jurídica*, uma norma (resultante de qualquer coisa) deve ser necessariamente pressuposta idealmente por aquele que dá um tal juízo de valor jurídico. É isso e nada mais que significa "*atribuir* as diversas relações de dominação e submissão [...] a prescrições jurídicas [...].".[56] Esta concepção da "doutrina dominante" é inteiramente conciliável com o fato óbvio, até agora não colocado em discussão por ninguém, que já existiam relações de domínio antes que fossem formadas normas sobre relações de domínio na consciência dos homens!

Também as noções sociológicas, identificadas por Ehrlich no que diz respeito à *posse* como um fato de direito, são obviedades jamais colocadas em dúvida. Nenhum historiador do Direito e da Economia jamais colocou em dúvida a propriedade como instituto jurídico, isto é, as normas jurídicas assim designadas que surgiram na consciência dos homens depois do fato do domínio sobre uma coisa, em outras palavras, *que é a posse, e não a propriedade, original.*[57] E também não foi jamais colocado em dúvida que as normas jurídicas das quais se pode abstrair o conceito jurídico romano de propriedade não surgiram prontas e acabadas do nada no início do mundo e menos ainda no início da evolução jurídica. E também não é verdadeiro o que Ehrlich afirma: "A doutrina da 'dominação completa sobre o objeto' em geral ainda hoje é apresentada como se nela se esgotasse todo o conteúdo da propriedade, como se não existisse direito florestal ou das águas, direito das minas ou direito agrário" (1986, p. 82)[58]. Se o conceito de direito romano de propriedade possuía então um sentido, no que diz respeito aos conceitos do Direito Administrativo, é certamente uma questão legítima, mas não sociológica e sim de formação normativa dos conceitos. E também não é uma asserção justificável, com base na exposição ehrlichiana "Em qualquer lugar, portanto, a posse se transforma numa relação jurídica em função de seu enquadramento na ordem econômica"; seria como se a ordem econômica fosse ao mesmo tempo uma ordem *jurídica*. Que os fatos *econômicos* são aqueles que guiam para a formação de normas de direito acerca da posse não deveria ser segredo para ninguém. Mas a Posse é uma relação

---

[56] Original: 71; UnB: 73.
[57] Frase adaptada de Original: 76; UnB: 78 - 19∮.
[58] Original: 81; UnB: 82.

jurídica só como pressuposto de tais normas jurídicas. Então seria certamente um problema interessante mostrar a formação de tais normas jurídicas através de material histórico de uma comunidade social concreta. Disso não se encontra nenhum rastro em Ehrlich.

Ehrlich apresenta um esquema de desenvolvimento da declaração de vontade e, especialmente, do *contrato*, que pode ser caracterizado como *construção* e embasado, de longe ao menos, em material indutivo. Em todos os lugares do planeta nos quais o ordenamento jurídico alcançou (o ponto de ter) normas sobre o contrato, o desenvolvimento deve necessariamente ter sido do seguinte modo: "Por isso, deve-se distinguir os seguintes estágios no desenvolvimento do acordo até a sua transformação em fato do direito: o contrato à vista, o contrato de dívida, o contrato de garantia, o contrato de crédito" (1986, p. 87)[59]. Um tal desenvolvimento é possível. Mas se isso realmente ocorreu dessa maneira, para isso Ehrlich não dá fornece nenhum material próprio. Ele se reporta a "resultados genericamente reconhecidos pela ciência do direito comparado e pela história do direito" (p. 89). Sobre a relação entre a Obrigação e Responsabilidade no contrato - aqui não é possível aprofundar uma crítica dessa conceitualização, não muito feliz, do direito alemão - diz Ehrlich:

> "A dívida é o *Dever* do devedor; é aquilo que de acordo com as regras da vida constitui o conteúdo de um compromisso; a garantia é o direito de ação do credor para satisfazer suas reivindicações, mesmo contra a vontade do devedor, transformando-se o acordo de um simples fato num fato de direito e assim num contrato, mesmo que do convencionado resulte apenas a dívida e nenhuma garantia" (1986, p. 84/85).[60]

Ehrlich frisa:

> "que para a vida econômica a relevância maior recai sobre a dívida, não tanto sobre a garantia, que na maioria dos casos é quase indiferente se um contrato pode ser levado a juízo ou não, pois somente se pode esperar que seja cumprido, com regra na base do agir que domina a vida" (1986, p. 88).[61]

E finalmente constata:

---

[59] Original: 87; UnB: 87.
[60] Original: 84; UnB: 84/85.
[61] Original: 88; UnB: 88.

> Torna-se, por isso, necessário deixar claro que não só na história, mas também no direito vigente existem, além dos acordos que se encontram fora do âmbito do direito, os contratos que representam uma dívida, mas não uma garantia, uma regra pela qual as pessoas orientam sua vida, mas não uma regra que pela qual se orientam as autoridades; e estes contratos têm para a vida econômica a mesma importância que os contratos que podem ser levados a juízo;" (1986, p.88/89).[62] [63]

Uma questão sobre tudo o que foi levantado deve ser posta: como se distinguem aqueles contratos "que estão completamente de fora do direito" daqueles que comportam uma obrigação mas não uma responsabilidade, no sentido de que contra a sua violação não se produz uma reação específica da comunidade jurídica (ou uma reação daquela comunidade específica). Cada acordo - também aquele não-jurídico -, na medida em que, de uma maneira geral, vem pressuposto como vinculante, importa em uma obrigação, no sentido de que as partes acordantes devem comportar-se conforme o acordo. Este dever-ser - segundo o qual se pressupõe uma norma da moral ou uma norma da educação - pode ser um dever-ser moral ou um dever-ser do costume. Quando é, porém, *jurídico* um contrato, jurídico um dever-ser e jurídica uma obrigação? Qual é o critério para isso <a juridicidade>, se não a possibilidade de uma específica reação pela comunidade jurídica organizada, se não a "responsabilidade" no sentido da terminologia de Ehrlich, que identifica Responsabilidade e Executabilidade[64]? Quem põe em dúvida que contratos que não podem ser levados a juízo, privados de obrigações, podem ser de extrema importância para a economia? Mas são idênticos o Direito e a Economia? Não são certos deveres morais de máxima importância tanto para a

---

[62] Original: 88/89; UnB: 88/89.

[63] Indubitavelmente, a posição doutrinal defendida por Ehrlich - que pretende que no desenvolvimento do direito alemão, os contratos teriam estabelecido uma obrigação [*Schuld*] e não uma responsabilidade [*Haftung*] - é completamente *obscura* [*mißverständlich*]. Amira (em sua crítica à obra de Gierke sobre "*Schuld und Haftung*", *na Zeitschrift für Rechtsgeschichte* {revista de história do direito}, volume XXXI, p. 486) chamou a atenção para o fato que a distinção entre obrigação {ou culpa?} e responsabilidade é simplesmente "uma *diferença lógica*", assim como é um equívoco sustentar que culpa e responsabilidade somente se "desenvolveram conjuntamente" no curso da evolução histórica. E Schwerin diz (*Deutsche Rechtsgeschichte*, p. 57, nota de rodapé 6) "é inimaginável que em algum momento o devedor não deva responder como responsável, por regra geral". Se "obrigação" [*Schuld*] significa um dever-ser *jurídico*, só se pode falar desta se a comunidade jurídica dispõe de uma possibilidade de reação contra a violação da mesma, que a comunidade jurídica tenha a possibilidade de executá-la até mesmo contra a vontade do devedor. É completamente errôneo que Ehrlich identifique as obrigações que servem de base à responsabilidade com as obrigações executáveis, isto é, cujo cumprimento pode ser exigido diante dos tribunais. No Direito Alemão, toda obrigação jurídica é e tem sido executável, trazendo como última consequência a privação de liberdade e o confisco de bens; em outras palavras, naqueles casos em que não existia um objeto especial de execução (uma garantia, por exemplo), o devedor respondia com sua pessoa e seu patrimônio.

[64] Klagbarkeit -> que pode ir a juízo, que pode ser "acionado". Literalmente: Acionabilidade.

Sociedade como para o Indivíduo? Precisam eles *por isso* ser deveres *jurídicos*?

Ehrlich não fica devendo a resposta a essa pergunta: qual é, propriamente, a essência daquelas Normas ou Regras cuja explicação constitui o objeto peculiar de sua Sociologia *Jurídica*, que, como disciplina *particular*, distingue-se de uma Teoria Geral da Sociedade? Ehrlich reconhece a necessidade de delimitar o objeto de sua nova ciência perante o de uma Sociologia da Moral, dos Costumes, da Arte ou da Religião. Mas como estabelece ele essas fronteiras? A importância desta questão e a particularidade da resposta dada por Ehrlich justificam uma citação mais extensa:

> "Por mais difícil que seja traçar cientificamente os limites entre a norma jurídica e outros tipos de normas, na prática esta dificuldade raramente aparece [...]. A questão da oposição entre a norma jurídica e as normas extrajurídicas não é uma questão da ciência social, mas da psicologia social" (1986, p. 129).[65]

Porém, já aqui impõe-se uma objeção acerca de não ser a "Psicologia Social" uma Ciência Social e que uma questão que tem em vista nada menos que a delimitação do objeto de pesquisa da Sociologia Jurídica é necessariamente uma questão de Ciência Social. Mas, sozinha, esta objeção é decididamente reprimida pelo espanto da seguinte solução do problema:

> "Os diversos tipos de normas provocam diversos sentimentos e nós reagimos a transgressões de tipo diferente com sentimentos diferentes. Compare-se o sentimento de *revolta* que decorre de uma *infração legal* com a *indignação* diante da inobservância de um *mandamento moral*, com a *raiva* ocasionada por uma *descortesia*, com o *ridículo* de algumas determinações de boas maneiras e, finalmente, com a *distância crítica* com que os heróis da moda contemplam os que não os imitam" (1986. p. 129).[66]

Entre as não raras tentativas de determinar a essência do Direito, esta é, seguramente, o cúmulo da curiosidade! E é realmente deplorável que a "doutrina dominante" ainda não tenha se apropriado dessa Teoria, pois seria de um deleite[67] admirar o escárnio da crítica ehrlichiana! Cabe, porém, a Ehrlich a tarefa de separar o sentimento de "revolta" do de "indignação", de separar o "sentimento" de "raiva" do de "distância crítica", a "inobservância de um mandamento moral" de uma "descortesia". Na verdade, esta psicologia de um sociólogo que observa a realidade se aproxima quase às orgias da Jurisprudência Psicológica, que apenas trabalha

---

[65] Original: 132; UnB: 129.
[66] Original: 132; UnB: 129.
[67] Ein Hochgenuss (um alto prazer) -> formalíssimo.

com abstrações sem sangue. Para medir a utilidade dos critérios de Ehrlich, pense-se, por exemplo, na norma jurídica que prescreve o pagamento antecipado do aluguel ou naquela que prescreve o pagamento de 6% de juros nas transações comerciais, ambas inteiramente *regras da vida* e não meras normas de decisão (que, na verdade, também são normas jurídicas), e na norma moral que prescreve a misericórdia, ou naquela que manda não mentir. Com quanta facilidade se poderia confundir o sentimento de "revolta" com a violação dos dois primeiros, ainda, com aquele da "raiva" pela violação das outras! Ou é talvez "raiva" aquilo que acompanha a violação de um direito e "indignação" aquilo que é despertado por um ato imoral? Talvez sejam muitos aqueles que, por uma falta de tato, se "indignam" e por isso dizem que estão com "raiva"; muitíssimos aqueles que se limitam a "distanciar-se criticamente" de uma infração legal. É pela intensidade de vosso sentimento que reconhecereis as normas! Mas, parece, muitos já se fizeram "ridículos" e são por isso à prova[68] de normas que não aquelas de bom tom! É um entretenimento realmente barato colocar à prova os critérios ehrlichianos de distinções de categorias sociais de normas, tanto mais que esses não parecem ter satisfeito principalmente a Ehrlich, que sente a necessidade de caracterizar especialmente as normas jurídicas de uma maneira diferente que não viole o sentimento de "indignação" que é suscitado pela sua violação. Assim, Ehrlich, dando uma aparente explicação de sua teoria dos sentimentos, diz que "o que caracteriza a norma jurídica é o sentimento para o qual já os juristas do direito comum acharam o significativo nome de *opinio necessitatis*. É por ele que se deve identificar a norma jurídica" (1986, p. 129)[69]. Na verdade, a *opinio necessitatis*, relativamente a um hábito é algo diferente do sentimento de indignação à violação de uma norma, mas, à parte isso, como deve ser uma diferença entre Direito e Moral? A lei moral não tem também o caráter de necessidade? Não é talvez a *necessitas* moral pelo menos tal qual a *necessitas* jurídica?

Dificilmente se leva a sério Ehrlich depois que ele afirma:"A norma jurídica regulamenta, segundo a sensação do grupo de que parte, um assunto de grande importância, uma coisa de significado fundamental. [...] Somente objetos de

[68] literalmente...
[69] Original: 132; UnB: 129.

significado menor são relegados às normas sociais" (1986, p. 131).[70] As normas *morais* e aquelas *religiosas* contêm efetivamente questões de menor importância que normas de empréstimo ou aluguel? A já referida tentativa de separar as normas jurídicas de outras normas, definindo as primeiras como <aquelas que> "sempre podem ser claramente expressas em palavras" (1986, p. 131) é um andar às cegas atrás de um critério de um tipo completamente diferente. Só que aqui Ehrlich esquece de todo que, <a> alguns capítulos atrás, caracterizou a norma jurídica pela falta desta clara formulação-em-palavras-do-Ser e atribuiu esta característica só aos Preceitos Jurídicos, questão secundário à Sociologia do Direito! E, por sua vez, isso significa, por último, a aceitação de um critério totalmente novo, quando no final afirma Ehrlich: "Normas jurídicas são as normas que emanam dos fatos do direito" (1986, pg. 132)[71]. Mas o que deve significar esta definição? Os "fatos do direito" não são outra coisa que todo e qualquer objeto possível da regulamentação jurídica, não somente desta, mas também de toda regulamentação social! Relação de domínio, Posse, Declaração de Vontade! Mas até este Significado é atenuado pelo adendo de Ehrlich, que podem <ser> também normas jurídicas "as que derivam dos preceitos jurídicos do direito estatal e do direito dos juristas"(1986, pg. 132)[72]. É muito difícil de aceitar que somente nessas normas se encontraria a *Opinio Necessitatis*, como Ehrlich aqui pensa. E para que serve de resto essa hipótese! Ehrlich garante que nem todas as normas que nascem dos fatos do direito ou dos preceitos jurídicos são normas jurídicas, mas só aquelas nas quais se encontra a *Opinio Necessitatis*. Em todas ou somente em algumas delas? Não se pode compreender por que fatos dos quais possam "nascer", junto de normas jurídicas, também "normas que não pertençam ao Direito", normas morais, normas de costume e religiosas, sejam propriamente fatos "do direito", mas tanto faz! Finalmente, Ehrlich termina com a ingênua confissão:

> "Mesmo uma pessoa sem sentimento do que seja direito sabe que deve cumprir seus deveres de cidadão, que deve cumprir contratos, que deve respeitar a propriedade alheia; mas para que a pessoa se comporte moralmente, religiosamente, comportadamente, modernamente é necessário moral, religião, boas maneiras, moda; somente quem tiver essa sensibilidade agirá corretamente. É por isto que, de fato, o cerne das normas jurídicas está muito mais ligado ao nosso interior que o direito" (1986, p. 132).[73]

[70] Original: 134; UnB: 131.
[71] Original: 135/135; UnB: 132.
[72] Original: 136; UnB: 132.
[73] Original: 136; UnB: 132.

Mas uma Sociologia do Direito, a *Fundamentação* desta Sociologia do Direito deveria ser possível sem tal pressuposto? Neste ponto não podemos mais reprimir a dúvida, há muito coibida, sobre se as prescrições gerais, as quais são o resultado da análise de Ehrlich, de fato se referem ao *Direito* como um objeto determinado de alguma forma, ou se não se referem, em geral, a regras do comportamento social, não sendo elas, precisamente, construções insignificantes e banalidades em geral?

IV.

Um traço particularmente característico da Sociologia Jurídica de Ehrlich é a nítida separação entre Direito e Estado. Com a máxima ênfase, Ehrlich traz continuamente à tona como um dos equívocos mais graves da jurisprudência contemporânea, que esta reconduza sempre o Direito ao Estado, que essa "reconheça somente o direito *estatal*, enquanto o Direito extraestatal ou social constitui de longe o maior e mais importante componente da ordem jurídica". Não é fácil determinar o que entende Ehrlich por direito "estatal". O conceito é ora designado como o direito "criado pelo Estado" (1986, p. 16)[74], ora como a "lei", ora identificado como "Direito proclamado pelo Estado" (1986, p. 18)[75]; ora como as regras para as relações dos tribunais e outros órgãos estatais (em contrário às regras gerais para as ações humanas). Parece de novo que o direito estatal seja o complexo de normas estatais que prescrevem a coação (1986, p. 62). Seguramente, às páginas 16 e ss., o direito estatal e lei vêm identificados no momento em que se exprime a censura "a Jurisprudência atual reconhece apenas o *direito estatal"* nestes termos:

> "Onde se faz pesquisa referente ao direito que não se origina no Estado? Qual livro o expõe? Onde é ensinado? Com certeza não constitui nenhuma ousadia afirmar que hoje em dia no continente europeu tanto na pesquisa quanto na bibliografia e no ensino não se conhece outro direito a não ser a lei" (1986, p. 16).[76]

[74] Original: 8; UnB: 16.
[75] Original: 11; UnB: 18.
[76] Original: 9/10; UnB: 16.

À página 109[77], porém, é afirmado:

> "Direito estatal e lei devem ser claramente distinguidos. O direito estatal não deriva do Estado quanto à sua forma, mas quanto ao seu conteúdo; é um direito que surgiu exclusivamente com o Estado e não poderia existir sem ele. Nem toda prescrição legal contém direito estatal." (1986, p. 109)

À página 114[78], a essência do direito estatal vem caracterizada como "dirigida aos tribunais e outros órgãos, prescrevendo-lhes sua maneira de atuar". À página 282[79], porém, é diferente. São mencionados dois tipos fundamentais de direito estatal:

> "O Estado tem duas alternativas para agir por intermédio de seu direito. Uma se dá através das normas de *decisão*. O Estado prescreve aos tribunais e a outros órgãos estatais como devem decidir as questões que lhes são apresentadas para uma decisão pelas partes interessadas. A maioria das normas de decisão, no entanto, são extraídas do direito dos juristas; elas somente são *direito estatal* quando surgiram *independentemente do direito dos juristas* e são destinadas *a servir a objetivos estatais.* O outro tipo de direito estatal são as normas de *intervenção*: elas determinam aos órgãos estatais quando devem intervir, mesmo que não sejam invocadas para isto." (1986, p. 282)

Não será fácil estabelecer o que seja direito social e o que seja direito *estatal*, no direito estatal colocado em forma de lei, o que é direito dos juristas tornado preceito jurídico, o que é norma de decisão e o que é norma jurídica no sentido verdadeiro e próprio de regra geral do agir. Tudo isto está, evidentemente, dentro do direito legal. Em todo caso, este conceito de direito estatal exposto por último é completamente diferente e, pela precisão, muito mais restrito, que aquele implícito na censura levantada por Ehrlich no início de seu trabalho, segundo a qual a Jurisprudência contemporânea se ocuparia apenas com "direito estatal", porque se ocuparia apenas com "leis". É preciso, seriamente, ser colocado em dúvida se a separação, derivada pela via legislativa, do direito em direito estatal e direito não estatal, é viável. Até onde a exposição de Ehrlich seja decifrável, o "direito estatal" é mais ou menos delimitado somente quando por ele se compreenda "direito do Estado", isto é direito público (Staatsrecht) e direito administrativo.

Ehrlich caracteriza a *manifestação do Direito Estatal*, junto ao direito até agora somente social, como segue:

---

[77] Original: 110; UnB: 109.
[78] Original: 115; UnB: 114.
[79] Original: 296; UnB: 282.

> "Muito depois da administração judiciária estatal aparece o *direito estatal* (staatliches Recht). Em primeiro lugar o Estado, naturalmente, produz a sua própria ordem, o *direito público* (Staatrecht), e quando cria ordens, seja de que tipo forem, prescreve sua competência, seu funcionamento, às vezes também seu procedimento" (1986, p. 112).[80]

Parece extremamente enigmática a possibilidade de uma administração estatal da justiça antes que haja um ordenamento estatal. Mas o que é esse enigma diante do mistério da ideia de um Estado que cria o seu próprio ordenamento! Eis que dificilmente no "estado" pode ser reconhecido um outro ordenamento que aquele por si determinado; resta então apenas o seguinte problema: como um ordenamento institui a si mesmo. Como seja, o problema parece de fato resultar dess seguinte declaração de Ehrlich: que o *"direito estatal"* seja sobretudo (pelo menos historicamente), em primeiro lugar, direito do Estado: o direito criado pelo Estado. Infelizmente, tal concepção de Ehrlich à página 114 contradiz claramente e univocamente o próprio Ehrlich, que na página 289[81] diz, a saber:

> "Se o Estado prescreve a si e a seus órgãos a posição e as tarefas, isto não é direito estatal na verdadeira acepção da palavra, mas direito de Estado. O Estado atribui a si próprio e a seus órgãos uma ordem, como qualquer outra associação social deve atribuí-la". (1986, p. 289)

O que, conforme estas afirmações, deve verdadeiramente ser o direito estatal permanece um mistério. No mesmo capítulo, intitulado "O Direito Estatal", Ehrlich analisa os efeitos do direito *estatal* e, em particular, das normas estatais de decisão; às quais ele identifica simplesmente como direito "*legal"* e direito estatal, tendo dito algumas linhas antes (1986, p. 282) que a maioria das "*normas de decisão"* colocadas no Código são direito dos juristas e não direito estatal. Ehrlich, diz agora: "O efeito da norma de decisão estatal, via de regra, é superavaliada (...) Há anos fiz uma *enquête* para saber quanto do código civil austríaco, que agora já está em vigor há cem anos, de fato se integrou na vida real" (1986, p. 283)[82]. O código civil, Direito Estatal?

À medida que Ehrlich defende a independência de Direito e Estado, diante do

---

[80] Original: 115; UnB: 113.
[81] Original: 304; UnB: 289.
[82] Original: 297; UnB: 283.

ponto de vista que o Estado produz o *Direito*, é preciso concordar com ele. Mas somente a partir de uma noção que é de toda estranha a Ehrlich: a saber, que o Estado, *de uma maneira geral*, de modo algum seja capaz de produzir Direito, que a noção de um Estado que produza Direito é irrealizável. Aqui não se pode e não há nem mesmo necessidade de demonstrar tal afirmação. Contra Ehrlich é necessário apenas acentuar que, dada a *possibilidade* de um Direito *Estatal* qualquer, do ponto de vista jurídico-normativo, é inevitável a consequência de considerar o Direito Estatal como o Ordenamento único ou supremo.

Ehrlich define as unidades sociais, as quais faz preceder o Estado, como "clã", "parentela", "comunidade doméstica"[83](1986, p. 110), "família", "aldeia"[84]. Ele fala de "tribunais de aldeia" e "tribunais familiares" e considera também admissíveis tribunais do clã e da parentela[85]. Ele pressupõe, então, tais comunidades como comunidades *jurídicas*, que empregam normas jurídicas. Amparando-se na autoridade de Gierke, ele defende a idéia pela qual não é preciso considerar como normas jurídicas somente as normas aplicadas pela comunidade jurídica, ou seja por seus órgãos. Obrigações jurídicas são também aquelas obrigações em cuja proteção nenhum "poder associativo"[86] era autorizado a intervir. Mas de que modo se distinguem tais obrigações de todas as obrigações do costume, da moral? Se o Direito é a *norma do grupo social*, regra de organização, como se manifesta nesta relação o *grupo social*, o poder associativo, a organização? No que tange à moral e aos costumes, a comunidade como unidade supraindividual não vem a existir!

> "É imanente a todo o *direito associativo* germânico a ideia de que tudo o que o senhor deve conceder ao seu subordinado constitui-se em dívida no sentido jurídico. Mas daí não derivam obrigações que possam ser forçadas na medida em que há um poder associativo a quem se atribuiu competência para proteger os direitos dos membros da associação" (1986, p. 126).[87]

Mas como se pode falar de um *direito associativo* se o direito não possui nenhuma relação com um grupo como este?

---

[83] Original: 111; UnB: 110.
[84] Original: 121; UnB: 120.
[85] A tradução italiana utiliza o termo "tribo". Porém, a tradução brasileira lança mão do termo "parentela" para o termo "Stamme". Mantive o termo parentela para ser coerente com o trecho apresentado pela UnB.
[86] Original: 128; UnB: 126.
[87] Original: 128; UnB: 126.

Em sua essência mais íntima, o *Estado* não é outra coisa senão a *comunidade jurídica*, a comunidade jurídica suprema, aquela unidade social que vem pensada como ordenamento jurídico: a organização do direito. Objetar-se-á seguramente ser contudo impossível pensar o clã, a parentela, como *Estado*, quando estes grupos são *componentes* do poder associativo, talvez até mesmo do próprio Estado. Considere-se que uma parentela ou um outro grupo de ordem inferior, organizado como comunidade jurídica, seja unido a outros em uma unidade superior. Em que consiste essa união? De que tipo é essa *Organização*, através da qual mais subgrupos vêm unidos em uma unidade superior? Essa ordem é somente uma ordem *jurídica*, que estatui as obrigações dos indivíduos, é um ordenamento jurídico que é aplicado por determinados órgãos - os órgãos da comunidade superior - e aos quais os ordenamentos jurídicos dos subgrupos devem necessariamente se integrar *sem contradição*. Se a comunidade superior, que encerra todos os subgrupos, deve realmente ser uma *unidade* social, deve poder ser pensada como unidade, então é necessário pensar os órgãos dos subgrupos como subordinados de todas as maneiras àqueles do grupo social superior; é necessário representar os ordenamentos jurídicos - que se diferenciam entre eles - desses grupos sociais parciais como válidos e diferenciáveis somente no âmbito daqueles limites que vêm postos da organização da comunidade superior que os encerra em uma unidade. Uma construção diferente desta construção *normativa* das unidades sociais, porém, não é possível. Assim nas construções abstratas - nas quais se dá somente a unidade *ideal* dos grupos sociais - os subgrupos se tornam órgãos da comunidade suprema, e dos ordenamentos jurídicos dos subgrupos individuais - ordenamentos que no âmbito dos limites locais e materiais são sempre diferentes um do outro – constituem, juntamente com a organização da comunidade suprema, um sistema unitário de normas, um ordenamento jurídico uniforme. Esta última, que se constrói sobre os grupos individuais, é, enquanto comunidade jurídica, a seguinte comunidade: *o Estado*. O que mais então deveria ser o Estado?

Ehrlich julga que o Estado não é uma comunidade jurídica:

> "Quanto à sua origem, o Estado é uma associação militar que mantém uma relação muito pouco estreita com a vida jurídica; e o Estado em sua essência se manteve até a atualidade como uma associação predominantemente militar, com exceção de

> algumas formações estatais nas antigas colônias inglesas na América do Norte e outras partes do mundo" (1986, p. 110).[88]

Já dessas palavras vê-se claramente que Estado, no que tange a questão de sua essência, para Ehrlich é algo completamente diferente daquele *conceito* de Estado, cuja relação com o conceito de Direito vem discutida no âmbito do problema Estado-Direito. Ehrlich diz que o Estado é uma associação militar e, ao mesmo tempo, admite Estados que não foram associações deste tipo. Mas, deixando completamente de lado as exceções que faz o próprio Ehrlich, um Estado neutralizado, que, por exemplo, em contratos internacionais, não disponha de nenhuma organização militar, de nenhum exército, de nenhuma fortaleza, é um Estado? Talvez, os Estados hodiernos cessariam de ser Estados se vencesse se o ideal da Paz? O propósito militar pode caracterizar a maior parte dos Estados historicamente conhecidos, mas não por isso o *conceito* de Estado é precisado como "Organização Militar". Também não seria o *conceito* de Estado "Organização para exploração", ainda se a maior parte dos Estados historicamente conhecidos tivessem sido organizações para a exploração. No *conceito* de Estado não devem encontrar espaço apenas algumas ou a maior parte das formações conhecidas como "Estado", mas todo "Estado" possível ou concebível. É uma empresa falha de antemão a de Ehrlich e de alguns outros que buscam caracterizar o Estado *materialmente* segundo o seu conteúdo, segundo os fins buscados na forma do Estado. O Estado é uma *forma* de unidade social, não um conteúdo! Diz Ehrlich:

> "A formação mais antiga, que historicamente tem algo a ver com o Estado de nossos dias, é o pacto da nobreza guerreira entre diversas tribos, linguisticamente aparentadas, que acompanhada dos demais homens livres escolhe um chefe para a guerra, cujas funções não são passageiras, restritas a uma única situação, mas permanentes" (1986, p. 110).[89]

Não é compreendido, todavia, por que a *parentela organizada*, assim como a comunidade jurídica, não deve ser Estado, enquanto a "nobreza unida" o é, como Ehrlich caracteriza este Estado como uma espécie de bando de chantagistas:

> "O Estado tem a função de pôr à disposição do rei, o chefe militar permanente, e do séquito os meios materiais necessários. Isto se dá inicialmente através da solicitação

[88] Original: 111; UnB: 110.
[89] Original: 111; UnB: 110.

> muito insistente de presentes, ampliando-se depois, sobretudo no Oriente, para extorsão formal (...)"(1986, p. 110). [90]

Então mais parentelas devem constituir um estado porque e contanto que um "grupo de nobres" explore o povo dessas parentelas com extorsões? É nisto que deve se dar a unidade social do "Estado"? Só se pode falar de um Estado - caso deva ser entendida com esses termos uma unidade social - no caso de uma *Organização*. Os saques[91] arbitrários e desregrados de um bando de salteadores - como se apresentam as "extorsões" da "nobreza guerreira entre diversas tribos, linguisticamente aparentadas" - não são de fato um ordenamento estatal. Se existe, porém, uma *organização* militar, isto é, podem ser pressupostas *normas* segundo as quais são estatuídas as obrigações de adimplemento dos indivíduos, então existe um *Estado*, não por conta do particular *conteúdo* dessas normas, mas porque existe um *Ordenamento* que, segundo sua natureza, deve necessariamente ser um Ordenamento *Jurídico*. Quando Ehrlich salienta que a História do Direito ensina que a *Legislação* não compete aos Estados no início, tem ele inteira razão! Qual jurista normal não sabe que a produção do direito foi desenvolvida pela via "consuetudinária" por um longo período? Mas Ehrlich opera com um conceito de Estado completamente arbitrário quando afirma que também a administração da justiça, a aplicação do direito não teria na origem nenhuma relação com o Estado. Isto é impossível se por "Estado" se compreende a comunidade jurídica suprema, a organização do direito. E deste ponto de vista é absolutamente arbitrário negar[92] a caracterização de Estado às pequenas comunidades jurídicas autônomas que se *presume* serem originárias - ainda faltam provas históricas para a história antiga do direito e do Estado - e a conferir às associações que têm origem da confluência de grupos semelhantes. Que em uma organização *jurídica* da grande comunidade geralos ordenamentos jurídicos dos grupos autônomos originários possam conservar a sua particularidade individual e local somente dentro dos limites da primeira, que devam necessariamente constituir uma unidade com a organização jurídica da comunidade geral, que assim dessa maneira os órgãos jurídicos dos grupos parciais possam ser pensados como órgãos da totalidade: tudo é apenas a consequência do

---

[90] Original: 111; UnB: 110.
[91] Brandschatzung -> O assalto do incendiário, o ato do Brandschatzer (o homem que ateia fogo nas invasões). As investidas? As rapinas?
[92] Absprechen -> negar, contestar.

fato de que os grupos originariamente autônomos são fundidos entre si em uma unidade superior.

Mais uma vez, é um modo de consideração (*Betrachtungsweise*) completamente distinto do jurídico e um conceito de estado diferente do habitual quando Ehrlich sustenta que tribunais *estatais* e, assim, a aplicação estatal do direito, existem somente na medida em que nascem de um “poder de mando de um chefe militar”. Só que a administração da justiça praticada por um chefe militar ou de por seus órgãos teria um caráter *Estatal*. O tipo de nomeação para tal questão é indiferente: também juízes eleitos pela comunidade são órgãos do estado, se a comunidade é o elemento orgânico do Estado. Ehrlich crê que a primeira jurisdição estatal é aquela do rei-chefe-militar. Historicamente o rei é tanto juiz supremo como chefe-militar supremo. Caso se pense o Estado em uma divisão de comunidades jurídicas menores, com ordenamentos jurídicos próprios completamente diferentes uns dos outros, e em órgãos jurídicos independentes um do outro (tribunais); em que consiste então o vínculo que une todos esses grupos e o que de todos estes grupos individuais constitui um *Estado* único? É necessário que exista qualquer *Ordenamento* comum, um ordenamento que seja uma *barreira* para os ordenamentos jurídicos dos grupos individuais! Se este Ordenamento não fosse um <ordenamento> *jurídico*, o que seria o *limite* entre os estados?

Se cada norma jurídica encerra uma relação para com a comunidade jurídica, com o Estado, não por isso deva cada relação jurídica estar necessariamente ligada com uma evocação das autoridades estatais! É realmente necessário ser dito mais uma vez que esta relação com o Estado tem uma natureza meramente potencial? Que uma obrigação jurídica somente pode ser considerada existente se a sua violação tiver por consequência -“Dever”- uma reação estatal, sem precisar afirmar que toda obrigação jurídica deve ser violada? É um ácido de fato um ácido somente quando se coloca em contato com o papel de tornassol? Não força Ehrlich, porém, a nossa memória quando, contra a natureza estatal do direito, com toda a seriedade, afirma o que segue? “Há milhares de pessoas que mantêm inúmeras relações jurídicas, mas são tão felizardas que nunca precisam invocar qualquer órgão

estatal.” (1986, p. 127)[93]. Pode-se atribuir, como faz Ehrlich, à doutrina dominante a ideia segundo a qual “a vida humana se desenvolve diante dos tribunais” (1986, p. 22)[94], imputar ao “jurista de nossos dias” a incapacidade de conceber a “convivência humana” sem “coação jurídica”(1986, p. 69)[95]? Acredita Ehrlich de fato - como ele gostaria de fazer o seu leitor acreditar - que a teoria, a qual conecta intimamente o Direito ao Estado, a qual concebe o direito como “ordem coativa”, sustenta a concepção da Psicologia Social segundo a qual os seres humanos se comportam apenas por medo da pena ou das execuções estatais (1986, p. 22)[96]? Nenhum representante da muito equivocada Teoria da Coação de Ehrlich é de fato tão tonto. O modo como Ehrlich interpreta a coação jurídica estatal aproxima-se do grotesco! “Fundamentalmente, a abrangência da ordem jurídica coativa do Estado, assim, se restringe à proteção de pessoas e posses contra os que se encontram fora da sociedade” (1986, p. 60)[97], os “marginalizados” (1986, p. 55)[98]. Não deveria ter o ordenamento jurídico - enquanto ordem coativa estatal - algum “efeito” preventivo? E são de fato *todos* aqueles contra os quais tomam corpo os efeitos da execução civil e das coerções jurídico-administrativas, todos aqueles que são punidos pelas cortes, os excluídos, pessoas além das margens da sociedade? Ehrlich define o estado como “a associação mais abrangente, que compreende também a eles (excluídos)” (1986, p. 58)[99]. É um enigma que se possa afirmar que indivíduos que são abrangidos pelo Estado, ou seja, por um grupo social, possam estar “*excluídos”* da sociedade. Isso para não falar da errônea noção de Estado como uma organização dos que não “estão fora”. Ehrlich julga “Aqui o Estado, como órgão da sociedade, protege a sociedade daqueles que estão fora dela” (1986, p. 58).[100] Bem entendido: o Estado, que enquanto associação *abrange* também os “excluídos”, é órgão da sociedade e protege a sociedade contra aqueles que são, enquanto parte do Estado, *órgão da sociedade*. Ele protege a Sociedade de si mesma ou também contra uma de suas *partes*, que está, porém, *fora* da sociedade! Que o Estado seja um *Órgão* da sociedade é uma importante noção frisada pela obra de Ehrlich (1986, p. 125-26). O

[93] Original: 130; UnB: 127.
[94] Original: 15; UnB: 22.
[95] Original: 67; UnB: 69.
[96] Original: 15; UnB: 22.
[97] Original: 55; UnB: 60.
[98] Original: 57; UnB: 62.
[99] Original: 54; UnB: 58.
[100] Original: 55; UnB: 58.

que sem dúvida não impede Ehrlich de formular a noção *Sociológica* de “que o *Estado* e uma grande parte da *sociedade* se encontram em oposição mútua”(1986, p. 63).[101]

Por fim, Ehrlich acredita apresentar um argumento contra o caráter estatal do Direito (que de resto é o mesmo que dizer: caráter jurídico do Estado) quando chama a atenção para o direito *eclesiástico* e explica: *“O direito eclesiástico é um direito por constituir a ordem jurídica da Igreja, independente da posição que o Estado assume diante dele” (1986, p. 128)*[102]*.* Ehrlich não repara que ele dessa maneira apenas disse que o direito da igreja é *direito* porque é *direito*? Exatamente porque Ehrlich, na definição do conceito de direito, abdica da relação com o Estado como comunidade jurídica específica, o seu conceito de direito - quando se abstrai da tentativa, que dificilmente pode ser levada a sério, de caracterizar as diferentes normas através da intensidade de sentimento por sua violação - precisa se estender sem margens e coincide, no fundo, com aquele de Norma Social ou Regra. Do ponto de vista sociológico, a concepção de Ehrlich, tanto quanto é univocamente determinada e não se contradiz, se perde na identificação de *direito* e *sociedade*, enquanto a tendência a uma clara delimitação entre Direito e outras normas sociais traz, em sua mais evidente consequência, a identificação entre *Direito* e *Estado* como a forma particular da Sociedade.

V.

Ambos os capítulos finais da obra de Ehrlich tratam dos “Métodos da Sociologia do Direito”. Aqui reúne mais uma vez as suas concepções fundamentais e nesta sucinta exposição se manifestam a obscuridade e as contradições inerentes de que sofre todo seu “Fundamento” com particular evidência. Nesses capítulos finais, enfatiza Ehrlich mais uma vez o contraste desde o início delineado entre uma Ciência do Direito “teórica”, a Sociologia do Direito e uma Jurisprudência “prática”. Já na introdução foi chamada a atenção ao fato de que Ehrlich desenvolve de um modo extremamente obscuro este contraste, cujo emprego correto seria da maior importância. Em conclusão mostra-se que esse princípio metodológico fundamental perdeu em Ehrlich todo significado possível. Depois de ter acentuado (especialmente

[101] Original: 60; UnB: 63.
[102] Original: ; UnB: 128.

na p. 298)[103] que “a ciência jurídica sociológica”, “como toda ciência, só tem de registrar os fatos e não de avaliá-los”, que ela também nada tem a declarar daquilo que *deve* ser, e especialmente o que *deve* ser por conta do direito, aquilo a que se é juridicamente obrigado ou autorizado, o que é direito e o que é ilícito (no sentido de juízos de *valor*), apenas explica para além disso: “Também a Sociologia, incluindo aí a Sociologia do Direito, deve ser uma *ciência da observação*”. Acerca do Sociólogo do Direito, diz que tem “de coletar os *fatos* para conhecê-los e interpretá-los”. Especialmente o “preceito jurídico”, considerado “somente como *fato*, isto é, observado quanto à sua origem e seus efeitos, não quanto a sua aplicação prática e interpretação”, em termos precisos significa: explicar a origem e os efeitos dos preceitos jurídicos como fatos psíquico-sociais, conceber o direito como poder, não considerar as normas jurídicas em sua *validade* de Dever-ser, não conceber o direito como norma. Deve-se ficar perplexo diante dessa definição absolutamente correta de uma Sociologia do Direito puramente explicativa quando Ehrlich reconheceu, a propósito da “jurisprudência prática”, que claramente deve conhecer, em contraste com a Sociologia jurídica teórica - segundo Ehrlich a única *ciência do direito* -, como o que deve ser por conta do Direito, que não constata e *explica* fatos, mas sim o juridicamente *valorado*; quando ele explica essa Jurisprudência - “não-científica” no sentido por ele adotado, porque normativa - diz que essa deve “produzir um quadro da sociedade na qual as normas devem vigorar” (1986, p. 364)[104]. Mas como isto é possível com os instrumentos da jurisprudência prática? Não é, do ponto de vista metodológico, a descrição das relações sociais existentes a tarefa da Sociologia em oposição à jurisprudência “prática”? A oposição, elaborada por Ehrlich em um primeiro momento, entre “teórico” e “prático” para a relação entre Sociologia do Direito e Jurisprudência, é completamente invertida quando ele finalmente assevera que a jurisprudência prática também é uma “ciência”, isto é, no sentido de Ehrlich: esta deve descrever e *explicar* casualmente - mas não valorar - o *Ser* (Sein).

> “O conhecimento direto das relações humanas de tipo jurídico, a generalização dos resultados do conhecimento e as respectivas normas de decisão, isto é o que constitui o aspecto científico da jurisprudência. Nesta medida a jurisprudência realmente é uma morfologia da configuração da vida social” (1986, p. 364).[105]

---

[103] Original 314; UnB: 298.
[104] Original: 384; UnB: 364.
[105] Original: 384; UnB: 364.

Ou, como diz a cabeça da página[106]: uma “morfologia da sociedade”. É preciso supor que se trate de fatos do Ser, enquanto tal conhecimento efetua-se no sentido dito “científico”; mas onde está então o contraste com a sociologia do Direito? “A muito amaldiçoada parte geral contém *ciência*”. Ciência no sentido de Ehrlich?

A completa confusão dos princípios metodológicos de uma disciplina teórica e de uma disciplina prática consuma-se, porém, no último e mais importante resultado da sociologia jurídica ehrlichiana: a *Investigação do Direito Vivo.*

Porque toda a ciência do direito de hoje em dia dedica-se apenas a preceitos jurídicos (rechtssätzen), a “nossa situação jurídica presente nos é em grande parte desconhecida” (1986, p. 375)[107]. O código civil austríaco - na falta de pactos matrimoniais como direito *dispositivo* - dispõe sobre o regime de bens (*Gütergemeinschaft*). O campesinato austro-alemão, a saber, vive efetivamente um regime matrimonial de comunhão de bens, mas este é regulado por normas de pactos matrimoniais particulares. É regulado de forma diferente da dos códigos. A literatura jurídica, porém, nada diz nem do conteúdo real dos pactos matrimoniais dos camponeses, nem do conteúdo real dos contratos de arrendamento e de testamento (1986, p. 375)[108] que em certos grupos sociais possuem de regra um conteúdo específico que não pode naturalmente ser obtido no código, o qual deixa estabelecer às próprias partes o conteúdo de sua relação jurídica. Infelizmente, Ehrlich não apresenta nenhuma prova de demonstração de sua tese que, *sociologicamente*, é muito interessante. A literatura jurídica nada sabe sobre a efetiva *“constituição agrária”*, nada sobre a ordem familiar efetivamente, que em nenhum país da Europa corresponde às normas do direito posto (1986, p. 377)[109]. Aqui deve-se parar um pouco. O direito é a *forma* pela qual a vida política e econômica se desenvolve ou deve se desenvolver. A ciência do direito tem, por conseguinte, algo a dispor sobre as formas, mas, com seus meios específicos e no limite de seu objeto, nada pode dizer sobre o conteúdo que deve se desenvolver (se

---

[106] Alusão a edição original alemã, que traz no topo de cada página um resumo do tema nela abordado.
[107] Original: 395; UnB: 375
[108] Original: 396,397; UnB: 375.
[109] Original: 397; UnB: 377.

este vem normativamente pensado) ou que efetivamente se desenvolve (se vem sociologicamente concebido) nas formas do Direito. Ehrlich *identifica simplesmente Direito* e *Sociedade*, isto é, ele define como direito não somente a forma, mas também o conteúdo dos fenômenos sociais, no momento em requer que a Jurisprudência dê informações as relações políticas e econômicas regulares que formam o conteúdo das formas jurídicas. A Jurisprudência precisaria ser ao mesmo tempo Economia Política, História Econômica, se devesse dar informações sobre a *constituição agrária* de um país ou das relações econômicas reais entre os cônjuges, entre arrendadores e arrendatários. É absolutamente sem precedentes uma tão completa confusão dos limites entre direito e economia, entre direito e sociedade, assim como entre a jurisprudência e todas as outras ciências sociais! O que são, porém, essas regras que declaram acerca do conteúdo de certos negócios jurídicos e de certas relações jurídicas? Segundo Ehrlich, essas regras são o "*Direito Vivo"*. Sua essência se revela abertamente na seguinte frase: "Também aqui a ciência como doutrina do direito cumpre mal a sua tarefa se ela se limita a descrever o que a lei prescreve e não o que de fato acontece" (1986, p. 377)[110] . Segundo Ehrlich, pesquisar e explicar esse "Direito Vivo', essas regras daquilo que realmente acontece, não é em absoluto o dever somente de uma sociologia explicativa, que se limita a constatar e a explicar os fatos, mas também da jurisprudência *prática*. A censura maior à Jurisprudência prática é ao que ela não faz. Qual é o embasamento suficiente para entender como "direito" as regras - particularizadas através da observação do Ser - do acontecer efetivo, que não pode significar outra coisa que o que regularmente sucede, *deve* também suceder por força do direito? Uma *Sociologia* - também no sentido de Ehrlich - não é autorizada enquanto uma pura ciência do *Ser*, a uma tal consequência; uma *sociologia* não poderia jamais, neste sentido, reconhecer e apresentar normas jurídicas (como normas de *dever-ser*). A questão - se um acontecimento real também *deve* acontecer - não pode ser resolvida pela jurisprudência prática a partir de um Ser em si. Entre tudo o que efetivamente acontece com certa regularidade, e o que já somente por isso também *deve* acontecer, pode ser dito o que deve acontecer por conta do *direito?* E todavia não é senão isto que significa a afirmação de que existe um "direito" vivo. E se então esse acontecer fático do Ser - como Ehrlich frequentemente o hipostasia - está em

[110] Original: 398; UnB: 377.

contradição com normas que o jurista prático, por qualquer razão que se queria, deve necessariamente pressupor validamente pelo menos como *normas* jurídicas, não significa com isso pretender que a *jurisprudência "prática"* - prática porque se volta ao conhecimento do *Dever-ser* jurídico - abandone o pressuposto fundamental de todo conhecimento, caso se espere que essa considere verdadeiros dois preceitos (*Sätze) (*preceitos de dever-ser) que se contradigam reciprocamente - a norma jurídica pressuposta como válida e a norma do direito vivo que a contradiz -, que abdica de conceber o ordenamento jurídico como um todo sensato, isto é, sem contradições, que abre mão, em outros termos,a *compreender* o Direito em geral?

O caráter absolutamente dúbio e ambíguo das Regras do Acontecer Efetivo (*Regeln tatsächlichen Geschehens*), o qual Ehrlich chama de *"direito"* vivo, vem à tona da melhor maneira possível no seguinte exemplo, que o próprio Ehrlich dá. Ehrlich relata ter pesquisado os efeitos do código civil na Bucovina. Infelizmente, não publica ele estas eminentes pesquisas *jurídico-sociológicas* nesse contexto. Isto já seria importante por esse motivo: porque teria sido finalmente apresentado *Material e Método* para a solução de problemas verdadeiramente concretos da Sociologia do Direito. Ehrlich fala especialmente da ineficácia das disposições de direito familiar do código civil austríaco. Segundo as disposições desse Código pode o filho da família (*das Hauskind)* possuir patrimônio próprio e dele dispor livremente. O provento pertence a ~~este~~ ele e não aos pais. Mas - assim relata Ehrlich - na Bucovina, "que faz parte da Áustria e onde o código civil vigora como nas demais partes do país", o camponês romeno dispõe do provento do filho: "Se um filho destes está empregado, o pai ou a mãe aparecem pontualmente a cada mês para levar para casa o salário" (1986, p. 284).[111]Destas observações de Ehrlich não se compreende, infelizmente, em quantos casos ele constatou esse fato. É preciso presumir que também na Bucovina se possam constatar mais casos de disposição autônoma, da parte do filho, de seu provento, do que tenha pesquisado Ehrlich. Mas o que significam (*sagen*) os fatos observados por Ehrlich? Talvez que o filho da família, na Bucovina, não é *legitimado* (verfügungs*berechtigt*) a dispor? O senhor professor Ehrlich, se fosse advogado ou juiz, responderia: "tu és juridicamente obrigado a suportar que teus pais disponham de teus proventos sem o teu consentimento"? Eu não duvido

[111] Original: 298; UnB: 284.

que o senhor professor Ehrlich, como juiz ou advogado, ajudaria esse filho com fundamento no Código Civil, inclusive na Bucovina! No entanto, se o filho da família está de acordo, ou, como diz Ehrlich, “suporta esse tratamento”, de que o pai disponha de seus proventos, o fato descrito por Ehrlich não é inconciliável com o código civil. A lei dá ao jovem um *direito*; se ele lança mão dela ou não, isso é assunto seu. Pode ceder ao pai o seu direito ou, no caso concreto, aquilo que ganha, pode, por força do direito, oferecer-lhe, pode ceder o seu salário reivindicado, pode também deixar prescrever (*verkümmern lassen*) o direito, tudo sem agir contra a lei. De resto, o fato observado por Ehrlich, na medida em que possa ser regularmente constatado no âmbito de um grupo social, é talvez um *costume*, mas não como Ehrlich acredita, um costume contrário ao direito (1986, p. 285)[112]. Seria outra coisa se o código civil sancionasse uma *obrigação* jurídica do filho. Ora bem, já aconteceu de obrigações jurídicas que sancionadas em uma lei não tenham sido efetivamente observadas ou sejam regularmente violadas por grupos inteiros. A norma jurídica válida não tem nenhuma *eficácia* para esses grupos. Seria sem dúvida um dever da Sociologia do Direito estudar a *eficácia* das normas jurídicas. Mas o que pode dizer esta Sociologia do Direito, que não considera e não explica nada além do que é existente [*das Seiende*], uma Sociologia que, como reconhece Ehrlich, “só tem de registrar os fatos e não de avaliá-los” (1986, p. 298)[113], o que pode dizer sobre se o que efetivamente acontece *deve* também acontecer, em razão da moral ou do direito? Ou, em outras palavras, sobre aquilo que é *lícito*?

Aquilo que Ehrlich define como “direito vivo”, na medida em que se compreende como o conteúdo regular das diferentes relações jurídicas, não é precisamente uma categoria jurídica, um objeto que interessa à *descrição da economia* e à explicação da sociedade. Assim como o conhecimento dos fatos sociais em geral, também o conhecimento destes fatos pode resultar útil ao *legislador*. Porém, para uma Sociologia do Direito que se diferencie da descrição da economia este objeto cognitivo não é dado de maneira óbvia. Na medida em que uma tal disciplina possa ser delimitada em termos gerais e realizada, o seu problema é aquele da *gênese* e dos *efeitos* das normas jurídicas concebidas como *fatos* psíquico-sociais. E somente enquanto, na configuração *de conteúdo* das relações

[112] Original: 299; UnB: 285.
[113] Original: 314; UnB: 298.

jurídicas, se trata dos *efeitos* das normas jurídicas, o conhecimento destes conteúdos jurídicos poderia ser tomado em consideração por uma Sociologia do Direito.

Todavia, parece que para uma Sociologia do Direito *como disciplina autônoma* se contrapõem as maiores dificuldades. A sociologia do direito só possível na mais estrita relação com uma sociologia da moral e dos costumes, logo de todas as outras normas sociais. O comportamento efetivo dos homens, na medida em que é visto através da consideração jurídico-formal como conforme ao direito, não se revela absolutamente *motivado* somente pelas normas jurídicas, mas também por normas de outro tipo. E justamente porque uma Sociologia do direito também deve estudar as causas da falta de efeitos de normas jurídicas (logo, os motivos do comportamento antijurídico), ela precisa também, para resolver os seus problemas, revelar o inteiro mecanismo do acontecer social. A rigor, a sociologia do direito não é uma ciência autônoma; do ponto de vista do *conhecimento sociológico*, é um fragmento absolutamente *arbitrário* de uma ciência em geral, que considera e explica a vida social. Necessariamente, a delimitação dessa sociologia do *direito* deve ser, de fato, realizada por intermédio de um conceito cuja definição resulta de um ponto de vista de todo diferente daquele de uma sociologia explicativa, isto é, por intermédio de conceito *normativo de direito*. A *sociologia do direito* não pode estabelecer o que é o *direito*, não pode estabelecer à gênese e aos efeitos de quais normas o mesmo deva, portanto, ser circunscrito; ela deve, necessariamente, pressupor o conceito *normativo* de direito. É, porém, o conceito normativo de direito que delimita os problemas da sociologia do direito; os limites dessa não podem, do ponto de vista daquela ciência da qual essa (a sociologia do direito) deva ser um ramo - do ponto de vista da *sociologia* - parecer limites artificiais. Se as normas e seus efeitos, determinados pelo comportamento social, são normas *jurídicas* ou normas dos costumes, da moral, isto, do ponto de vista sociológico, será completamente indiferente. Pelo aspecto puramente sociológico não haverá nenhuma diferença *essencial* entre estas normas, isto é, *entre fatos psíquicos, as representações que têm por conteúdo estas normas*. Somente a errônea concepção segundo a qual a sociologia pode abranger o mesmo objeto que a jurisprudência normativa, o direito, permite uma concepção de *sociologia do direito* autônoma. Na realidade, a norma jurídica, este objeto específico da ciência do direito, não existe

para uma Sociologia orientada pelo Ser. O apresentar ou o experimentar (empfinden) é algo completamente diferente do Dever-ser jurídico. Um *conceito sociológico de direito*, de que falam Ehrlich e muitos outros autores recentes, é tão possível quanto o conceito matemático de um processo biológico ou o conceito ético da queda livre. A tentativa de Ehrlich mostra claramente que uma *sociologia do direito* torna-se uma sociologia da sociedade, pois o conceito de direito não pode ser definido *sociologicamente*.

A tentativa de Ehrlich de criar uma fundação para a Sociologia do Direito deve ser considerada completamente fracassada: antes de tudo, pela total falta de uma clara colocação do problema e de um método preciso. E o que emerge da mixórdia de sua tese, cheia de contradições, é talvez não outra coisa que a verdade óbvia, nunca colocada em dúvida por ninguém, a qual Ehrlich, em seu prefácio, diz constituir o cerne de seu trabalho: a ideia de que o centro gravitacional da evolução do direito reside na sociedade. Naturalmente! Toda a evolução do direito se realiza como processo social na Sociedade! Aquilo que Ehrlich exige da ciência por ele fundada é, porém, muito pouco, no momento em que ele acredita que “nesta frase” se resuma “o sentido de todo o fundamento de uma sociologia do direito”. Seria o mesmo que dizer que o sentido de toda a biologia é o princípio pelo qual a evolução do ser vivo reside na natureza.

2. Resposta - Eugen Ehrlich (1916)

Neste periódico publicou Kelsen uma pormenorizada e absolutamente desfavorável resenha do meu livro: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Não é minha intenção escrever uma refutação. Refutações tenho eu por inadmissíveis em geral. A resenha, entretanto, apresenta o conteúdo de meu livro de maneira totalmente incorreta e deformada. Não creio que eu seja obrigado a aceitar isso em silêncio. O Direito de uma efetiva retificação, que, segundo as leis de imprensa, corresponde a todo prejudicado, não pode vir a ser recusado.

Kelsen me esclarece primeiramente que existem *regras de ser* e *regras de dever-ser*. Por *regras de ser* entende ele o que é habitualmente qualificado por Direito Natural, e cita à pág. 843[114] como um exemplo de regra de ser: "A Biologia não busca constatar como determinadas entidades vitais *devem* se comportar em determinadas condições (...) mas exclusivamente e somente como essas regularmente se comportam."

E então me censura (p. 843) por confundir ambos os significados da palavra *regra;* logo, devo eu ter dito que toda a *regra de ser* é simultaneamente uma *regra de dever-ser* e, por fim, pergunta-me se o Direito a meu ver é parte uma *regra de ser* e parte *regra de dever-ser*.

Crer que alguém confunda uma *regra de dever-ser* com uma lei natural, ou a Lei da Gravidade com a prescrição, significa tomá-lo quase por um idiota. E está no mesmo nível quando Kelsen pretende fazer crer que eu teria sustentado que toda *regra de ser*, e assim toda lei natural, seria ao mesmo tempo uma *regra de dever-ser*: De acordo com isso, seria a lei da gravidade uma norma social. E, de maneira não muito distinta, se comporta a doutrina segundo a qual o Direito é parte uma *regra de ser* (lei natural) e parte *regra de dever-ser*.

Quem sustenta esse tipo de coisa sobre alguém deve prová-las suficientemente. Kelsen cita de meu livro unicamente a tese de que uma regra do Agir não é, "evidentemente, somente uma regra segundo a qual se age, senão

[114] Original do Archiv für Sozial Wissenschaft und Sozialpolitik.

também uma regra sob a qual se deve atuar". Isso significa, como se depreende do teor do texto e também segundo o contexto da frase, que as regras do Agir não somente determinam de fato a nossa vontade, mas também a devem determinar. Eu não saberia o que se pode objetar contra isso. Kelsen, porém, observou em contrário que isso é manifestamente incorreto: "então, toda regra que tenha sido extraída de uma perspectiva causal-explicativa não é outra coisa que uma *regra de ser,* a qual não dá nenhuma informação sobre o que deve-ser".

Então, se eu "tiver investigado por uma consideração causal-explicativa" que a maior parte dos aceitantes da letra de câmbio a abonam cumprindo o preceito de que o aceitante responde cambiariamente, com isto, fica estabelecido também, segundo Kelsen, que este preceito não proporciona nenhuma *regra de dever-ser*. Esta é uma prova da lógica kelseniana.

Mas, de todas as maneiras, o princípio aduzido por Kelsen pode estar correto ou incorreto; em todo caso, porém, não significa que o preceito 'não roubarás' - uma típica regra do Agir - seja uma *regra de ser*, uma lei natural, no sentido em que o é uma lei da Física ou da Biologia. Eu explico que em meu livro inteiro sempre tratei o Direito somente como uma *regra de dever-ser* e nunca como lei natural, como '*regra de ser'*, e que nele não se encontra nem uma só palavra que justifique a afirmação kelseniana. E agora eu exijo seriamente de Kelsen, segundo as *regras de ser* do decoro literário, que explique onde encontrou ele tal teoria em meu trabalho.

Posto que em meu livro eu tenha frequentemente adentrado em um novo território científico, precisei eu por isso criar em parte uma terminologia própria. A esta pertence a distinção entre norma jurídica e preceito jurídico. Ela não é de forma alguma totalmente nova: ela encerra em si a distinção de Binding entre lei penal e norma penal. Preceito Jurídico, como explico na passagem citada por Kelsen, é "a eventual formulação obrigatória com caráter geral de uma prescrição jurídica que aparece em uma lei ou em um livro jurídico". Portanto, o preceito jurídico é sempre uma obra do legislador ou do jurista que redigiu a publicação legislativa. Os preceitos jurídicos, em consequência, não somente formam o conteúdo do Código Civil ou do Código Penal, senão também dos *Libris iuris civilis*, de Servius, do Digesto, das *Lex Salica*, dos espelhos dos saxões (ainda que estes últimos

contenham apenas a Lei dos Juristas). Outras tantas vezes, tendo em conta que o Direito Comum, como é sabido, era em sua totalidade Direito de Juristas, preceitos jurídicos são também as sentenças da Glosa e das Doutrinas reconhecidas como preceitos de Direito, de Styrkins e Struvius, bem como Windscheid e Dernburg. Minha determinação do conceito de preceito jurídico é impreciso à medida que há também uma tradição oral das proposições de direito, principalmente nos provérbios de direito [Rechts*sprichtwörtern*] assim como na prática jurisdicional [*Rechtsübung*]. Os escandinavos estabeleceram inclusive um ofício próprio para a criação oral dos preceitos jurídicos pelo jurisdiscente. Essa imprecisão, sobre a qual Kelsen chama a atenção de forma louvável, não possui especial relevância.

Além disso, acrescento outra definição de preceito jurídico, igualmente citada por Kelsen: a regra jurídica estável, expressa em palavras, emanada de uma coerção [*Gewalt*] situada por sobre o indivíduo, que se lhe impõe a este de fora. Em vez de "*coerção",* teria eu dito melhor "*Autoridade"* [*Autorität*]; não obstante, minha intenção era evitar o estrangeirismo[115]. Kelsen observa a esse respeito: "ele se refere evidentemente a norma de direito heterônoma, em sentido de *dever ser*". Que se me permita dizer que não me refiro a norma de direito heterônoma, mas sim exatamente a que me referi. Rechaçarei decididamente este segundo intento de me fazer dizer algo distinto do que havia dito com clareza. Esta segunda determinação do conceito significa, conquanto a seu conteúdo, o mesmo que a anterior: se limita simplesmente a evitar a imprecisão a respeito da proposição jurídica oral, que até a aparição de Kelsen, havia sido compreendida por toda a crítica. Kelsen me remete a Gierke; não vejo, porém, onde Gierke definira a proposição jurídica de forma distinta à minha. Gierke disse, segundo Kelsen:

> "os preceitos jurídicos, contudo, são *normas* (eu as digo *regras,* porém toda regra de direito contém sempre uma *norma jurídica*) que a teor de uma convicção de uma comunidade (eu digo: "emanadas de um poder ao indivíduo", o que significa a mesma coisa) declara (eu digo: "formulada em palavras") devem determinar de maneira incondicionada (eu digo: "são impostas ao indivíduo de fora") a vontade humana livre (eu digo: "ao indivíduo")".

[115] Frequentemente, a língua alemã emprega vocábulos latinizados; principalmente no meio acadêmico, onde gozam de certo prestígio, daí a razão da ressalva de Ehrlich. (N. do T.)

Gierke estabelece um conceito de proposição jurídica exatamente no mesmo sentido que eu, se bem que com distintas palavras, é verdade; se Kelsen entendeu Gierke, também poderia ter me compreendido.

Não obstante, os preceitos jurídicos não esgotam em nenhuma época a totalidade do Direito Vivo de uma comunidade. A *Lex Salica Francorum* até podia conter tudo ou quase tudo que os francos sálios haviam produzido em seu tempo, ao menos, no que se refere a preceitos de Direito Privado, os quais (utilizando as palavras de Gierke) deveriam determinar a livre vontade humana segundo a convicção declarada da comunidade dos francos sálios. Porém, um passar de olhos na *Geschichte des Rechts*, de Brunner, nos mostra que entre os francos sálios havia infinitamente mais direito privado do que se podia chegar a extrair das regras da *Lex Salica*, pois esta menciona somente de passagem os estamentos, diz uma qualquer coisa acerca do regime imobiliário, muito pouco de Direito sucessório e cala-se em absoluto acerca dos contratos. O inteiro ordenamento da sociedade franca, que ainda não tinha expressão em nenhum preceito jurídico, se baseava na ordem interna de seus agrupamentos sociais, o que era determinado através de usos, relação de dominação, formas de posse, contratos, transmissões *inter vivos* e *mortis causa* e partilhas hereditárias. Essa ordem interna se cria através de normas jurídicas, em parte na Jurisprudência, em parte na Legislação e todo esse processo, extremamente importante, foi descrito em meu livro em extensos capítulos. Kelsen não me dedicou uma palavra sequer quanto a isso.

Kelsen permanece totalmente livre para impugnar, combater e refutar esses aportes. Porém, uma coisa não é a ele permitida: subscrever-me sua própria terminologia e qualificar as coisas que eu digo como sem sentido, por não se encaixarem na singular estrutura terminológica kelseniana. É justamente isso, contudo, que ele fez. Kelsen refere na p. 850: “se por preceito jurídico se entende, *como é habitual*, toda norma vinculante com caráter geral, então é logicamente impossível pensar as relações jurídicas sem pressupor (logicamente) tais preceitos de direito”.

Porém, desde quando é usual compreender as normas jurídicas obrigatórias em generalidade como preceitos jurídicos? Gierke, ao qual o mesmo Kelsen se

refere, não fala de normas jurídicas obrigatórias em generalidade, mas sim de normas que, a teor de convicção declarada de uma comunidade devem determinar incondicionalmente a livre vontade humana. E outra vez disse, na p. 847:

> "se, originariamente a promessa que A faz a B, e este admite, deve fundamentar uma relação jurídica, isto há que significar um contrato com efeitos jurídicos; então, há que se *supor válido,* ao menos, um *preceito jurídico*: que uma conformidade de vontades manifestada de forma semelhante deve ser vinculante".

Uma proposição jurídica é, seguindo novamente Gierke, não o que Kelsen "pressupõe como válido", mas sim uma norma que "de acordo com o convencimento *declarado* de uma comunidade, deve determinar a vontade dos homens livres de modo incondicional". O melhor, porém, está na página 849: "É simplesmente absurdo dizer que existam contratos antes que exista um preceito jurídico contratual e [...] dito preceito jurídico contratual *é uma norma, um pressuposto a partir do qual se considera este feito*". Correto: se o preceito jurídico é um "*pressuposto a partir do qual se considera algo"*, então isto que eu digo é completamente absurdo. Porém, quem é que nunca entendeu o preceito jurídico como um tal pressuposto? Gierke não; eu também não. Quem então? Se trata, pelo visto, de uma terminologia nova totalmente inventada por Kelsen. A mesma expressão, bela, "*pressuposto a partir do qual se considera algo"*, cujo sentido não resulta de um todo claro (compreensível), é possível que seja crescido em um solo kelseniano. Pelo menos, não se encontrou em nenhum dicionário de estrangeirismos.

Já se viu alguma vez uma crítica de semelhante índole? Kelsen impõe a minhas declarações sua própria terminologia arbitrária, carente de todo o valor científico (o preceito jurídico como '*pressuposto a partir do qual se considera algo'!)*, e sustenta adiante que são absolutamente insensatas, porque não enquadráveis em sua terminologia. Uma polêmica desta natureza, que, por todo o mais, deu lugar a um refrescante livro - *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* - acaba, finalmente, em uma pura e simples desfiguração de meu pensamento que me vejo obrigado a rechaçar com firmeza.

A seguir, Kelsen objeta à minha doutrina de que o Direito é, certamente, uma coisa pensada, isto é, uma representação, "dado que é assim como se formaram nossas representações, a partir de uma matéria que nós extraímos da realidade

materialmente perceptível". A elas (as nossas representações) "*subjazem sempre fatos que nós tenhamos observado*". Em contrário, observa Kelsen: "Se o Direito fosse um fato, então não seria uma mera coisa pensada, mas sim algo perceptível materialmente e observável". Kelsen sustenta, em consequência, que uma "coisa pensada", uma representação não é um feito porque não é nem perceptível sensorialmente nem observável; o que pressuporia não somente uma nova terminologia, senão também inclusa em uma nova doutrina. Até agora, as representações têm sido consideradas entre os *fatos* da vida anímica e se consideraram, se não sensorialmente perceptíveis, observáveis. Da observação das representações se ocuparam, entre outras, a ciência da Psicologia (incluindo a psicologia experimental), a Sociologia, a Economia Política, a Ciência da Religião e, a meu ver, também a Jurisprudência. Em seguida, Kelsen expõe o seguinte: "o fato nunca é Direito ou relação jurídica, posto que este, em si, considerado faticamente, é valorativamente indiferente". Desde logo, eu nunca sustentei que algum fato valorativamente indiferente fosse Direito ou relação jurídica, senão que a representação do Direito e da relação jurídica e, portanto, de sua valoração, se formou a partir de uma matéria cuja existência tomamos da realidade sensorialmente perceptível. E então mais um rodeio. Toda essa exposição de Kelsen produz a impressão de que a doutrina segundo a qual as representações advêm de impressões sensoriais, que remonta a Aristóteles, lhe é completamente desconhecida. Em Kelsen seguem elucubrações como as seguintes: "existem representações dos fatos, e representações que não contêm fatos. As representações do bom e do mau não são fatos; a ação é um fato ao qual se une a representação do bom e do mau. Se o Direito fosse um fato, ou o conceito de direito uma abstração a partir dos fatos, então o Direito não seria um mero produto do pensamento". Confesso abertamente que me sinto incapaz de decifrar o sentido dessas palavras. "Representações que não têm por conteúdo feito algum, a representação do bom e do mau não é um fato", um conceito não deve ser uma mera "produção do pensamento" se é uma abstração a partir dos fatos: me faz rodar a cabeça. E tudo é explicado com uma certeza apodítica[116], que exclui qualquer contraponto.

---

[116]Do original: *Apodiktische Aussage*. ἀποδεικτικός -> o que pode ser demonstrável (Corpus Aristotelicus).

É por isso que fui apenas até a décima sexta página da crítica Kelseniana, espero que não me seja exigido rebater igualmente as restantes vinte páginas. É-me possível afirmar com tranquilidade que é tudo o mesmo, o todo de uma só peça. Ao invés do que eu expus, apresenta-se uma kelsenaria e depois se argumenta sobre ela com certa lógica utilizada nos trabalhos mais antigos de Kelsen, de acordo com o qual as premissas maiores nada significam e as menores, muito menos. Talvez o mais importante seja compreender a proposição-núcleo da crítica kelseniana que em realidade pode ser a proposição-núcleo de toda a concepção jurídica de Kelsen como a vejo. Contrário às minhas observações de que as abstrações jurídicas quanto mais abstratas são, mais perdem todo o contato com a realidade, Kelsen argumenta: “No que diz respeito ao ‘contato com a realidade’, seu defeito não pode ser a reprovação de uma ciência que, de saída, se nega a ser uma explicação da realidade”. Assim, a Jurisprudência, precisamente por ser uma ciência, não necessita de contato algum com a realidade, posto que um princípio não pretende ser uma explicação desta última. A Kelsen pode-se dedicar uma surpreendente constatação: a que um professor de Direito na Universidade de Viena, no começo do século XX, advogue tais teses; tal me desarranja.

Posto que não é minha intenção fazer uma refutação completa, mas apenas uma simples pontualização, não creio que a crítica kelseniana ofereça, em hipótese alguma, uma ideia do verdadeiro conteúdo de meu livro. Somente desejo afirmar que, para que não se enquadre meu trabalho em uma moldura, meu propósito nunca foi escrever um livro terminológico, como o leitor da crítica kelseniana pode ter vindo a crer. Com terminologia eu me coloco publicamente disponível, no que necessário for, para me fazer cientificamente compreensível. O Objeto da Sociologia do Direito não é a Terminologia, mas antes a relação do Direito com a Sociedade. Em meu livro me ocupo em como o direito surge em função da sociedade, como a Jurisprudência e a Legislação concentram as sentenças de direito, e como isso volta a repercutir na sociedade. Que Kelsen não tenha compreendido isso não me surpreende, posto que ele interpretou mal até mesmo o claro Amira. Daí então, se na crítica kelseniana não se fala praticamente em nada mais que terminologia, então isto já não me concerne, senão ao grande interesse que Kelsen mostra pelas questões terminológicas situadas no marco de sua compreensão.

3. Réplica - Hans Kelsen

Note-se primeiramente que eu não me meti em um exame da questão pelo qual a avaliação dos meus trabalhos científicos anteriores, levantada pelo senhor professor Ehrlich, não apoiada em nenhum fundamento objetivo, está em nexo com a crítica de seu livro.

Em relação às esparsas objeções concretas levantadas por Ehrlich contra a minha crítica, poderia me limitar a remeter o meu detalhado ensaio, composto de 4 duodécuplos[117] <de páginas>, nas quais qualquer leitor atento, que não se restringe às dezesseis primeiras páginas, tal como o senhor professor Ehrlich, encontrou a resposta. Porém, tal redação me dá a oportunidade para uma conclusão, posso então - mais que isso, devo - ver nela a autorização para repetir o que já disse!

Ehrlich me exorta a lhe explicar onde cometeu a confusão repreendida - aliás, não apenas por mim[118] - entre os significados de *Ser* e de *Dever-ser* da regra jurídica. A isso eu respondo: em cada frase de seu livro, o qual só foi possível por conta dessa confusão. A falta de uma distinção entre o direito como regra do ser, isto é, como uma regra do acontecer efetivo, e o direito como regra de dever-ser, isto é, como norma que estatui o que deve acontecer, é somente um sintoma particularmente significativo[119] para a característica confusão do ponto de vista de Ehrlich entre um modo de consideração causal-explicativo endereçado ao Ser [*auf das Sein gerichteten kausal-erklärenden*] e um modo de consideração normativo voltado ao Dever-ser e especialmente ao Dever-ser jurídico [*auf das Sollen und speziell das rechtliche Sollen gerichteten normativen Betrachtungsweise*]. É, sobretudo, este sincretismo de métodos que eu repreendi em Ehrlich. O quão pouco compreende ele o ponto de vista, oposto ao seu, de um dualismo de métodos

---

[117] Em alemão o autor utiliza o termo Druckbogen. Segundo o dicionário *Duden*, um Druckbogen é um Papierbogen (Folha de Papel) que abarca 16 páginas dentro de si, que podem ser impressas em frente e verso. Logo, o que Kelsen quer dizer é que seu ensaio é composto por 48 páginas - divididas em 3 x o numeral miltiplicativo de 16, que não existe em Português, existindo porém em Alemão e Italiano. O máximo numeral multiplicativo no português é o duodécuplo, daí obrigando uma simples multiplicação para se atentar ao texto original. (Nota do Tradutor).

[118] Friedrich Hahn levanta também a mesma objeção contra o livro de Ehrlich em seu ensaio, absolutamente objetivo, *Eine Soziologie des Rechts* (na “Der Kampf”, v. VII, 1914, p. 527 e ss.). Naturalmente, Ehrlich acusa também a este crítico de tê-lo mal interpretado em absoluto.

[119] Prägnantes -> Segundo o *Wahrig*: Preciso, conciso, relevante; segundo o *Duden*: “*etwas in knapper Form genau treffend, darstellend*”. Segundo o *Martins Fontes* (Italiano-Português) para o termo “pregnante”: pleno, cheio, impregnado, prenhe.

críticos é melhor demonstrado quando ele, em sua resposta, afirma ter sempre entendido o direito somente como uma *Regra do Dever-ser* e mantido sua concepção da jurisprudência como sociologia indutiva causal-explicativa. Uma disciplina causal-explicativa, indutiva, à moda das ciências naturais, jamais pode abranger um Dever-ser, mas sempre e somente um Ser; por consequência, esta jamais pode abranger uma regra do Dever-ser, mas sempre e somente uma regra do Ser. Em sua resposta, Ehrlich repete diante de todos a sua repreendida confusão; é supérfluo trazer-lhe à memória as inúmeras passagens de seu livro, as quais eu destaquei em minha crítica, desenvolvida do ponto de vista metodológico. Porém, como o Senhor Professor Ehrlich o deseja e a redação nada tem a objetar, reproduzo aqui os conceitos fundamentais do quinto capítulo de minha crítica, onde analisei o "direito vivo" de Ehrlich. Em vista à afirmação, de modo algum apresentada no livro de Ehrlich, segundo a qual compreende ele o direito *somente* como norma de Dever-ser, não pode não aparecer de maneira particularmente forte a contradição na qual esta tese se encontra com o "direito vivo", o qual a ciência jurídica não reconhece porque se limita a expor "aquilo que a lei prescreve" (isto é uma clara regra do Dever-ser), "mas também aquilo que *efetivamente acontece"*. Aquilo que manifestamente é *"vivo"*, no tipo de direito descoberto por Ehrlich, é o fato que isso representa uma regra do acontecer efetivo, isto é, do agir empírico e não meramente do agir devido, que isso representa uma parte da realidade efetivamente viva que se desenvolve no mundo exterior, da qual não se sabe, na verdade, por que é também devida. Daquilo que é real não se pode compreender o que deve ser!

Aquilo que Ehrlich objeta contra a minha crítica da sua definição de *preceito* jurídico e de *norma* jurídica não me é compreensível. Eu demonstrei que Ehrlich dá duas definições de preceito jurídico, que se distinguem uma da outra em sua essência e que ele, como diferença específica entre *preceito* jurídico e *norma* jurídica, cita o fato de que o primeiro é formulado verbalmente; e de que a segunda, não, ainda que ele apresente essa "formulação verbal" como a característica distintiva essencial da *norma* jurídica no que tange à norma moral. Ehrlich lamenta que eu lhe tenha atribuído uma falsa ideia quando interpreto a sua definição de preceito jurídico - "a regra jurídica estável, expressa em palavras, que é emanada por um poder que está acima do indivíduo e que vem, por isso, imposto de fora" - como uma paráfrase do conceito de regra jurídica heterônoma. (Ehrlich confunde em

sua *resposta* “heterônoma” com “heterogênea” e fala obstinadamente de uma norma “heterogênea”; o que ele compreende por isso, eu não sei; apenas protesto contra ele colocar essa terminologia em minha boca”). Mas ninguém poderá ver nisso uma falsa interpretação, o conceito de heteronomia é um conceito familiar, com o qual se indica uma obrigação que se dirige de fora para o sujeito. Ou estará Ehrlich descontente com o fato de eu qualifiquar a sua “regra jurídica expressa em palavras” como *norma*? Mas, ocasionalmente, ele próprio o faz! Onde, em todo o mundo, reside a sugestão que me imputa? Ehrlich acredita que, se eu tiver compreendido Gierke, então deveria também entendê-lo, uma vez que ele define o conceito de proposição jurídica exatamente como o este último. Na citação trazida por mim, Gierke define o direito objetivo [*objektive Recht*] como uma soma de preceitos jurídicos e o coloca em relação com o preceito jurídico e com aquela afirmação que Ehrlich, da maneira mais vivaz, combate e em cuja destruição ele avista um dos mais importantes resultados de sua Sociologia do Direito! Na definição conceitual de Gierke, os preceitos jurídicos vêm indicados como Normas qualificadas e de tal modo que no lugar do termo “preceito jurídico” se possa colocar também o termo “norma jurídica”. Mencionei a primeira linha da citação de Gierke porque ele não diferencia preceito jurídico de norma jurídica. Justamente essa diferenciação constitui uma seção específica do amontoado conceitual de Ehrlich, o qual distingue, além de preceito jurídico: norma jurídica, norma de decisão, direito vivo, direito estatal e não estatal e assim por diante, dentro de todo o vasto campo do direito objetivo. E é uma certa audácia que Ehrlich repreenda a minha crítica de sua tese - segundo a qual teriam surgido anteriormente contratos vinculantes, relações jurídicas concretas, e, subsequentemente, preceitos jurídicos pelas quais os contratos, os testamentos et caetera, seriam vinculantes - que eu lhe teria atribuído, assim, um falso conceito de preceito jurídico, isto é, aquele da regra do Dever-ser geralmente vinculante. Precisamente neste contexto, Ehrlich deixou novamente de lado o seu conceito de preceito jurídico empregando o termo no sentido de uma regra de dever-ser geral, exatamente o mesmo sentido em que se aplica contra ele. Cito intencionalmente somente aquelas passagens que já trouxe em minha crítica:

> O Estado antecedeu à constituição, a família é mais antiga que a ordem familial, a posse precedeu à propriedade, firmaram-se contratos antes de existir um direito contratual e mesmo o testamento é mais antigo que o direito testamentário, ao menos lá, onde o testamento teve sua origem (1986, p. 34)

Constituição, *ordem* familial, *direito* contratual, são exemplos de *preceitos jurídicos* que seguem uma concreta relação jurídica. Ou quer fazer crer Ehrlich em sua resposta que em seu livro ele defendeu a opinião que somente as normas jurídicas vinculantes segundo a convicção *declarada* de uma comunidade seguem as relações jurídicas concretas? Mas o que importa é o que ele repreende na doutrina dominante: que ela "coloca o *abstrato* antes do *concreto*". Ele assim contesta - e é este o sentido da tese de Ehrlich por mim combatido - que o direito anteceda na forma *geral* a relação jurídica *concreta*. Poderia, portanto, nesse contexto, o "preceito jurídico" ser compreendido "como de costume" e também como Ehrlich utiliza este Terminus, a norma jurídica *geral* vinculante.

O fato de que Ehrlich não compreenda a minha objeção, de que a norma jurídica geral deva necessariamente ser *pressuposta logicamente* (e não *temporalmente*, como ele imputa de forma errônea à concepção dominante) para toda a relação jurídica concreta (*Rechtsverhältnis)*, para que com esta venha reconhecida como *relação-jurídica* (*Rechts*-Verhältnis), o fato de que ele não compreenda que a proposição jurídica - isto é, a norma jurídica geralmente vinculante - deva necessariamente ser o pressuposto válido daquela consideração que dá juízos de valor jurídicos sobre fatos jurídicos ou, o que é o mesmo, os avalia juridicamente, o fato de que a ele é estranha a distinção entre juízos de fato e juízos de valor, entre explicação causal e valoração, tudo isto não me impressiona. Nisto, de fato, aparece somente a sua absoluta incapacidade de compreender o problema metodológico do qual ~~se~~ se trata quando se encontra ante o problema de separar a sociologia do direito da ciência jurídica dogmática. Ele me lisonjeia dizendo que serei o primeiro a distinguir entre consideração de valor - que pressupõe normas válidas - e explicações causais - neste sentido, privada de pressupostos -, mas é que ele acredita ser a minha (!) descoberta epistemológica uma descoberta malignamente terminológica! Ele, de fato, buscou, em vão, o termo "pressuposto de consideração" em um dicionário estrangeiro.

É por isso que o senhor professor Ehrlich também não pode compreender porque as duas frases escritas por ele sobre a essência do direito constituem uma contradição impressionante:

> "Direito e relações jurídicas são um *coisa mental* que não existe na *realidade palpável e perceptível pelos sentidos*, mas somente na cabeça das pessoas" (1986, p. 70)[120] e "Mas, como em toda a parte, também aqui as concepções são moldadas a partir de matéria que tomamos da realidade palpável e perceptível" (1986, pg. 70).

Em sua resposta, o senhor professor Ehrlich identifica "coisa ideal" [*gedankending*] e "ideia" [*Vorstellung*] e crê que o Direito é, enquanto ideia, uma coisa ideal e um fato. Mas precisamente isso é um erro lógico que ~~eu~~ não perdoo. Também as folhas nas árvores são "ideias", mas estão também na realidade tangível e sensivelmente perceptível, do mundo externo, tanto quando as *ações* dos seres humanos, cuja regularidade é o que busca coletar a Sociologia do Direito de Ehrlich. Ou acredita o senhor professor Ehrlich que as ações, das quais a sua Sociologia do Direito determina a regra de maneira indutiva, são meras coisas ideais porque vivem também na cabeça dos seres humanos? Então existiriam somente coisas ideais! E em que consistiria então a sua distinção com aquelas "ideias", como por exemplo aquela do *tempo* ou do *espaço*, que não trazem o seu conteúdo da realidade sensivelmente perceptível porque é através desta realidade, com a sua ajuda, que é compreendida? Mas esta distinção foi certamente inventada *ad hoc* por mim e por isso o senhor professor Ehrlich não encontrará em seu dicionário estrangeiro estas criações de minha terminologia. E eu, de minha parte, me conformo com o fato de que, entre juristas e sociólogos jurídicos, o dicionário de filosofia é um dicionário estrangeiro.

---

[120] Original: 68; UnB: 70.

4. Réplica - Eugen Ehrlich (1917)

Na resenha apresentada no *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* de minha obra *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, o Sr. Professor Kelsen atribui a mim a confusão entre as acepções à palavra *regra* - *regra de ser* (lei natural) e *regra de dever ser* - e que concebi a regra jurídica, se muito, como regra de agir, como uma *regra de ser*. Considerar a regra jurídica como *regra de ser* (lei natural) constituiria, evidentemente, o mais genuíno dos absurdos. Por isso, em minha resposta, publicada no último número do *Archiv*, exortei seriamente ao Sr. Professor Kelsen, apelando às regras do decoro literário, que me explicasse onde havia encontrado em minha obra tal tese.

Na réplica publicada no *Archiv*, de forma simultânea a minha resposta, Kelsen sublinha, primeiramente, a contradição na qual incorre minha afirmação de que o Direito é sempre somente uma *regra de dever ser*, com respeito à tese do *Direito Vivo*, de que a forma de conhecer a Ciência do Direito não expõe somente o que a lei prescreve, mas também o que verdadeiramente sucede. Kelsen põe parte da frase entre aspas e afirma com isso que se trata de uma citação sua trasladada a meu livro em discurso indireto. *Esta citação é falsa*; em meu livro não há frase alguma que tenha o sentido indicado por Kelsen. Talvez as palavras entre aspas destacadas por ele se encontrem em um que outro parágrafo que literalmente diz que “também aqui a *ciência*, como doutrina do Direito, cumpre muito mal sua tarefa quando se limita a escrever o que a lei prescreve, e não o que verdadeiramente ocorre”. As palavras não se referem em absoluto ao conteúdo da regra de Direito, mas sim a tarefa da ciência do Direito.

Além do mais, Kelsen assinala não ter eu afirmado em meu livro de modo que eu entendesse por Direito sempre uma *regra de dever ser*. Realmente se deve levar isso a sério? *Pois também não é verdade*. Na página 31, eu digo, justamente ao referir-me às regras de agir, que são, de acordo a sua forma e a seu conteúdo, *normas, ordens e proibições abstratas* no que concerne a vida em sociedade, dirigidas aos membros desta”. Não sei como poderia dizer mais claramente que não concebi as regras de agir como leis naturais, mas sim como *regras de ser*.

Por fim, Kelsen refere-se à minha tese do *direito vivo* “segundo a qual este representa uma regra do acontecer efetivo, da conduta que é e não somente deve ser, que é parte da realidade viva que acontece no mundo exterior, e da qual não se conhece claramente porque também é devida”. Com isso, Kelsen interpretou de maneira absolutamente insuficiente minha tese do *direito vivo*. Em meu livro, classifico o *direito vivo* como as regras de *dever ser jurídicas*, as quais não se limitam a ser normas de decisão, que dominam de fato a conduta humana. Ditas regras se constatam mediante a observação do acontecer fático, o que também é admitido pela Jurisprudência dominante, com respeito às *regras de dever ser*, do chamado direito consuetudinário, o qual coincide, ao menos parcialmente, com o que qualifico de *direito vivo*.

Kelsen não apresentou outro material. O Senhor Professor Kelsen, por tanto, não se dignou a explicar, na exortação que publicou, onde encontrou a tese a qual me atribui.

5. SCHLÜSSWORT - Hans Kelsen (1917)

De minha parte, julgo encerrada esta *substancial* discussão com o senhor professor Ehrlich, do que ele disse nas páginas precedentes me toca apenas a nova afirmação segundo a qual eu o *citara falsamente*. Ehrlich quer fazer crer que eu, na exposição de seu “direito vivo”, tenha citado uma frase de seu livro de modo incorreto, modificando seu sentido original. Ehrlich toma por imprescindível reproduzir a seguinte frase, pela qual eu evidentemente fraudei os meus leitores: “Também aqui a ciência como doutrina do direito cumpre mal o seu dever, quando essa explica unicamente o que prescreve a lei, e não também o que realmente acontece”.

Esta frase foi por mim literalmente citada no curso de minha exposição do Direito Vivo de Ehrlich.

De bom grado aceito a crítica, oportuna para o professor Ehrlich, de sua abordagem, se eu aceitar a idéia de que ele não leu esta parte de meu escrito.

Em minha *réplica*, onde eu poderia referir-me ao já dito e, *de fato, eu me referi*, avaliei as ideias da frase supracitada em um preceito relativo que se reportava ao direito vivo de Ehrlich: “que a ciência jurídica não reconhece que ela meramente expõe aquilo a lei prescreve (isto é, todavia, uma regra do dever-ser), mas também o que realmente acontece”

A mim - e decerto a qualquer um que pense de maneira objetiva - não pode não permanecer completamente incompreensível o que em minha exposição na *Réplica* modifica o sentido da frase em questão. Quando Ehrlich acentua que as palavras da frase citada se referem à *ciência jurídica*, a sua própria citação confirma, assim, a minha exposição na *Réplica*, isto é, que eu também faço do *preceito jurídico* o sujeito da citação em questão.

Hans Kelsen