



Uma fundamentação para a sociologia do direito

*A foundation of sociology of law**

Hans Kelsen (1881-1973)

Universidade de Viena, Império Austro-húngaro

Versão original:

KELSEN, Hans. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. **Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik**, n. 39, p. 839-876, 1915.

Tradução

Henrique Sagebin Bordini, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4938-217X>. E-mail: hbordini@hotmail.com

Revisão

Lucas Pizzolatto Konzen, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0376-3770>. E-mail: lucaskonzen@ufrgs.br

*Esta tradução é um dos produtos do projeto de pesquisa A sociologia do direito em busca de uma identidade: debates clássicos e contemporâneos, desenvolvido com a colaboração do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade (GPDS) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e apoiado financeiramente pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), Chamada Universal – MTCI/CNPq n. 14/2014, Processo 444686/2014-2. A tradução do original em alemão foi realizada com a permissão do Hans Kelsen-Institut, Viena, Áustria, sob a condição de que o texto fosse traduzido sem quaisquer modificações (inserções, notas ou comentários). O texto foi revisado a partir da tradução para o italiano (KELSEN, Hans. Uma fondazione della sociologia del diritto. In: CARRINO, Agostino (Org.). Hans Kelsen / Eugen Ehrlich: scienza giuridica e sociologia del diritto. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. p. 67-105).

Tradução recebida em 14/12/2018 e aceita em 23/12/2018.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



Uma fundamentação para a sociologia do direito*

Hans Kelsen

I

Quando um dos líderes e fundadores da chamada ciência “sociológica” do direito, novíssima e cada vez mais forte, apresenta à opinião pública uma grande obra, cujo título anuncia a *fundamentação* desta nova ciência, há razões para se dirigir a tal iniciativa uma curiosa expectativa e uma grande esperança. Até então falharam todas as numerosas tentativas de reformar de cima a baixo a ciência do direito, muitas das quais 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 de que por trás da fórmula comum da “sociologia” haveria realmente um esforço uniforme, voltado a um fim claro e determinado, vale dizer, uma *fundamentação* científica. E se alguém entre todos estaria apto e capaz a apresentar esses fundamentos, este seria seguramente Eugen *Ehrlich*. Seus sedutores e cativantes escritos, em sua espirituosa e vivaz retórica, têm atraído um fiel séquito de seguidores, há mais de duas décadas, indicando o caminho a ser seguido nesta luta pela ciência do direito.

A oposição fundamental, que ameaça dividir a ciência do direito, no que tange ao objeto e ao método, em duas tendências diferentes, desde a sua fundação, resulta da dupla perspectiva a qual se acredita poder submeter o fenômeno jurídico. Pode-se considerar o direito como *norma*, isto é, como uma forma determinada do *dever-ser*, como regra de *dever-ser* específica e, em consequência, constituir a ciência do direito como uma ciência *normativa* e *dedutiva* do *valor*, como a ética ou a lógica.¹ Mas se tenta

* Resenha do livro de Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig: Dunker und Humblot, 1913.

¹ 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 do direito não é pensado aqui como um valor absoluto, mas sim como um valor relativo. O conceito de *dever-ser* precisa ser tomado aqui - justamente em referência à ciência do direito - em um sentido puramente *formal*. É um ponto que destaco aqui contra a concepção, hoje uniformemente sustentada, que entende o “*dever-ser*” somente no sentido material de um valor absoluto. A ciência do direito ocupa-se de *conhecer* (e não de estatuir) o *dever-ser* jurídico; neste sentido esta possui um caráter normativo. Cf. o meu *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, p. 3 e ss.



também conceber o direito como uma parte da *realidade* social, como fato ou processo cuja *regularidade* é compreendida *indutivamente* e *explicada* causalmente. O direito é aqui uma regra do *ser* de determinada conduta humana; a ciência do direito, uma ciência da realidade que trabalha 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 queira, sociologia. Que 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 é algo que ainda vai ser examinado mais adiante. É preciso ter clareza quanto ao fato de que uma sociologia do direito é essencialmente diversa, em objeto e método, 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, de uma ciência do direito *valorativa*, não explicativa, em outras palavras: de 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.² Inadmissível é a confusão da

² Recentemente Radbruch (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1914) fez a tentativa, em conexão com o sistema de ciência de Rickert, de colocar o conceito de direito e, por conseguinte, o de ciência do direito, *entre* as categorias do ser e do 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 razão para se fazer uma discussão mais aprofundada desta concepção. Sua impossibilidade lógica, porém, origina-se já das exposições introdutórias do 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, segundo Radbruch, o direito é 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, de modo totalmente correto, algumas páginas antes (p. 35), depois de ter se referido às categorias do ser e do dever-ser (respectivamente sinônimos de realidade-natureza e de valor-escopo) como uma “subdivisão fundamental de todo o pensável”, diz que o “*dado*” torna-se reino do *ser* “independentemente de valor ou desvalor, de maneira cega em relação aos valores; se aparece de maneira valorativa, esse se ordena assim em um reino do dever-ser, em um reino dos valores”. O direito, portanto, ou qualquer outro fenômeno cultural, pode 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 *ente*, por certo, não pode ser *valorado*, pois este se apresenta como ente somente se considerado de modo essencialmente diverso daquilo que leva a uma *valoração*. A contradição é simplesmente atribuída ao fato de que as categorias ser e dever-ser - como o próprio Radbruch acentua - representam uma “fundamental subdivisão de todo o pensável” e, precisamente, uma subdivisão exaustiva em dois conceitos que se excluem; então, uma coisa que não pode ser considerada nem como existente nem como devida ou como ambas as coisas ao mesmo tempo, não pode sequer ser pensada.



problemática de ambas as tendências, um *sincretismo dos métodos* da jurisprudência normativa e da sociologia explicativa do direito.³

É discutível que, sob tais circunstâncias, possa ainda ter sentido qualificar como ciência do direito ambos os tipos de tendências cognitivas científicas, suscitando assim a impressão de que há um objeto comum. Com a diferença da tendência cognitiva e da forma de pensamento - aqui o *ser*, lá o *dever-ser* - dá-se como resultado também uma completa diferença do objeto. Aquilo que os seres humanos em uma dada relação social regularmente *fazem* e aquilo que por força do direito *devem* fazer precisam ser consideradas necessariamente coisas *formalmente* diferentes, mesmo quando o *conteúdo* das normas que determinam o que deve acontecer coincida com o das regras que descrevem o que efetivamente acontece; em outras palavras, ainda que não houvesse outro direito que não o consuetudinário. De um ponto de vista puramente metodológico, é pacífico que tanto o modo de conhecimento cuja essência forma a jurisprudência *normativa*, os juízos sobre *obrigações* jurídicas e as *autorizações*, sobre *normas* jurídicas no sentido de regras de *dever-ser* e relações de *dever-ser*, precisam ser de todo estranhos 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 obrigada ou autorizada juridicamente, mas apenas *o que* determinados *seres humanos* (com efeito, até mesmo o conceito de *pessoa* é 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 nexos causal de determinados fenômenos regulares, e podem conter tão poucos juízos de valor – do tipo ‘isto é lícito, aquilo, ilícito’, ‘alguém é obrigado a isso, autorizado a isso’ – quanto a biologia, a química ou a psicologia, para as quais não existe o bom ou o mau, o certo ou o errado, a obrigação e a autorização, mas somente fatos indiferentes aos valores e ao seu nexos causal.

Por enquanto, deixa-se em aberto se e como uma parte da realidade social pode ser diferenciada - por uma consideração puramente causal, portanto (relativamente) privada de pressupostos - como *direito* ou *vida do direito*, em comparação com outro tipo de realidade social efetiva sem qualquer relação com certas *normas* (regras de *dever-ser*) pressupostas *pele observador* como válidas; em outras palavras, se e como

³ Cf. o meu ensaio, *Zur Soziologie des Rechtes*, in “Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik”, n. 34, 1912, p. 601 e ss.



pode ser concretizado o postulado de se conceber o direito como uma espécie particular de regra do *ser* da vida social dos homens e de distingui-lo em relação a outras regras do comportamento social. Evidentemente, a solução de tal problema deve constituir a pedra fundamental e a pedra de toque de uma teoria sociológica do direito. Deixa-se 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 somente se a solução do problema primeiramente apontado venha a se demonstrar teoricamente impossível, mas também no caso em que se reconheça como a essência dos conhecimentos *jurídicos*, como elemento específico dos juízos que afirmam qualquer coisa como sendo *jurídica*, uma afirmação sobre um dever-ser, uma norma, uma obrigação ou autorização, em síntese um *juízo de valor*, pois uma análise de qualquer juízo jurídico se depara com tal elemento de valor ou de dever-ser. Assim, não há nenhuma dúvida quanto à legitimidade da existência de uma ciência que, *ao lado* da ciência normativa, pesquisa e explica o comportamento social regular dos homens. Ainda que fosse possível distinguir como “*direito*” certas regras do comportamento efetivo de outras regras sociais, dando assim fundamento a uma sociologia especial do direito, este conceito de direito - que representa uma categoria do *ser* social - seria qualquer coisa essencialmente diversa do conceito normativo de direito, que entende o direito como norma e, por conseguinte, vai considerá-lo como uma categoria do *dever-ser*. Se entre ambos os conceitos se suscita de alguma maneira uma relação que justifique uma igualdade *terminológica*; este seria então outro problema.

Deve ser visto como uma falha grave da obra de Ehrlich o fato que sua fundamentação da sociologia do direito, já no início, deixe de apresentar uma clara separação entre considerações de valor e considerações 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 repreendeu a falsa jurisprudência por ser “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 (p. 6). A opinião, ingênua, de Ehrlich é claramente aquela de que toda ciência pode proceder apenas *indutivamente*; ele parece ignorar por completo 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, em relação ao fenômeno singular 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 de que uma “ciência” do direito é possível somente como disciplina indutiva e causal-explicativa. Nesse sentido, seria necessário, sem dúvida, pensar uma sociologia do direito, que surgiria em perfeito contraste com uma jurisprudência normativa. Mas é em uma direção completamente diferente que Ehrlich busca a oposição de sua sociologia do direito com a ciência do direito até agora desenvolvida. Esta tem considerado falsamente o direito como “*regra para a conduta dos tribunais e de outras autoridades governamentais*”, ao passo que a sociologia do direito entende “o direito como uma regra da conduta *universal humana*” (p. 9) e só assim põe na base de seu conhecimento o autêntico “*conceito científico de direito*” (p. 6). Naturalmente, por conta do duplo significado da palavra regra - regra do ser ou regra do dever-ser -, interessa muito o sentido em que Ehrlich emprega essa palavra ambígua. Por toda parte, *ele confunde esses dois significados um com o outro*, partindo do princípio geral segundo o qual uma regra de conduta seria “*evidentemente* [?] uma regra de acordo com a qual em geral não só se age, mas também se deve agir” (p. 7). Este princípio é claramente falso! De fato, aquela regra que é pesquisada desde uma consideração causal-explicativa não é mais que uma regra do *ser*, a qual não dá nenhuma explicação sobre o que deve ser. Aquilo que deve suceder, claramente, não está em questão para a consideração causal-explicativa. O biólogo não busca constatar como determinadas entidades vitais sob certas condições *devem* se comportar, quais são suas obrigações e direitos, mas exclusivamente e somente como essas normalmente se comportam. E precisamente dessa maneira o sociólogo - na medida em que a sociologia é uma ciência do *ser* causal-explicativa - pode somente pesquisar as regras do *ser* do comportamento humano; e tais regras de conduta informam tão pouco sobre o *dever-ser* quanto as regras ou as leis da biologia. É um modo de consideração completamente diferente daquele direcionado às regras do *dever-ser*, isto é, às normas! Seguramente, pode haver normas que estabeleçam como devido um comportamento que vem sendo praticado normalmente desde sempre:



comporte-se como teus companheiros desde sempre têm se comportado. Só que essa regra de *dever-ser* nada esclarece, não revela nenhum nexos causal! Esta norma não é a única norma possível! E, sobretudo, seria claramente errado afirmar que essa é a única *norma jurídica* possível. Podem existir normas de direito que tenham tal conteúdo, mas sem dúvidas existem outras! Assim, no campo do direito, *regra do ser* e *regra de dever-ser* são de todo diferentes quanto à forma, mas em parte coincidem quanto ao conteúdo - e ainda hoje, entretanto, apenas em uma parte muito pequena. Ou quer Ehrlich seriamente sustentar que considera como válido ainda hoje somente o direito consuetudinário?

Ao se analisar mais de perto o contraste que Ehrlich procura estabelecer entre a sua nova sociologia “teórica” do direito e a jurisprudência “prática” como desenvolvida até agora, percebe-se que isso não tem 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 segundo as quais têm se conduzido uma determinada categoria de seres humanos: os juizes e as autoridades de outros órgãos estatais. A sociologia do direito, porém, investiga as regras segundo as quais têm agido *todos* os seres humanos. Assim, em ambos os casos, Ehrlich identifica, sem cerimônias, as regras da conduta efetiva com as regras da conduta devida. No fundo - se deveria pensar - a jurisprudência até hoje seria também uma sociologia, não uma sociologia *geral*, mas uma sociologia *particular*, uma sociologia dos órgãos estatais e - se o Estado é identificado com seus órgãos - uma sociologia do *Estado*. O que é preciso, entretanto, é uma sociologia do *direito*, que possa enunciar as regras da conduta humana “universal”. Que essa conduta humana “universal” não seja a conduta dos homens em geral, mas somente a conduta de todos os homens em *particular*, uma conduta segundo uma determinada direção, é evidente, de maneira que aquilo que deve ser fundado não é uma sociologia geral, mas uma sociologia do *direito*. Será analisado posteriormente como Ehrlich diferencia esta tendência, como sendo “direito”, de todas as outras tendências da conduta humana. A “conduta humana universal” deve evidentemente ser a expressão - muito inadequada - do fato de que o que deve ser estudado não é somente a conduta dos órgãos estatais. É simplesmente incompreensível, porém, se Ehrlich, com esta extensão de sua pesquisa para além dos órgãos estatais, pretende apresentar uma consideração *científica* (teórica) em oposição à consideração *prática* “orientada para os órgãos judiciais”. É como se ele identificasse o contraste entre regra



para a conduta dos órgãos estatais e regra para a conduta de todos os homens 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 pesquisa as regras com base nas quais agem os órgãos estatais (e, portanto, devem agir no sentido de Ehrlich), então esta seria uma disciplina teórica e científica tanto quanto a sociologia do direito de Ehrlich, a qual pesquisa as regras segundo as quais agem não somente os tribunais, mas todos os homens, sobretudo considerando que estas “regras da conduta humana universal” não são de modo algum apenas regras do ser, mas também regras de dever-ser, isto é, *normas*. Tais “regras”, que ao mesmo tempo vêm definidas como uma “ordem” “que indica a cada membro pertencente a uma associação a sua posição, seus deveres e a sua supra ou subordinação na comunidade” (p. 18), portanto, são regras pensáveis em tudo e para tudo como prescrições de *dever-ser*; e isso quer dizer que nesta ordem são cumpridas “obrigações jurídicas”. Essas regras, cuja apresentação é uma tarefa da jurisprudência “científica” em oposição àquela “prática” e cuja determinação é a finalidade da sociologia “teórica” do direito, têm assim, ao mesmo tempo, um caráter *teórico* e *prático*!

Assim começa a “fundamentação” de uma nova ciência!

II

Não é fácil escrever uma crítica *sistemática* de uma obra como *Grundlegung der Soziologie des Rechts* de Ehrlich, que, de tão *assistemática*, é apenas uma reunião de alguns ensaios. Nem sempre um sistema é uma vantagem e, às vezes, a falta de uma classificação rigorosa - particularmente nos trabalhos de crítica negativa - é uma facilitação pela qual o leitor deve ser grato. Porém, quando se trata da fundamentação de uma nova ciência dificilmente poder-se-á renunciar a uma construção planejada para dar fundamentos sólidos aos conceitos e 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 resenha, seguir a própria exposição de Ehrlich; esta, por vezes, acaba por perder qualquer nexos interno, se repete continuamente, discute pressupostos importantes em meio a questões especiais e é interrompida por longas digressões de história do direito que escapam ao tema.



Nas páginas seguintes são analisados somente os conceitos fundamentais e os problemas principais com os quais Ehrlich trabalha ao longo de sua exposição, no que se refere à sua concepção da sociologia do direito como uma ciência que deve determinar pela via indutiva as regras da conduta humana universal.

Um dos resultados mais importantes do trabalho de Ehrlich é a compreensão, na verdade negativa, de que o direito não consiste, como até agora sempre se acreditou, de *preceitos jurídicos*. Ele não se cansa de protestar, da maneira mais enfática possível, contra a errônea teoria de acordo com a qual o direito é uma “*soma de preceitos jurídicos*”. Antes, porém, de examinar os argumentos de Ehrlich, é necessário precisar o que pode ser entender, de modo geral, por “preceito jurídico”. “Preceito jurídico” é a expressão linguística de um dever-ser jurídico, e neste caso é idêntico à “norma jurídica”; ou é a expressão linguística de uma regra sobre o que efetivamente ocorre, tendo o mesmo significado que uma regra jurídica no sentido do ser. Uma diferenciação entre “preceito jurídico” e “norma jurídica” não é certamente aconselhável; essa se dá, porém, quando se entende por norma jurídica somente o *imperativo* do comportamento conforme o direito; e por “preceito jurídico”, por outro lado, outra figura linguística, por exemplo, a *sentença* que vincula um determinado *fato* a uma consequência jurídica do ilícito. A norma jurídica vem então instituída pelo preceito jurídico. Talvez seja pertinente, para documentar o uso linguístico geral dos termos “preceito jurídico” e “norma jurídica”, citar um autor cuja autoridade é plenamente reconhecida pelo próprio Ehrlich. *Gierke* assinala, em seu *Deutsches Privatrecht* (p. 113): “O direito objetivo [...] é o complexo de preceitos jurídicos. Os *preceitos jurídicos*, porém, são *normas*, que segundo a convicção declarada de uma comunidade, devem determinar externamente a livre vontade humana de maneira incondicionada”. *Gierke*, portanto, identifica o preceito jurídico com a norma jurídica.

Ehrlich, todavia, afirma que, antigamente, havia direito e relações jurídicas, mas não preceitos jurídicos. O direito, naqueles tempos, se identificava com a “ordem interna” das associações primitivas. “Preceitos jurídicos gerais são totalmente desconhecidos entre povos que se encontram em um estágio de desenvolvimento inferior” (p. 28). Mas o que é essa “ordem interna” das associações sociais? De fato, como toda “ordem”, ou é uma soma de *normas* ou de determinadas regras efetivas das relações recíprocas dos membros de um grupo, isto é, neste último caso, certa *regularidade* de sua conduta recíproca. Presume-se que, para a sociologia, este último



significado do conceito de ordem deva ser decisivo. Dessa ordem interna das associações primitivas, que é o seu *direito*, diz Ehrlich: “(...) este direito estabelece os pressupostos e as consequências de um casamento válido, as relações entre os cônjuges, entre pais e filhos e as relações recíprocas entre os demais associados do clã, da família, da comunidade doméstica” (p. 22). Essa “ordem”, porém, é algo completamente diverso de uma regra sociológica do ser! Ehrlich a descreve como prescrições normativas explícitas. Mas que outra coisa podem ser essas prescrições que fundamentam 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 usar as próprias palavras de Ehrlich - “determina 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 singular, mas sim a todos os laços que se quer fazer valer, na associação, como “matrimônio”? Nesta associação, não é considerado um matrimônio o fato concreto da ligação entre dois seres humanos se e somente se quando este corresponde à “ordem” do grupo, e precisamente, à sua ordem matrimonial? Não há para este fato singular aquelas consequências jurídicas determinadas pela ordem matrimonial? Ehrlich acredita que nesses grupos há um “direito contratual”. “O direito contratual repousa unicamente sobre o conteúdo dos contratos que são celebrados; inexistem prescrições jurídicas gerais sobre o contrato; inexistem todas aquelas regras sobre a obrigatoriedade, a integração e a interpretação do contrato que preenchem o *corpus iuris* e os códigos modernos” (p. 23). Claro! A ordem jurídica do *corpus iuris* e do código civil alemão se distinguirá naturalmente, em certa medida, do direito “dos tempos primitivos das populações”. Porém, se, originariamente, uma promessa feita de A para B, e por este aceita, criava uma relação *jurídica*, era um contrato com efeitos *jurídicos*, então se fazia necessário pressupor como válido ao menos o preceito jurídico pelo qual a declaração de tal acordo de vontades deveria ser vinculante. De que outro modo se poderia de fato falar em obrigação e direito? Se, porém, se limita a consideração ao elemento real, e se é possível, sob as bases desse material de observação, afirmar que também antigamente eram celebradas, no âmbito dos grupos primitivos, uniões sexuais duradouras, que se tornavam contratos efetivamente adimplidos, não é, portanto, constatada uma regra do ser, uma *regra jurídica* no sentido que Ehrlich desenvolve o conceito sociológico,



científico, de direito? Há qualquer coisa de diverso de um preceito jurídico, de um preceito jurídico geral - isto é, geral no âmbito interno do grupo - no segundo significado do termo “regra jurídica” no sentido de ser? É preciso renunciar a qualquer possibilidade de compreensão quando Ehrlich, depois de ter definido o único conceito *científico* de direito como “regra da conduta humana”, afirma que o antigo direito público romano teria sido um direito *sem* regra jurídica: “Tudo o que Mommsen nos apresenta sob este título é [...] uma descrição daquilo que, durante a existência do Império Romano, os órgãos governamentais romanos efetivamente fizeram. Mommsen apresenta uma série de prescrições jurídicas gerais, mas estas, com reduzidas exceções, são resultado de seu próprio trabalho intelectual; ele próprio as derivou dos fatos; mas em Roma elas nunca foram regras aplicadas aos fatos” (p. 24). 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 preceitos jurídicos, mas apenas notícias sobre o que os germanos faziam ou deixavam de fazer em determinadas situações” (p. 25). Pode de fato existir uma ciência “sociológica” do direito, pela qual o direito é uma regra do comportamento real, 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 efetivamente fizeram? Consiste o direito em alguma outra coisa que não essas regularidades, essas regras do ser? Essas regras não são exatamente aquilo que Ehrlich qualifica posteriormente, enquanto direito “vivo”, como objeto específico da jurisprudência? E podem tais regras jurídicas ser retiradas de outra coisa senão de fatos? Essas regras jurídicas sociológicas são de fato alguma outra coisa diferente de quaisquer regras biológicas ou meteorológicas, que somente podem ser abstraídas da realidade efetiva? Seria possível que por “preceito jurídico” Ehrlich entenda uma *regra de dever-ser*? E, por acaso, ele não explicou que toda a regra de ser é ao mesmo tempo uma regra de dever-ser? Em uma terminologia absolutamente arbitrária, Ehrlich designa “preceito jurídico” “a regra jurídica estável, expressa em palavras, que é emanada de um poder acima do indivíduo e que lhe é imposta desde fora” (p. 22). Ele se refere, evidentemente, à *norma* jurídica *heterônoma* (no sentido do dever-ser). Em outro ponto, ele supõe novamente que “o preceito jurídico é a formulação *contingente, geralmente vinculante*, de uma prescrição jurídica contida em uma lei ou em um texto de direito” (p. 29). Mas desde quando pertence à essência do preceito jurídico o fato de ter de ser necessariamente registrado *por escrito*? Nos



tempos antigos, naturalmente, esses preceitos jurídicos não existiam, entretanto é natural que mesmo o ordenamento jurídico hodierno não consista apenas desses preceitos jurídicos! Porém, se Ehrlich compreende por “preceito jurídico” uma norma universalmente vinculante, portanto uma prescrição de *dever-ser*, não se pode então entender o porquê de ele considerar que o direito consiste, ao menos em parte, em tais preceitos jurídicos. É então o direito, em parte, regra do ser, e em parte, prescrição de dever-ser? Isso é, todavia, impossível, se deve haver, em geral, um conceito unitário de direito! Tem-se, por vezes, a impressão que ele considera que originariamente não havia nenhum preceito jurídico “geral” (p. 23-24), mas somente diferentes ordens “internas”, individualmente diferentes, dos grupos singulares. Essa ordem, porém - se era mesmo uma “ordem” - deveria necessariamente ser, no âmbito do grupo, uma regra *universalmente válida* ou com efeitos universais. Os preceitos jurídicos tinham precisamente um âmbito de validade limitado. Somente no curso do desenvolvimento da comunidade jurídica esses círculos jurídicos foram ampliados.

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 de relações jurídicas, de negócios jurídicos, etc., pressupondo normas jurídicas ou preceitos jurídicos. “Quando os juristas pensam que, para estipular um contrato vinculante ou um testamento válido, deve já existir um preceito jurídico, segundo o qual o *contrato* ou o *testamento* são vinculantes (atente-se aqui para o conceito de preceito jurídico!), estão antepondo algo abstrato ao concreto (p. 28). De tal modo cometem, segundo Ehrlich, um erro *lógico*. “O Estado veio antes da constituição do Estado, a família é mais antiga que a ordem familiar, a posse precedeu a propriedade, havia contratos antes de existir um direito contratual e mesmo o testamento, onde surgiu espontaneamente, é anterior ao direito testamentário” (p. 28). É realmente difícil acreditar que seja possível uma confusão tão primária entre relação temporal e lógica, como a que aqui se verifica. Jamais um ser racional afirmou que as normas jurídicas devem preceder *temporalmente* os fatos que são juridicamente qualificados pelas normas jurídicas! Uma norma jurídica deve necessariamente ser *pressuposta* apenas *logicamente*, para que um fato concreto assuma um *significado* jurídico. Acredita mesmo Ehrlich que se possa considerar *sem pressupostos* um evento do ser como, por exemplo, uma declaração de vontade sobre o que fazer com certos objetos depois da morte do declarante? Ou que se possa considerar *sem pressupostos* o



fato de que aquela manifestação deve ter determinados *efeitos jurídicos*? Acredita ele, seriamente, que a qualidade “lícito” e “ilícito”, obrigação e autorização, são inerentes aos eventos do ser como o calor ou a cor? Que *juízos objetivos de valor ou significado*, como o são aqueles jurídicos, sejam possíveis com uma mera observação da realidade efetiva? É completamente sem sentido dizer que há contratos ainda “antes” de existir um preceito jurídico sobre contratos, se o “contrato” é um fato real do ser no mundo externo e o preceito jurídico acerca dos contratos uma norma, um pressuposto de consideração no pensamento de quem valora este fato. É sem sentido afirmar que há contratos “*vinculantes*”, isto é, que se pudesse conceber um contrato vinculante, sem *pressupor* também uma norma que vincula certas *obrigações* à condição da existência de um acordo expresso de vontades, que institui um dever a quem declara a sua vontade. Quando Ehrlich, com soberbo desdém, grita aos juristas “que não são de preceitos jurídicos, mas sim das relações dos homens, do matrimônio, do contrato e do testamento, que nascem direitos”, um tão absoluto equívoco acerca da relação lógica entre norma jurídica e fatos concretos só pode deixar um teórico do direito desconcertado. Por que, em todo o mundo, alguém é *juridicamente obrigado* a dar aquilo que juridicamente prometeu dar a outra pessoa? Isto é, por que *deve* alguém, em razão do direito, comportar-se de um determinado modo? A questão é aquela do *fundamento cognitivo* deste juízo de dever, não de uma *causa temporalmente* precedente. Somente porque e somente quando a promessa dada e aceita vem pensada como condição de um dever, de uma obrigação, é esse um *contrato vinculante*. E tal dever não pode de fato ser percebido como um fato do ser - como fato contratual - tampouco ser inferido de um juízo de ser. Somente se *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 seja preciso dizer tais obviedades? Tem-se o cúmulo da confusão, porém, quando Ehrlich, contra a concepção oposta por ele sobre a relação entre preceito jurídico e situações fáticas juridicamente relevantes, argumenta com ênfase ao final que: “fenômenos sociais não podem ser explicados pelo fato de serem juridicamente construídos” (p. 28). Naturalmente tal é impossível, mas quando a jurisprudência esteve tão perdida a ponto de “*explicar* fenômenos sociais” com a relação lógica entre preceito jurídico e situação fática? Se por “preceito jurídico” se deve entender, como é usual,



toda norma jurídica universalmente vinculante, então é logicamente impossível pensar as relações jurídicas sem pressupor (logicamente) esses preceitos jurídicos. Na verdade, a terminologia de Ehrlich se afasta substancialmente da terminologia usual. O conceito de preceito jurídico, que na obra de Ehrlich se reveste de tal importância que faz com que seu trabalho quase ganhe o aspecto de uma teoria normativa - as noções mais importantes se relacionam a esse conceito -, mostra-se aqui obscuro e oscilante como nunca. Ele sublinha o fato que “normas jurídicas e preceitos jurídicos não devem ser confundidos. Um preceito jurídico é a formulação contingente (?), geralmente vinculante, de uma *prescrição jurídica* contida em uma lei ou em um texto de direito (p. 29). Naturalmente, normas jurídicas codificadas ou em textos de direito, isto é, fixadas por escrito, existem apenas em um estágio de desenvolvimento social muito adiantado. Mas alguém já terá colocado isso em dúvida? Resulta a grande descoberta de Ehrlich nesta trivialidade, de que nos tempos antigos não havia preceitos jurídicos? Há que se recusar a pensar assim, no interesse da obra de Ehrlich. Por preceito jurídico também não se pode compreender as frases gramaticais de uma lei ou de um código, mas tal conceito não teria absolutamente nenhum significado dogmático! O que é então um “preceito jurídico” no sentido de Ehrlich? “Uma norma jurídica”, que precisa ser distinguida de um preceito jurídico, “é o comando jurídico transformado em ação, como acontece em um determinado grupo social, *eventualmente muito pequeno*, mesmo sem possuir qualquer formulação verbal” (p. 30). Bem, uma norma jurídica é um “comando jurídico”; mas no que se distingue um “comando jurídico” de uma “prescrição jurídica” - expressão com a qual vem qualificado o preceito jurídico? O comando jurídico deve ser “convertido em ação” para se tornar uma norma jurídica. E se a norma jurídica não é observada - isto é, se não é convertida em ação - não terá mais o caráter de norma jurídica? O que significa “sem formulação verbal”? Não deve todo comando jurídico, toda prescrição jurídica, poder ser formulada *verbalmente*? Como poderiam então ser comunicadas as prescrições jurídicas e os comandos jurídicos se não verbalmente? É evidente, portanto, que não necessitam ser registrados em códigos ou textos de direito. Se preceitos jurídicos “se tornam realmente efetivos, dos preceitos jurídicos derivam também normas jurídicas”. Aqui é difícil entender alguma coisa, mesmo com a melhor das vontades! “Em qualquer sociedade há muito mais normas jurídicas que preceitos jurídicos, porque sempre há mais direito para *relações específicas* que para *relações típicas* e também existe mais direito do que os *juristas* tomam conhecimento, quando



procuram fixá-lo em palavras” (p. 30). Certo, mas como pode ser possível um “direito” para uma relação singular, se o direito é uma *regra*? Para que se possa falar em *direito*, não necessitam ser determinadas da mesma maneira todas as relações semelhantes *dentro da comunidade jurídica*? Que outro significado teria a “ordem interna” das associações sociais, que Ehrlich contrapõe aos preceitos jurídicos gerais, senão que determinadas relações típicas devem ser tratadas de igual forma no interior da associação social? Dessa “ordem interna”, que não consiste em preceitos jurídicos e que é direito antes mesmo da existência de preceitos jurídicos, entre outras coisas, Ehrlich diz que “determina os pressupostos e as conseqüências de um matrimônio válido”. De um *único* matrimônio ou de todos os matrimônios contraídos na associação social? 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 que se verifica isoladamente na sociedade não é um fato social. (...) Somente quando (...) se generaliza torna-se elemento constitutivo da *ordem social*” (p. 96). 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! Mas onde entram aqui os juristas, o que têm a ver com isso? Uma prescrição jurídica não é sempre um preceito jurídico, mesmo quando formulada verbalmente por um não jurista? Pode haver um direito de cuja existência ninguém se dê conta, que ninguém formule verbalmente, mais especificamente: que não seja possível formular verbalmente? Mas o que se deve pensar de toda a distinção, fundamental à obra de Ehrlich, entre preceito jurídico e norma jurídica, se ele, nas páginas 22 e 29, explica que o preceito jurídico é formulado *verbalmente*, diferentemente da norma jurídica; na página 132, para distinguir a *norma* jurídica das outras normas, explica: “Por outro lado, a norma jurídica, ao contrário das outras normas, pode ser *sempre expressa em termos claros e precisos*. Com isso ela confere estabilidade às associações sociais que são baseadas na norma jurídica [...] Também as normas da moral, do bom comportamento e da retidão transformam-se, às vezes, em normas jurídicas, tão logo perdem seu caráter genérico e são *formuladas em termos claros*”? E que ideia se pode fazer do “preceito jurídico” de Ehrlich quando ele, na página 39, diz que este consiste em uma “prescrição jurídica” qualificada; em outra parte, diz que o “ordenamento jurídico” vinculante consiste, pelo menos em parte, desses “preceitos jurídicos”; e na página 138, identifica o conceito de preceito jurídico com aquele de lei *formal*, desautorizando a si próprio e colocando de pernas para o ar,



assim, a terminologia dominante? “Os conteúdos mais diversos podem ser apresentados na forma de preceitos jurídicos, e na forma da lei em particular. Há, assim, preceitos jurídicos sem conteúdo normativo, com conteúdo legislativo não vinculante, leis no sentido formal”. Aqui toda a crítica é impossível! É sem igual o uso que Ehrlich faz destes conceitos, fundamentais ao seu sistema. Ele diz, na página 30, que a *norma* jurídica é direito para uma relação singular (ao contrário do *preceito jurídico*, que valeria “em geral” para “relações semelhantes”), mas já na página seguinte, ele define as normas como comandos e proibições “*abstratos*” e afirma que à essência da *norma* - o que é absolutamente inconcebível - pertenceria o fato que “essa se refere à convivência dos seres humanos”: pelo que as *regras* de linguagem, as regras de gosto ou de higiene não seriam normas!⁴

⁴ Junto aos conceitos de “*norma jurídica*” e de “*preceito jurídico*”, Ehrlich também diferencia as “*normas de decisão*”, caracterizando como a primeira e mais importante tarefa da ciência sociológica do direito “estabelecer uma distinção entre os elementos do direito que regulam, ordenam e determinam a sociedade, demonstrando a sua natureza organizatória, das *meras* normas de decisão” (p. 33). Infelizmente, dado o espaço que disponho, tenho de abrir mão de uma análise extensa daquela parte da obra de Ehrlich que trata desta “primeira e mais importante tarefa da ciência sociológica do direito”. Em meio a este novo mundo de contradições, me limito a chamar a atenção para a mais grosseira delas. A norma de decisão, com a qual deve ser decidida uma controvérsia jurídica, decorre da violação do direito, contrapõe-se, segundo Ehrlich, à *regra de direito viva e efetiva na sociedade* segundo a qual os homens, em geral, atuam efetivamente (p. 33). A norma de decisão (p. 98), porém, é uma regra de acordo com a qual os tribunais - desde sempre uma parte importante, ainda mais para a sociologia do direito, da sociedade humana - não somente devem atuar, mas de fato regularmente atuam! Em Ehrlich, portanto, a regularidade sociologicamente relevante se detém diante dos tribunais! As normas que os tribunais aplicam através do mais potente aparato coercitivo não representam, para Ehrlich, nenhuma realidade *viva*! Para ilustrar a oposição fundamental existente entre a regra do direito *vivo* e a *mera* norma de decisão, Ehrlich cita o seguinte exemplo: “Se em determinada região existe a regra de que o homem pode dispor, sem restrições, dos bens da mulher, uma decisão tomada pelo homem com respeito aos bens da mulher é considerada por lei vinculante [esta é a norma de decisão], independente de na respectiva família ser vigente ou não [a regra do direito vivo!]” (p. 100). Pode-se questionar como o direito de uma família concreta possa estar em contradição com o direito habitual de uma região, porém, é desde logo inconcebível que a norma de decisão, isto é, segundo os pressupostos do próprio Ehrlich, uma regra efetiva em um âmbito importante, ou tomando outro exemplo, “aquilo que naquele país é de uso geral” (portanto de forma alguma uma “*mera*” regra do *tribunal*), deva restar em contraste com as regras *vivas*, que regulam efetivamente 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 dos grupos sociais pelo juiz em cada processo”, “dos fatos do direito”, isto é, da ordem jurídica no sentido de regra *viva* da ação, em que baseia “em primeira análise” cada norma de decisão (p. 98). É em aberta contradição com que recém foi dito que Ehrlich afirma sobre a norma de decisão que “é sempre algo diverso da ordem interna” (p. 99), porque a relação controversa que é resolvida pela norma de decisão não é aquela pacífica; verifica-se ainda uma inversão completa da dicotomia apresentada quando Ehrlich (p. 102) afirma que nas normas de decisão não se supõe “uma ordem *viva*, mas sim controvérsia jurídica sobre uma ordem *morta*”: ele, de fato, caracteriza a regra de conduta violada (de uma violação singular, que Ehrlich em outro contexto quer que seja tratada como uma exceção sem maior importância!) como ordem *morta*, enquanto havia contraposto em princípio essa ordem, como regra *viva*, à norma de decisão. Embora Ehrlich contraponha - de maneira completamente infundada - a norma de decisão à norma jurídica propriamente dita como uma regra de aparecer “criativamente”, ou seja, através da invenção livre do indivíduo - toda norma jurídica, em última instância, nasce dessa forma - volta a afirmar em outra parte do texto que tal norma tem de ser “extraída a partir de um princípio geral, não derivada de modo 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



Caso se tome Ehrlich ao pé da letra e se aceite a sua definição conceitual - qualificada desde o início como uma definição “científica” - do direito como uma “regra da conduta humana” e como uma “ordem”, então o direito, isto é, cada ordenamento jurídico, deve necessariamente ser um complexo de normas. No entanto, encontra-se na página 68 a afirmação de que “o direito não consiste de preceitos jurídicos, mas sim consiste de *instituições jurídicas*”. De certo ponto de vista, porém, poderia o direito consistir contemporaneamente de preceitos jurídicos, ou seja, de regras jurídicas (no sentido do dever-ser ou do 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 preceitos jurídicos cujo conteúdo se refere a um mesmo escopo, conforme a terminologia dominante. Entre as “instituições jurídicas”, Ehrlich cita o Estado, a Igreja, a cidade, a família, a propriedade, a herança. Deixe-se de lado a questão de saber se todos estes conceitos vão efetivamente subsumidos no mesmo sentido sob a categoria de instituições jurídicas. Propriedade, família, contrato, herança são sem dúvida instituições jurídicas. Mas o que aparece sob essas “instituições jurídicas”? Essas são consideradas (do ponto de vista do observador) como fatos ou eventos físicos e psíquicos no mundo externo ou são *significados* que, com base em certas normas pressupostas, vêm adscritos a tais fatos ou eventos pelo observador.

Diz Ehrlich, com razão, tendo em vista evidentemente o conceito normativo de direito: “direito e relações jurídicas são um *coisa ideal* que não existe na *realidade tangível e perceptível pelos sentidos*, mas somente na cabeça das pessoas” (p. 68). 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. O direito e as relações jurídicas, evidentemente, não são nem sequer essa realidade *psíquica* no mundo exterior (do ponto de vista do observador), porque senão a jurisprudência seria um ramo específico da psicologia. A afirmação de que um fato é ilícito ou de que “A” está obrigado a algo não constituem um fato físico nem um fato psíquico no mundo exterior (daquele que afirma); não dizem nada a respeito de se um

como afirma que a *decisão* segundo a qual um fato concreto é compreendido dentro de um preceito jurídico (por exemplo, que um dado objeto constitua um “acessório”) tem como base uma norma de decisão. Aqui fala Ehrlich de normas de decisão “concretas” em oposição às “abstratas”. A seguir, Ehrlich apresenta como um importante conhecimento sociológico a tese que sustenta que a maior parte dos “preceitos jurídicos” advém de “normas de decisão”, sendo aqui, as normas de decisão o “concreto” que precede o “abstrato” do preceito jurídico. O que foi exposto até agora basta para justificar a impressão de que é praticamente impossível ter uma ideia aproximada do que Ehrlich compreende por normas de decisão, tendo em conta o importante papel que estas têm na sua “fundamentação”.



determinado ato mental tem lugar no mundo exterior. “A” está obrigado a algo, mas ele não a pensa, não a sente e nem a quer! O que vem aqui afirmado, portanto, não é de jeito nenhum um *ser*, nem um ser físico nem um ser psíquico (no mundo exterior), mas sim um *dever-ser*; isto é, o que se afirma é um fato típico mental ou físico como conteúdo de um *dever-ser*, de uma norma *pressuposta* como válida por aquele que faz a afirmação. Significa isso e nada mais dizer que o direito não é perceptível sensivelmente, que é uma *coisa ideal*. Quando Ehrlich, então, acrescenta que “não haveria direito se não existissem pessoas com a ideia do direito”, também isto está certo, no sentido de que não haveria pensamento se não fossem os homens seres 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 havia acabado de dizer que o direito é uma ideia que não tem por conteúdo *nada de sensivelmente perceptível*; agora, porém, diz: “Como ocorre em outras áreas, também aqui as nossas ideias são moldadas a partir de matéria que tomamos da realidade tangível, perceptível com os sentidos”. O que se pode dizer de uma afirmação do gênero? E, então, ele ainda continua: “Na base das nossas ideias estão sempre *fatos que podemos observar*. Estes fatos devem ter existido antes que a ideia de direito ou de relação jurídica começasse a aflorar no cérebro humano”. Isso quer dizer que as nossas ideias são “fundamentadas” em fatos? Existem ideias a respeito 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 aplicada a ideia de bem ou mal. Se o direito fosse um fato ou o conceito de direito fosse uma *abstração* de fatos, então o direito não seria uma mera “coisa ideal”, mas seria sensivelmente perceptível, *observável*! “E mesmo no presente precisamos ter diante de nós determinados fatos, para podermos falar de direito e de relações jurídicas”. Isso pode estar certo enquanto o direito e a relação jurídica puderem ser afirmados de um fato, isto é, enquanto se afirma que há uma relação entre um fato e uma norma jurídica. Contudo, a norma jurídica é direito também em si e ainda que sem relação com um fato concreto. Porém, o *fato* nunca é direito ou relação jurídica, pois enquanto *ser* é em si indiferente aos valores, é *sem significado* caso não colocado em relação com uma norma, ou seja, com um valor objetivo. Em termos mais precisos: na medida em que algum fato jurídico venha pensado na forma do *dever-ser* e não na forma do *ser*. Portanto, quando Ehrlich diz que: “É aqui” [isto é, nos fatos] “que devemos, portanto, procurar a oficina do direito”, ele



não apenas está fundamentalmente errado, mas também em direta contradição com a concepção aceita algumas linhas antes - mas, evidentemente, completamente incompreendida. E ainda quando Ehrlich acrescenta, como resultado desta argumentação totalmente errada, segundo a qual “a questão fundamental da ciência jurídica” é verificar “quais as instituições reais que no decorrer do desenvolvimento histórico se transformam em relações jurídicas e quais os processos sociais que conduzem a isso”. Posta dessa forma, esta questão não pode ser respondida, pois simplesmente carece de sentido. Para uma consideração interessada na *facticidade*, por conseguinte, existem apenas fatos, realidades efetivas, e nenhum valor. Para o conhecimento, nenhum desenvolvimento pode fazer uma realidade tornar-se valor, pois o *valor* existe por uma tendência cognitiva diferente daquela que se refere à realidade efetiva. Não uma ciência jurídica - que deve tratar sobre o certo e o errado, sobre a obrigação e a autorização, ou seja, sobre noções *valorativas* - mas sim uma psicologia social explicativa - que há de lidar somente com os dados perceptíveis da realidade efetiva, com os fatos - pode levantar o problema de como certas representações de dever-ser - certas normas - resultam de fatos psíquicos. Talvez uma psicologia social explicativa possa - como seu mais importante argumento - levantar a questão relativa às causas pelas quais 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 teria de lidar com os valores, com a valoração por parte dos seres humanos; não seria uma ciência *valorativa*, mas *explicativa de valores*. Para essa ciência 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 considerado em sua regularidade. O seu objeto, a rigor, não é o direito, mas o pensamento do direito, o sentimento e a vontade do direito, e aquilo que os homens pensam do direito, e a partir disso o que fazem ou deixam de fazer. Tal modo de consideração nunca leva a julgamentos a respeito daquilo que é lícito ou ilícito, que deve ou não deve ser, mas sempre e apenas a julgamentos de acordo com os quais são pensados os fatos, ou seja, o que *é* ou *foi*. O conhecimento de tal consideração sociológica é *avalorativo*, como aquele da biologia. A diferença entre esta sociologia e a ciência do direito (no sentido normativo) é a mesma que há entre uma história natural das ideias morais dos homens e uma ética dogmática, ou entre uma história das religiões e uma teologia. A espantosa



confusão de Ehrlich deriva precisamente de não ter sabido separar esses dois modos de consideração, de que, se atendo constantemente ao conceito *normativo* de direito, ao ponto de vista da valoração científica, tende a uma explicação sociológica do ser, que é característica de uma consideração *explicativa*.

III

Ehrlich considera um importante resultado de sua investigação de sociologia do direito o que ele chama de “fatos do direito”. O que se deve compreender por este termo? Estes devem ser aqueles fatos “com os quais o espírito humano relaciona as regras”, 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”. E aqui também é incompreensível o que ele quer dar a entender quando diz que uma regra está “conectada a um fato” (p. 68-69). Parece que com isso não se pode compreender outra coisa que não a ideia de que uma regra se relaciona a um fato como *objeto da regulação*. Os fatos do direito seriam, portanto, os objetos da regulação jurídica. Entre estes fatos, Ehrlich cita “o hábito, a propriedade, a posse e a declaração de vontade” (p. 69).

A “prática”, segundo Ehrlich, deve, no fundo, ser diferente do direito consuetudinário; prática significa, aqui, que “o que foi realizado até agora deverá se transformar em norma para o futuro”. Mas o direito consuetudinário é sem dúvida esta “prática”! “É através da prática que se estabelece a posição do líder, dos órgãos, bem como dos membros da associação (sua super- ou subordinação), além das tarefas dos indivíduos.” No fundo, então, a “prática” deveria ser o único fato do direito pois, há algumas linhas atrás, Ehrlich definiu como fatos do direito aqueles fatos que vêm relacionados às regras que “indicam a cada indivíduo sua posição e suas tarefas dentro da associação” (p. 68). Também não se poderia compreender a “prática”, assim como a posse ou o contrato ou uma relação de propriedade, como um “fato do direito” no sentido de objeto da regulação. A “prática” é, desta forma, a regra mesma, é somente um outro termo para dizer que um fato se repete *regularmente*. Posse, contrato, relação de propriedade estão em uso, são “praticados”, isto é, se repetem regularmente, tornam-se o conteúdo de uma regra, mas não a prática em si mesma. Se as relações de



propriedade ou de posse, assim como as declarações de vontade, podem se tornar fatos jurídicos, a partir de meros fatos, isso acontece somente através *da prática*; nas palavras de Ehrlich, “o que foi realizado até agora deverá se transformar em norma para o futuro”. Dito de maneira mais precisa: o que vem sendo praticado com regularidade se torna conteúdo de uma representação de dever, de uma norma que exige aquilo que *deve ser*. E é sob o *pressuposto* de semelhante norma que os fatos do direito, os fatos determinados na norma, podem se tornar juridicamente relevantes. Nesse sentido, a prática é a via pela qual os fatos tornam-se fatos do direito. A prática, porém, não é um fato do direito!

Tem-se a impressão de que Ehrlich entendeu por “prática” o exercício de relações de dominação determinadas, isto é: a super- ou subordinação na associação social e a posição dos órgãos da associação. Mas ali se trata claramente de relações de *dominação* e de declarações de *vontade* - assim, outros dois fatos do direito, no sentido de Ehrlich - que como todos os outros, tornaram-se conteúdo de normas através da prática! É em vã tentativa de sair dessa confusão conceitual que Ehrlich diz: “as relações de dominação e de sujeição devem ser claramente distinguidas das condições de super- e subordinação presentes em qualquer grupo social organizado, as quais são expressão da ordem interna da associação”. Na reformulação de conceitos e distinções, Ehrlich é pior que seus piores inimigos! Uma organização do grupo social com super- e subordinação não é então uma organização de “*dominação*”? E associações investidas de autoridade não constituem nenhuma relação de dominação? Qual é a diferença entre dominação e super- e subordinação? “O comando pronunciado pela superordenação organizatória difere do comando pronunciado em virtude da dominação. O primeiro é emanado em interesse do grupo, ao passo que o segundo, é emanado em interesse pessoal de quem comanda” (p. 71). Certo, mas de um ponto de vista sociológico, não são talvez ambos os comandos relação de dominação, na medida em que são executados?

Ehrlich distingue dois tipos de relações de dominação: “as que decorrem de relações familiares - como a sujeição dos filhos à autoridade paterna, da mulher à autoridade do marido - e as relações de sujeição de origem puramente social, como a escravidão e a servidão (p. 71). Mas então a família não tem caráter *social*, e as relações de dominação que nascem daí não têm também uma origem “*puramente social*”? A distinção reside no fato de que certas relações de dominação e de exploração, caso se



mantenham entre pessoas da mesma família, são mitigadas, em função das relações de natureza sexual. Este é o fato que seria objeto de uma análise sociológica, o contraste entre tendências econômicas e sexuais, ainda que, a rigor, não propriamente de uma análise de sociologia do *direito*. É algo óbvio que certas relações reais de dominação se apresentam na consciência humana, por meio do uso, como *devidas*, ou seja, tornam-se conteúdo de normas. Ehrlich está errado, entretanto, quando imputa à concepção dominante a ideia, de todo inconcebível, de que primeiro existiam preceitos jurídicos que teriam regido certas relações de dominação e de que somente depois tais relações teriam sido formadas, em função dos preceitos jurídicos: “Na realidade, é geralmente aceito que sejam preceitos jurídicos a submissão da mulher ao homem, dos filhos à autoridade paterna, do pupilo ao tutor, do escravo e do servo ao senhor. Mas há uma relação de dominação e sujeição que, em todos os casos, antecedeu o preceito jurídico que a regula como um elemento da ordem jurídica” (p. 71). Aqui, novamente, a grosseira confusão entre o pressuposto *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*, deve ser necessariamente pressuposta idealmente uma norma (de alguma forma surgida) por aquele que realiza tal juízo de valor jurídico. É isso e nada mais que significa “*atribuir* as relações de dominação e submissão [...] a prescrições jurídicas [...]”. Esta concepção da “teoria dominante” é inteiramente conciliável com o fato óbvio, até agora não colocado em discussão por ninguém, que já existiam relações de dominação antes de se formarem normas sobre essas relações de dominação na consciência dos seres humanos!

Também as noções sociológicas identificadas por Ehrlich no que diz respeito à *posse* como um fato do direito são obviedades jamais colocadas em dúvida. Nenhum historiador do direito e da economia duvida do fato de que a propriedade como instituto jurídico, isto é, as normas jurídicas assim designadas como propriedade surgiram na consciência dos homens mais tardiamente que o fenômeno do domínio sobre as coisas, *em outras palavras, que é a posse e não a propriedade o instituto mais originário* (p. 76). E também não foi jamais colocado em dúvida que as normas jurídicas das quais pode ser abstraído o conceito jurídico romanístico de propriedade não surgiram prontas e acabadas do nada no início do mundo e nem sequer no início da evolução jurídica. E tampouco é verdadeiro o que Ehrlich afirma: “Ainda hoje a teoria do ‘domínio absoluto sobre a coisa’ é apresentada, prevalentemente, como se nela se



esgotasse todo o conteúdo da propriedade, como se não existisse o direito florestal ou o direito das águas, o direito das minas ou o direito agrário, os regulamentos edilício e comercial” (p. 81). É certamente legítimo questionar se o conceito romanístico de direito de propriedade possui ainda sentido, considerando os conceitos do direito administrativo, mas não se trata de um problema sociológico, mas de formação normativa dos conceitos. E tampouco é justificável, com base na exposição de Ehrlich, a seguinte asserção: “Em qualquer lugar, portanto, a posse se transforma numa *relação jurídica* em função de seu *enquadramento na ordem econômica*”; seria como dizer, na verdade, que a ordem econômica é o mesmo tempo uma ordem *jurídica*. Não deveria ser segredo para ninguém que são *econômicos* aqueles fatos que conduzem ao surgimento de normas jurídicas acerca da posse, mas apenas sob o pressuposto de tais normas de direito a posse é uma relação jurídica. Ora, seria certamente um problema interessante mostrar, através de material histórico de uma comunidade social concreta, o nascimento de tais normas jurídicas. Disso, infelizmente, não se encontra em Ehrlich nenhum rastro.

Ehrlich apresenta um esquema de desenvolvimento da declaração de vontade e, especialmente, do *contrato*, que pode ser caracterizado como uma *construção* nem de longe embasada em material indutivo. Em todos os lugares do planeta em que se chegou ao ponto de se contar com normas sobre o contrato no ordenamento jurídico, o desenvolvimento deve necessariamente ter se dado da seguinte forma: “No desenvolvimento do acordo até a sua transformação em fato do direito, deve-se distinguir os seguintes estágios: o contrato de execução instantânea, o contrato com efeitos obrigacionais, o contrato com efeitos reais e o contrato de crédito” (p. 87). Tal desenvolvimento é possível, mas Ehrlich não oferece nenhuma evidência para demonstrar que isso realmente ocorreu desse modo. Ele se reporta aos “resultados reconhecidos pela ciência do direito comparado e pela história do direito” (p. 89). A propósito da relação entre débito e responsabilidade (aqui não é possível aprofundar uma crítica desta conceptualização, não muito feliz, do direito alemão), diz Ehrlich: “O débito é o dever do devedor; é aquilo que, segundo *as regras da vida*, vale como conteúdo de uma obrigação; a responsabilidade é o direito de execução que possui o credor para obter o adimplemento, mesmo contra a vontade do devedor; de simples fato, o acordo se transforma em fato do direito e, portanto, em contrato, mesmo que do convencionalizado resulte apenas a dívida e nenhuma responsabilidade” (p. 84). Ehrlich



destaca que “o que conta para a vida econômica é, sobretudo, o débito, não a responsabilidade, já que na grande maioria dos casos é quase indiferente saber se um contrato pode ser *levado a juízo* ou não, pois se pode esperar o seu adimplemento com base nas regras da conduta humana que dominam a vida” (p. 88). E finalmente constata: “Torna-se, por isso, necessário deixar claro que não só na história, mas também no direito vigente há, *além dos acordos que se encontram completamente fora do direito*, os contratos que representam um débito, mas não uma responsabilidade, que introduzem uma regra pela qual as pessoas orientam sua vida, mas não uma regra pela qual procedem as autoridades; e que estes contratos têm para a vida econômica a mesma importância que os contratos que podem ser levados a juízo” (p. 80).⁵

Diante de tudo isso, há uma questão que precisa ser levantada: como se distinguem aqueles contratos “que se encontram completamente fora do direito” daqueles que ensejam uma obrigação, mas não uma responsabilidade, no sentido de que sua violação não produz uma reação específica por parte 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 se comportar em conformidade com o acordo. Este dever-ser pode ser um dever-ser moral ou um dever-ser do costume, conforme se pressuponha uma norma da moral ou uma norma da educação. Quando, porém, é *jurídico* um contrato, quando o dever é um dever jurídico e o débito uma obrigação jurídica? Qual é o critério dessa juridicidade, a não ser a possibilidade de uma específica reação pela comunidade jurídica organizada, a não ser a “responsabilidade” no sentido da terminologia de Ehrlich, que identifica responsabilidade e executoriedade? Quem põe em dúvida que os contratos que não

⁵ Indubitavelmente, a posição defendida por Ehrlich, segundo a qual no desenvolvimento do direito alemão os contratos teriam originalmente estabelecido um débito e não uma responsabilidade, é completamente *enganosa*. *Amira* (em sua resenha à obra de Gierke, *Schuld und Haftung*, na Zeitschr. für Rechtsgesch, v. XXXI, p. 486) chamou a atenção para o fato que a distinção entre débito e responsabilidade é simplesmente “uma *distinção lógica*”, que é um equívoco sustentar que débito e responsabilidade se “desenvolveram conjuntamente” no curso da evolução histórica. E *Schwerin* diz (*Deutsche Rechtsgeschichte*, p. 57, nota 6): “não se pode especular que em algum momento o devedor não fosse também, em regra, responsável”. Se “débito” significa dever *jurídico*, então só se pode falar de um débito onde contra a violação desse dever há a possibilidade de reação da comunidade jurídica, onde contra esta violação possa ser levada a cabo uma execução da obrigação mesmo contra a vontade do devedor. É completamente errôneo identificar - como faz Ehrlich - as obrigações que servem de base à responsabilidade com as obrigações cujo cumprimento pode ser exigido diante dos tribunais e falar de obrigações jurídicas que não fundam uma responsabilidade! Toda obrigação jurídica era também no direito alemão passível de ser judicializada e restava, em última instância, sob a possibilidade de execução forçada por prisão e confisco de patrimônio; em outras palavras, naqueles débitos em que não existia um objeto particular para execução (uma garantia ou penhor), o devedor respondia com a sua inteira pessoa e patrimônio!



podem ser levados a juízo, privados de obrigações, possam se revestir de extrema importância para a economia? Mas seriam então o direito e a economia idênticos? Não seriam certos deveres morais de máxima importância tanto para a sociedade como para o indivíduo? Precisam *por isso* ser obrigações jurídicas?

Ehrlich, entretanto, não fica devendo ao dar resposta à interrogação acerca de qual seria, propriamente, a essência daquelas normas ou regras cuja explicação constitui o objeto peculiar de sua sociologia jurídica, que, como disciplina particular, se distingue de uma teoria geral da sociedade. Ehrlich reconhece a necessidade de delimitar o objeto de sua nova ciência daquele de uma sociologia da moral, dos costumes, da arte ou da religião. Mas como ele estabelece essas fronteiras? A importância desta questão e a resposta dada por Ehrlich justificam uma citação mais extensa: “Conquanto possa ser difícil traçar cientificamente as fronteiras entre a norma jurídica e outras espécies de normas, na prática esta dificuldade só se apresenta raramente [...]. O problema da diferença entre a norma jurídica e as normas extrajurídicas não é uma questão da ciência social, mas da psicologia social”. Já aqui, porém, impõe-se objetar que também a “psicologia social” é uma ciência social e que uma questão que diz respeito nada menos que à delimitação do objeto de pesquisa da sociologia jurídica é necessariamente uma questão de ciência social. Mas esta objeção vem decididamente relegada a um segundo plano diante do estupor que advém da seguinte solução do problema: “As várias espécies de norma provocam sentimentos de intensidade diversa e à transgressão de normas diferentes nós reagimos com sentimentos diferentes. Compare-se o sentimento de indignação que decorre de uma violação do direito com a raiva provocada pela inobservância de um mandamento moral, com o ressentimento ocasionado por uma descortesia, com a desaprovação por uma falta de discrição, com o ridículo diante de algumas determinações de boas maneiras e, finalmente, com a crítica reprovadora com que os campeões da moda contemplam os que não os imitam” (p. 132). Entre as tentativas, não raras, de determinar a essência do direito, esta é, seguramente, o cúmulo da curiosidade! E é realmente deplorável que a “teoria dominante” ainda não tenha se apropriado dessa teoria, pois seria um deleite admirar o escárnio da crítica de Ehrlich! Cabe, porém, a Ehrlich a tarefa de separar o sentimento de “indignação” do de “raiva”, de distinguir entre o “sentimento” de “desaprovação” e o de “crítica reprovadora”, entre o “ressentimento” e o “ridículo”! Na verdade, essa psicologia de um sociólogo que observa a realidade se aproxima quase às orgias da jurisprudência



psicológica, que na verdade apenas trabalha com “abstrações sem vida”. 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 impostos 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 “indignação” com a violação das duas primeiras 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 bons modos, se “indignem” e por isso digam que estão com “raiva”; e muitíssimos aqueles que se restrinjam a “desaprovar” uma infração legal. É pela intensidade de vosso sentimento que reconheceréis as normas! Mas já muitos ao que parece se fizeram “ridículos” e ficaram por isso à prova de normas que não aquelas de boas maneiras! É um entretenimento realmente barato colocar à prova os critérios de Ehrlich de distinção entre as categorias sociais de normas, tanto mais que esses não parecem ter satisfeito nem mesmo a Ehrlich, que sente a necessidade de caracterizar especialmente as normas jurídicas de uma maneira diferente da de transmitir o sentimento de “indignação” que é suscitado pela sua violação. Assim, Ehrlich, oferecendo aparentemente uma 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*. A norma jurídica pode ser identificada com base nesta *opinio necessitatis*” (p. 132). Na verdade, a *opinio necessitatis*, relativamente a uma prática, é algo bem diferente do sentimento de indignação à violação de uma norma, mas, fora isso, como pode tudo isso constituir uma distinção entre direito e moral? Não tem também a lei moral o caráter de necessidade? Não é talvez a *necessitas* moral pelo menos tão importante quanto a *necessitas* jurídica?

Difícilmente se pode levar Ehrlich a sério quando ele afirma que “A norma jurídica regula, ao menos segundo a percepção do grupo, da qual advém, um assunto de grande importância, uma coisa de significado fundamental [...] Somente questões de menor importância são deixadas às demais normas sociais” (p. 134). As normas *morais* e *religiosas* realmente tratam de questões de menor importância que normas sobre empréstimos ou arrendamentos? A tentativa, já referida, de separar as normas jurídicas



das outras normas, definindo as primeiras como “formuladas sempre de forma clara em palavras determinadas” (p. 204) é um andar às cegas atrás de um critério de um tipo completamente diferente. Só que aqui Ehrlich esquece completamente que, alguns capítulos atrás, caracterizou a norma jurídica justamente pela falta desta clara formulação em palavras claras e atribuiu esta qualidade somente aos “preceitos jurídicos”, que constituem uma questão secundária para a sociologia do direito! E isso significa não mais que a aceitação de um critério totalmente novo, quando no final afirma Ehrlich: “normas jurídicas são as normas que emanam dos fatos do direito” (p. 136). Mas qual pode ser o significado desta definição? Os “fatos do direito” não são, efetivamente, outra coisa que todo e qualquer possível objeto de regulamentação jurídica, e não somente desta, mas também de toda regulamentação social! Relação de propriedade, posse, declaração de vontade! Mas até mesmo este significado é abalado pelo adendo de Ehrlich, segundo o qual podem ser também normas jurídicas “as que derivam dos preceitos jurídicos do direito estatal e do direito dos juristas”. É muito difícil de aceitar a ideia de Ehrlich, de acordo com a qual somente nessas normas se encontraria a *opinio necessitatis*. De resto, para que serve essa hipótese? Ehrlich garante que nem todas as normas que nascem dos fatos do direito ou dos preceitos jurídicos são normas jurídicas, e que, porém, somente nestas se encontra a *opinio necessitatis*. Em todas ou somente em algumas delas? Não se pode compreender porque fatos dos quais possam “nascer”, junto às normas jurídicas, também “normas que não pertençam ao direito”, normas morais, normas de costume e religiosas, sejam propriamente fatos “do direito”. Que seja! Finalmente, Ehrlich confessa ingenuamente: “Mediante tal característica, portanto, não é conferida uma delimitação positiva da norma jurídica em relação a outras normas. Isso pressuporia antes de tudo uma aprofundada pesquisa sobre a natureza das normas de tipo não jurídico” (p. 136). Mas poderia uma sociologia do direito, uma *fundamentação* desta sociologia do direito, ser possível sem tal pressuposto? Neste ponto não podemos mais conter a dúvida, há muito reprimida. Se proposições gerais - as quais são o resultado da pesquisa de Ehrlich - não se referem ao *direito* como um objeto determinado de alguma forma, mas, em geral, a regras do comportamento social, seriam efetivamente, nesta sua generalidade, outra coisa que não construções vazias e platitudes em geral?



IV

Um traço particularmente marcante da sociologia jurídica de Ehrlich é a nítida separação entre direito e Estado. Ehrlich destaca constantemente, com a máxima energia, que um dos mais graves equívocos da jurisprudência hodierna é o fato de que esta reconduz o direito ao Estado, que “reconhece somente o direito *estatal*, enquanto o direito extra-estatal ou social constitui de longe o maior e mais importante componente da ordem jurídica” (p. 9 ss., 49 ss., 110 ss., 295 ss.). Não é fácil determinar o que entende Ehrlich, de fato, por direito “estatal”. Ora isso vem definido como o direito “criado pelo Estado” (p. 8), ora é identificado com o “direito proclamado como lei pelo Estado” (p. 11); outras vezes se entende por direito estatal as regras para o comportamento dos tribunais e dos outros órgãos estatais (em oposição às regras da conduta humana em geral) (p. 15). Depois, parece novamente que o direito estatal é o complexo de normas estatais que veiculam a ameaça do uso da coerção (p. 57). Seguramente, na p. 9 e ss., o direito estatal e a lei são identificados no momento em que se manifesta a acusação de que “a jurisprudência atual conhece apenas o *direito estatal*”, nesses termos: “Onde é estudado este direito extra-estatal? Onde está descrito? Com certeza não constitui nenhuma ousadia afirmar que hoje em dia no continente europeu tanto na pesquisa quanto na literatura e no ensino *não se conhece outro direito a não ser a lei*” (p. 9). À p. 110, todavia, afirma-se: “O direito estatal deriva do Estado, mas não tanto na forma quanto no conteúdo; é um direito que surge exclusivamente com o Estado e que não pode existir sem ele”. É por isso indiferente considerar a forma pela qual ele subsiste. À p. 115, a essência do direito estatal vem caracterizada como comando estatal “dirigido aos tribunais e a outros órgãos, prescrevendo a maneira em que devem atuar”. À p. 296, porém, é feita uma diferenciação. São mencionados dois tipos fundamentais de direito estatal: “O Estado tem duas alternativas para atuar 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 pelas partes interessadas. A maioria das normas de decisão, no entanto, são oriundas do direito dos juristas; somente são *direito estatal* quando surgem *independentemente do direito dos juristas* e se destinam *a servir aos objetivos estatais*. O outro tipo de direito estatal são as normas de *intervenção*: elas determinam aos órgãos estatais quando devem intervir,



mesmo que não tenham sido invocados para isto.” Não será fácil estabelecer o que, no direito estatal posto em forma de lei, seja direito *social* e o que seja direito *estatal*, 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 de conduta. Tudo isto está, evidentemente, dentro do direito legislado. Em todo caso, este conceito de direito estatal exposto por último é completamente diferente e, pela sua precisão, muito mais restrito que aquele implícito na acusação feita por Ehrlich no início de seu trabalho, segundo a qual se ocuparia a jurisprudência contemporânea apenas do “direito estatal”, porque se ocuparia apenas com as “leis”. É preciso, seriamente, questionar a viabilidade dessa separação do direito, que seria operada pela via legislativa, em direito estatal e direito não estatal. Até onde a exposição de Ehrlich é decifrável, o “direito estatal” pode ser mais ou menos delimitado apenas quando compreendido por “direito do Estado”, isto é, direito público e direito administrativo.

Caracteriza Ehrlich da seguinte maneira a *aparição do direito estatal*, ao lado do direito que era até então unicamente social: “O *direito estatal* aparece na história muito mais tarde que a administração da justiça pelo Estado. Primeiramente, o Estado produz evidentemente a sua própria ordem jurídica, o *direito público*, e quando cria órgãos de autoridade, seja de que tipo for, determina a sua competência, seu funcionamento interno, às vezes também seu procedimento”. Parece enigmática, porém, a possibilidade de uma administração estatal da justiça antes que haja uma ordem jurídica estatal. Mas o que é este enigma diante da misteriosa ideia de um Estado que cria a sua própria ordem jurídica! Visto que dificilmente no “Estado” se pode reconhecer outra coisa que não uma ordem jurídica determinada, resta simplesmente o problema de como uma ordem jurídica cria a si mesma. Mas, seja como for, o problema parece de fato resultar desta declaração de Ehrlich, segundo a qual o “*direito estatal*” é, sobretudo (pelo menos historicamente), em primeiro lugar, direito do Estado: o direito criado pelo Estado. Infelizmente, tal concepção de Ehrlich, claramente e univocamente expressa na p. 115, contradiz o próprio Ehrlich, que na p. 304 diz, efetivamente: “Quando o Estado prescreve as posições e as tarefas de seus órgãos de autoridade, isto não é *direito estatal* na verdadeira e própria acepção do termo, mas um direito do Estado. O Estado, efetivamente, dá a si próprio e aos seus órgãos de autoridade uma ordem jurídica, exatamente como faz qualquer outra associação social”. O que, de acordo com essas afirmações, deve verdadeiramente ser o direito estatal permanece um mistério. No



mesmo capítulo, intitulado “O direito estatal”, Ehrlich estuda os efeitos do direito *estatal* e, em particular, das normas estatais de decisão; aqui ele simplesmente identifica o direito “*legislado*” e o direito estatal, tendo dito algumas linhas antes (p. 296) que a maioria das “*normas de decisão*” codificadas são direito dos juristas, não direito estatal. Ehrlich, diz agora: “O efeito das normas estatais de decisão é, em geral, superestimado [...] Há alguns anos fiz uma enquete para saber quanto do código civil austríaco, que já está em vigor há cem anos, realmente penetrou na vida” (p. 297). É o código civil direito estatal?

Visto que Ehrlich defende a independência de direito e Estado diante da concepção segundo a qual o Estado produz o *direito*, é preciso concordar com ele, mas somente a partir de uma noção que é de toda estranha à Ehrlich, a de que o Estado, *de uma maneira geral*, não está apto a produzir direito, que a ideia de um Estado que produz direito é irrealizável. Aqui não se pode e não há nem mesmo necessidade de demonstrar em maiores detalhes tal afirmação. Contra Ehrlich, basta acentuar que, dada a *possibilidade* de um direito *estatal* qualquer, é a uma consequência inevitável, do ponto de vista jurídico-normativo, considerar o direito estatal como a única ordem, ou ainda como a ordem suprema.

Ehrlich define as associações sociais que considera precedentes ao Estado como “clã”, “tribo”, “parentela” (p. 111), “família”, “vilarejo”. Ele fala de “juízes de vilarejo”, “juízes familiares” e considera também admissíveis tribunais do clã e da tribo. Ele, portanto, pressupõe que essas comunidades são comunidades *jurídicas*, que aplicam normas jurídicas. De outra parte, apoiando-se na autoridade de Gierke, ele defende que não é preciso considerar como normas jurídicas somente as normas aplicadas pela comunidade jurídica, ou por seus órgãos: obrigações jurídicas são também aquelas obrigações em cuja proteção nenhum “poder social superior” está autorizado a se intrometer (p. 128). Mas em que se distinguem tais obrigações de todas as outras obrigações do costume, da moral? Se o direito é *norma do grupo social*, regra de organização, como se manifesta nestas relações o *grupo social*, a unidade social superior, a associação? No que tange à moral e aos costumes, é como se a comunidade como unidade acima dos indivíduos fosse inexistente! “É imanente a todo o *direito associativo* germânico a ideia de tudo o que o senhor deve conceder aos seus sujeitos é algo devido *no sentido jurídico*. Obrigações vinculantes se desenvolvem apenas na medida em que há um poder superior do grupo social autorizado a intervir para



proteger os direitos dos membros da associação” (p. 128). Mas como se pode falar de um *direito associativo* se o direito não possui nenhuma relação com o grupo enquanto tal?

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 um ordenamento jurídico: a organização do direito. Objetar-se-á seguramente ser contudo impossível pensar o clã, a tribo, como *Estado*, quando estes grupos são *componentes* da unidade social superior, talvez até mesmo do próprio Estado. Cogite-se que uma tribo ou um outro grupo de ordem inferior, organizado como comunidade jurídica, esteja unido a um outro grupo em uma unidade superior. Em que consiste esse vínculo? De que tipo é essa *organização*, pela qual mais de um subgrupo se vinculam em uma unidade superior? Também esta ordem é apenas uma ordem *jurídica*, que estatui as obrigações dos indivíduos singulares, é um ordenamento jurídico que é aplicado por determinados órgãos - os órgãos da comunidade superior - e em relação à qual 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, isto é, deve poder ser pensada como unidade, então é preciso pensar os subgrupos como subordinados, de qualquer modo, ao grupo social superior, é preciso representar os ordenamentos jurídicos – que se diferenciam entre si em sua singularidade – destes grupos sociais parciais como válidos e diferenciáveis somente no âmbito dos limites que lhes são postos pela organização da comunidade superior que os encerra em uma unidade. Uma construção diferente desta construção *normativa* das unidades sociais, porém, não é possível. Nessa construção conceitual – na qual somente se dá a unidade *ideal* dos grupos sociais – os subgrupos se tornam órgãos da comunidade superior e os ordenamentos jurídicos de cada subgrupo – ordenamentos que no âmbito de seus limites locais e materiais são sempre diferentes um do outro – constituem, juntamente com a organização da comunidade superior, um sistema unitário de normas, um ordenamento jurídico unitário. Esta última comunidade, que se constrói acima dos grupos singulares, é enquanto comunidade jurídica o *Estado*. Afinal, que outra coisa poderia ser o Estado?

Julga Ehrlich que o Estado não é uma comunidade jurídica: “na sua origem, o Estado é uma *associação militar* que mantém uma relação muito pouco estreita com a vida jurídica; isso assim permanece até hoje, *a exceção de algumas formas modernas de*



Estado, constituídas nas antigas colônias inglesas da América - seja nas mais antigas, seja nas atuais - e em outras partes do mundo” (p. 111). Já dessas palavras vê-se claramente que, no que tange à questão da essência do Estado, aquilo que conta, para Ehrlich, é algo completamente diverso daquele *conceito* de Estado cuja relação com o conceito de direito vem sendo 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, não seria por acaso Estado, por exemplo, um Estado neutralizado, que, contando com contratos internacionais, não disponha de nenhuma organização militar, de nenhum exército, de nenhuma fortaleza? Talvez, se vencesse o ideal da paz, os Estados hodiernos deixariam de ser Estados? Por certo, os propósitos militares podem ter caracterizado a maior parte dos Estados historicamente conhecidos, mas nem por isso se define o *conceito* de Estado como “organização militar”. Igualmente, também a maior parte dos Estados historicamente conhecidos foram organizações para a exploração, mas o *conceito* de Estado não pode por isso ser determinado como “organização para exploração”. No *conceito* de Estado devem encontrar espaço não apenas algumas ou a maior parte das formações conhecidas como “Estado”, mas toda forma de “Estado” possível ou que se possa conceber. É uma tentativa fracassada de antemão a de Ehrlich e de alguns outros que buscam caracterizar o Estado *materialmente* segundo o seu conteúdo, segundo os fins perseguidos na formação do Estado. Efetivamente, o Estado é uma *forma* de unidade social, não um conteúdo! Segundo Ehrlich, “a formação social mais antiga, que está ainda de algum modo relacionada com o Estado moderno é a união da nobreza guerreira de várias tribos com um língua comum, as quais, acompanhadas dos demais homens livres, escolhem um chefe militar para a guerra, cujas funções não são passageiras e restritas a uma circunstâncias excepcionais, mas duradouras” (p. 111). Todavia, não se compreende porque a *tribo organizada* não pode ser vista como comunidade jurídica, enquanto a “a união da nobreza” pode ser entendida como Estado, tanto mais considerando que Ehrlich caracteriza o Estado como uma espécie de bando de chantagistas: “antes de tudo, o Estado tem a função de pôr à disposição do rei, o chefe militar permanente, e do seu séquito os meios necessários ao seu sustento material. Isto ocorre inicialmente através da solicitação insistente do oferecimento de presentes, que mais tarde, especialmente no Oriente, torna-se uma verdadeira extorsão” (p. 111). Várias tribos,



portanto, devem formar um *Estado* porque e contanto que um “grupo de nobres” explore de modo extorsivo o povo dessas tribos? É nisso que deve consistir a unidade social “Estado”? Só se pode falar de um Estado - entendido nesses termos como uma unidade social - no caso de uma *organização*; a rapina arbitrária e desregrada de um bando de salteadores - e assim se apresentam as “extorsões” da “nobreza guerreira de várias tribos com uma língua em comum” - não são efetivamente uma ordem estatal. Se existe, porém, uma *organização* militar, é preciso pressupor *normas* segundo as quais são instituídas obrigações de adimplemento dos indivíduos e então existe um *Estado*, não por conta do *conteúdo* particular dessas normas, mas porque existe um *ordenamento* que, pela sua natureza, deve necessariamente ser um ordenamento *jurídico*. Quando Ehrlich salienta que a história do direito ensina que não cabe ao Estado *legislar* no início (p. 112), tem ele total razão! Qual é o jurista normal que não sabe que a produção do direito foi desenvolvida pela via “consuetudinária” por um longo período? Mas, quando afirma que também a administração da justiça, a aplicação do direito não teria na origem nenhuma relação com o Estado, Ehrlich opera com um conceito de Estado completamente arbitrário. Isto é impossível, se por “Estado” se compreende a comunidade jurídica suprema, a organização do direito. Desse ponto de vista é absolutamente arbitrário negar a caracterização de Estado às pequenas comunidades jurídicas autônomas que se *presume* serem originárias - ainda faltam documentos históricos da história antiga do direito e do Estado - e atribuí-la às associações sociais que tem origem da confluência de vários grupos semelhantes. No entanto, em uma *organização jurídica* da grande comunidade total os ordenamentos jurídicos dos grupos autônomos originários podem conservar a sua particularidade individual somente dentro dos limites da primeira, a qual deve necessariamente constituir uma unidade com a organização jurídica da comunidade total, de maneira que os órgãos jurídicos dos grupos parciais possam ser pensados como órgãos da totalidade: tudo é somente a consequência do fato de que os grupos originariamente autônomos são fundidos entre si em uma unidade superior.

Quando Ehrlich sustenta que tribunais *estatais*, ou seja, a aplicação do direito pelo Estado, existe somente porque nascem de um “poder de comando de um chefe militar”, novamente se tem um modo de consideração completamente distinto do jurídico, assim como um conceito de Estado diferente do usual. Apenas a administração da justiça praticada por um chefe militar ou por seus órgãos teria um caráter *estatal*.



Com a exceção de que o tipo de qualificação é indiferente para tal questão: 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-líder, mas historicamente o rei é tanto juiz supremo como líder supremo. Se o Estado é pensado como cindido em uma série de comunidades jurídicas menores, com seus próprios ordenamentos jurídicos diferentes uns dos outros, e órgãos jurídicos (tribunais) próprios independentes uns dos outros, em que consiste então o vínculo que une todos estes grupos, que faz de todos estes grupos singulares um único *Estado*? É preciso que exista algum *ordenamento* comum, um ordenamento que seja uma *barreira* para os ordenamentos jurídicos dos grupos singulares! Se este ordenamento não fosse *jurídico*, onde estariam, então, as *fronteiras* do Estado?

Se cada norma jurídica encerra uma relação para com a comunidade jurídica, com o Estado, não por isso, naturalmente, cada relação jurídica deve necessariamente ter por referência as autoridades estatais! É realmente necessário repetir 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 de dever-ser uma reação estatal, sem que se precise necessariamente 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 é propriamente Ehrlich, porém, que desperta essa reminiscência quando, contra a natureza estatal do direito, afirma com toda a seriedade: “Há milhões de pessoas que mantêm inúmeras relações jurídicas, mas são tão afortunadas que nunca precisaram recorrer a qualquer órgão de autoridade” (p. 130). Pode-se atribuir à teoria dominante, como faz Ehrlich, a ideia segundo a qual “a vida humana se desenvolve diante dos tribunais” (p. 15), imputar ao “jurista de nossos dias” a incapacidade de conceber a “convivência humana” sem “coação jurídica” (p. 67)? Acredita realmente Ehrlich - como ele gostaria de fazer crer a seu leitor - que a teoria que vincula intimamente o direito ao Estado, a qual concebe o direito como “ordenamento coativo” estatal, sustenta a concepção da psicologia social segundo a qual os seres humanos se comportam de maneira conforme ao direito apenas por medo da pena ou da execução forçada estatal (p. 15)? Nenhum representante da teoria da coação, incompreendida por Ehrlich, é na realidade tão tonto. Mas já o modo pelo qual Ehrlich interpreta a coação jurídica estatal beira ao grotesco! “Fundamentalmente, os efeitos da ordem jurídica coativa do Estado se



restringem à proteção da pessoa, da posse e do crédito contra *aqueles que se encontram fora da sociedade*” (p. 57), os “marginalizados” (p. 55). Não deveria ter o ordenamento jurídico - enquanto ordem coercitiva estatal - algum “efeito” de prevenção? E são verdadeiramente *todos* aqueles contra os quais são postas em andamento execuções civis e coerções jurídico administrativas, todos aqueles que são punidos pelos tribunais, “marginalizados”, gente que está excluída da sociedade? Ehrlich define o Estado como “a associação mais abrangente, que compreende também a eles [estes marginalizados]”. É realmente um mistério que se possa afirmar que indivíduos que são “abrangidos” pelo *Estado*, ou seja, por uma associação social, possam estar “excluídos” da sociedade. Isso para não falar da errônea noção de que o Estado seria uma organização de “marginalizados”! De acordo com Ehrlich, “aqui o *Estado como órgão da sociedade* protege a sociedade daqueles que estão fora dela” (p. 55). Bem entendido: o Estado, que enquanto associação social *abrange* também os “excluídos”, é *órgão da sociedade* e como tal protege a sociedade contra aqueles que são, enquanto parte integrante do Estado, *órgãos da sociedade*. Isso protege a sociedade de si mesma ou também contra uma de suas *partes*, parte esta que, porém, está *fora* da sociedade! Que o Estado seja um *órgão da sociedade* é uma importante noção enfatizada pela obra de Ehrlich (p. 122-123), o que, em verdade, não o impede de formular a noção *sociológica* segundo a qual “o *Estado* e uma grande parte da *sociedade* se encontram em oposição mútua” (p. 60).

Ehrlich, enfim, acredita apresentar um argumento contra o caráter estatal do direito (que de resto é o mesmo que dizer: caráter jurídico do Estado) quando, chamando a atenção para o direito *eclesiástico*, explica: “O direito eclesiástico é um direito por constituir a ordem *jurídica* da Igreja, independente da posição que o Estado assume diante dele” (p. 130). Ehrlich não repara que, 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 sua relação com o Estado como comunidade jurídica específica, o seu conceito de direito - quando se descarta a tentativa, que dificilmente pode ser levada a sério, de caracterizar as diferentes normas através da intensidade do sentimento provocado por sua violação - precisa se estender desmesuradamente e, em essência, coincide com aquele de norma ou regra social. Do ponto de vista sociológico, a concepção de Ehrlich, até o ponto em que 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 forma particular da sociedade.

V

Os dois capítulos finais da obra de Ehrlich tratam dos “métodos da sociologia do direito”. Aqui ele reúne, mais uma vez, as suas concepções fundamentais. Nesta sucinta exposição, se manifestam com particular evidência a obscuridade e a contradição interna que permeia toda a sua “fundamentação”. Nesses capítulos finais, enfatiza Ehrlich mais uma vez o contraste desde o início apontado entre uma “ciência teórica” do direito, isto é, a sociologia do direito, e uma jurisprudência “prática”. Já na introdução foi feita referência ao fato de que Ehrlich desenvolve de um modo demasiadamente obscuro este contraste, cuja correta aplicação poderia ser da maior importância. Em conclusão, depreende-se que esse princípio metodológico fundamental perdeu em Ehrlich todo significado possível. Depois de ter ressaltado (especialmente na p. 314) que “a ciência jurídica sociológica”, “como toda ciência, deve simplesmente registrar e não valorar os fatos”, que ela nada tem a declarar sobre aquilo que deve ser, e especialmente sobre o que deve ser por força do direito, sobre aquilo a que se é juridicamente obrigado ou autorizado, sobre o que é direito e o que é ilícito (no sentido de juízos de *valor*), ele agora acrescenta: “Também a sociologia, incluindo aí a sociologia do direito, deve ser uma *ciência de observação*”. Diz que ao sociólogo do direito cabe “coletar os *fatos* para conhecê-los e interpretá-los” (p. 382). Em especial, também o “preceito jurídico” é considerado “somente como *fato*, isto é, observado quanto à sua origem e seus efeitos e não em relação a sua interpretação e aplicação prática”, o que, dito em termos mais precisos, significa: explicar a gênese 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. Essa é uma definição absolutamente correta de uma sociologia do direito puramente explicativa. No entanto, o que causa perplexidade é quando Ehrlich diz que cabe à “jurisprudência prática”, em contraste com a sociologia jurídica teórica – na sua visão, a única *ciência do direito* - conhecer claramente o que deve ser por força do direito e que



esta não busca constatar e explicar fatos, mas sim oferecer juízos de valor jurídicos; quando Ehrlich diz que essa jurisprudência “não científica” porque normativa, no sentido por ele adotado, deve “oferecer um quadro no âmbito do qual as normas devem valer” (p. 384). Mas como isto seria possível com os instrumentos da jurisprudência prática? Do ponto de vista metodológico, não seria a descrição das relações sociais existentes uma tarefa própria da sociologia, em oposição à jurisprudência “prática”? O contraste entre o “teórico” e o “prático”, que Ehrlich havia elaborado em um primeiro momento para se referir à relação entre sociologia e do direito e jurisprudência, é completamente invertido no momento em que ele finalmente assevera que a jurisprudência prática também é uma “ciência” - isto é, no sentido de Ehrlich -, que esta deve descrever e *explicar* causalmente - mas não valorar - fatos, o *ser*. “O conhecimento direto das relações humanas de tipo *jurídico*, das normas de decisão e a generalização dos resultados desse conhecimento constitui o aspecto *científico* da jurisprudência. Assim ampliada, a jurisprudência é efetivamente uma morfologia das configurações jurídicas da vida social” ou, como se diz à cabeça da página, uma “morfologia da sociedade” (p. 364). É preciso supor aqui 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? “Também a muito discutida parte geral [da “jurisprudência prática”] contém *ciência*”. Ciência no sentido de Ehrlich?

A mais perfeita confusão dos princípios metodológicos de uma disciplina teórica e de uma disciplina prática completa-se, porém, no último e mais importante resultado da sociologia jurídica de Ehrlich: a *investigação do direito vivo*.

Visto que toda a ciência do direito se dedica hodiernamente apenas ao estudo dos preceitos jurídicos, “a nossa situação jurídica atual seria em grande medida desconhecida” (p. 395). O código civil austríaco dispõe sobre o regime de bens no matrimônio, na falta de pactos matrimoniais contrários como direito *dispositivo*. Hoje, o campesinato austro-alemão vive efetivamente um regime matrimonial de comunhão de bens, mas este é regulado por normas de pactos matrimoniais particulares, de forma diferente do que dispõem os 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 (p. 396- 397) que em certos grupos sociais possuem de regra um conteúdo específico que não pode naturalmente ser obtido no código, que confere às partes a faculdade de estabelecer por conta própria o conteúdo



de suas relações jurídicas. Infelizmente, Ehrlich não apresenta nenhuma comprovação de sua tese, que *sociologicamente* é muito interessante. A literatura jurídica nada sabe sobre o efetivo “*regime agrário*”, tampouco sobre a efetiva ordem familiar, que em nenhum país da Europa corresponde às normas do direito posto (p. 397). Aqui é necessária parar por um momento. O direito é a *forma* pela qual se desenvolve, ou deve se desenvolver, a vida política e econômica. A ciência do direito tem, por conseguinte, algo a dizer sobre a forma, mas não pode dizer nada, com seus meios específicos e nos limites de seu objeto, sobre o conteúdo que deve ser desenvolvido (se este é pensado normativamente) ou que efetivamente se desenvolve (se este é concebido sociologicamente) na forma do direito. Ehrlich *simplesmente identifica direito e sociedade*, isto é, ele define como direito não somente a forma, mas também o conteúdo dos fenômenos sociais, no momento em que requer que a *ciência do direito* forneça informações sobre as relações políticas e econômicas regulares que conferem conteúdo às formas jurídicas. A ciência do direito precisaria ser ao mesmo tempo economia política, história econômica, se tivesse de dar informações sobre o *regime agrário* de um país ou sobre as relações econômicas reais entre os cônjuges, entre arrendadores e arrendatários etc. É absolutamente sem precedentes uma tão completa confusão das fronteiras entre direito e economia, entre direito e sociedade, assim como entre a ciência do direito e todas as outras ciências sociais! O que são, porém, essas regras que versam 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 teoria do direito [Ehrlich se refere à jurisprudência dominante], cumpre muito mal sua tarefa, quando se limita a mostrar o que a lei prescreve e não também aquilo que *efetivamente acontece*” (p. 398). Para 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 de Ehrlich à jurisprudência prática é que ela deixa de fazê-lo. Mas qual é a razão suficiente para definir como “*direito*” as regras do que efetivamente ocorre, através da observação do ser, que não podem significar outra coisa senão o que também *deve* regularmente suceder por força do direito? Uma *sociologia* - ainda no sentido de Ehrlich - não está autorizada, enquanto uma ciência pura do *ser*, a alcançar tal resultado; uma *sociologia* não poderia jamais, nesse sentido, conhecer e descrever normas jurídicas



(como normas de *dever-ser*). O problema - se um acontecimento real também *deve* acontecer - não pode ser resolvido, porém, pela jurisprudência prática a partir de um ser em si. Pode ser dito, de tudo o que acontece com certa regularidade, que só por isso também *deve* acontecer, ou que deve acontecer por força do *direito*? E, todavia, não é outro senão este o significado da afirmação de que há um “direito” vivo. Agora, se esse ser da realidade fática - como Ehrlich frequentemente o concebe - estiver em *contradição* com normas que necessariamente, pela razão que for, o jurista prático deve pressupor como *normas* jurídica válidas, isso não significa pretender que a *jurisprudência “prática”* - prática porque voltada ao conhecimento do *dever-ser* jurídico - abandone o pressuposto fundamental de todo conhecimento. É de se esperar que a jurisprudência prática considere verdadeiras duas proposições (proposições de *dever-ser*) que se contradizem reciprocamente, a norma jurídica pressuposta como válida e a norma do direito vivo que a contradiz, abdicando de conceber o ordenamento jurídico como um todo dotado de sentido, isto é, privado de contradições? Que abra mão, em outros termos, de *compreender* o direito em geral?

O caráter absolutamente ambíguo e problemático das regras do que efetivamente acontece, que Ehrlich chama de “*direito*” vivo, vem à tona da melhor maneira possível no seguinte exemplo, que o próprio Ehrlich oferece. Ehrlich relata ter pesquisado os efeitos do código civil na Bukowina. Infelizmente, ele não publica, neste contexto, essas pesquisas que são eminentemente, de *sociologia do direito*. Isto já teria sido importante só pelo fato de que teria sido finalmente apresentado *material e método* para a solução de um problema de sociologia do direito verdadeiramente concreto. Ehrlich fala especialmente da ineficácia das disposições de direito familiar do código civil austríaco. Segundo as disposições deste código o filho em uma família pode possuir patrimônio próprio e dele dispor livremente. Os rendimentos pertencem a este e não aos seus pais. Mas, relata Ehrlich, na Bukowina, “que faz parte da Áustria e onde o código civil vigora como nas demais partes do país”, o camponês romeno dispõe de fato dos rendimentos do filho: “Se um filho está empregado, o pai ou a mãe aparecem pontualmente a cada mês de trabalho perante o empregador para levar tranquilamente para casa o salário” (p. 298). Dessas observações de Ehrlich não se compreende, infelizmente, em quantos casos ele constatou efetivamente esse fato. É preciso presumir que também na Bukowina se possam constatar mais casos de disposição autônoma, da parte do jovem, de seus rendimentos, do que tenha constatado Ehrlich.



Mas o que significam os fatos observados por Ehrlich? Será que o filho dessa família, na Bukowina, não está legitimado a dispor de seus bens? Será que o senhor professor Ehrlich, se fosse advogado ou juiz, responderia: estás juridicamente obrigado a aceitar que teus pais disponham dos teus rendimentos sem o teu consentimento? Eu não duvido que o senhor professor Ehrlich, como juiz ou advogado, ajudaria esse filho, com fundamento no código civil, a fazer triunfar o seu direito, inclusive na Bukowina! No entanto, se o filho da família está de acordo com que o pai disponha de seus rendimentos, ou, como diz Ehrlich, “suporta tranquilamente esse tratamento”, o fato descrito por Ehrlich não é efetivamente inconciliável com o código civil. A lei confere ao jovem um *direito*; se ele lança mão dele 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 como presente, pode ceder o seu pretense salário, pode também deixar decair o direito, tudo isso 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 acredita Ehrlich, um costume contrário ao direito (p. 299). Seria outra coisa se o código civil instituísse uma *obrigação* jurídica do filho. Além disso, já aconteceu de obrigações jurídicas instituídas em uma lei não terem sido efetivamente observadas ou terem sido regularmente violadas por grupos inteiros. Em relação a esses grupos a norma jurídica válida não tem nenhuma *eficácia*. Seria sem dúvida uma tarefa 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, “só tem de registrar os fatos e não valorá-los” (p. 314), sobre se também *deve* acontecer, por força da moral ou do direito, aquilo que efetivamente acontece? 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, mas 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 está dado de maneira óbvia. Na medida em que tal disciplina possa ser delimitada em termos gerais e efetivamente realizada, o seu problema é aquele da



gênese e dos *efeitos* das normas jurídicas concebidas como *atos* psíquico-sociais. E somente enquanto, na configuração *de conteúdo* das relações jurídicas, se trate dos *efeitos* das normas jurídicas, o conhecimento destes conteúdos jurídicos poderia ser considerado por uma sociologia do direito.

Todavia, parece que se contrapõem as maiores dificuldades para uma sociologia do direito *como uma disciplina autônoma*. A sociologia do direito só é possível na mais estrita relação com uma sociologia da moral e dos costumes, logo uma sociologia de todas as outras normas sociais. O comportamento efetivo dos seres humanos, na medida em que é visto através da consideração jurídico-formal como conforme ao direito, não se revela de fato *motivado* apenas por normas jurídicas, mas também por normas de outro tipo. E justamente porque uma sociologia do direito deve estudar também as causas da falta de efeitos de normas jurídicas (logo, os motivos do comportamento antijurídico), ela precisa também, para resolver os seus problemas, desvelar 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 geral, que considera e explica a vida social. Necessariamente, a delimitação desta sociologia do *direito* deve ser 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 do conceito *normativo de direito*. A *sociologia* do direito não pode estabelecer o que é o *direito*; à *gênese* e aos efeitos de *quais* normas está circunscrito, portanto, o seu conhecimento; ela deve, necessariamente, pressupor o conceito *normativo* de direito. Considerando que é o conceito normativo de direito que delimita os problemas da sociologia do direito, os seus limites - do ponto de vista daquela ciência da qual deve ser um ramo, isto é, do ponto de vista da *sociologia* - não podem deixar de parecer artificiais. Se as normas cujos efeitos são determinantes do 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 os 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, conduz a uma representação de uma *sociologia do direito* que seja autônoma. Na realidade, a norma jurídica, este objeto específico da ciência do direito,



não existe para uma sociologia orientada ao ser. Pensar ou ouvir a norma jurídica é algo completamente diferente do dever-ser jurídico. Um *conceito sociológico de direito*, do qual falam Ehrlich e muitos outros autores recentes, é tão possível quanto o conceito matemático de um processo biológico ou o conceito ético dos corpos em queda livre. A própria 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 oferecer uma fundamentação para a sociologia do direito deve ser considerada completamente fracassada: antes de tudo, pela total falta de uma clara definição do problema e de um método preciso. E o que emerge de sua confusa 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” está contido “o sentido de *toda* fundamentação de uma sociologia do direito”. Seria como dizer que o sentido de toda a biologia é o princípio pelo qual a evolução do ser vivo reside na natureza.

