

# A NATUREZA DA CIÊNCIA JURÍDICA: a polêmica entre o normativismo de Hans Kelsen e o sociologismo (hermenêutica do Direito vivo) de Eugen Ehrlich<sup>1</sup>

---

*Raquel Fabiana Lopes Sparemberger*

[...] o único sentido oculto das cousas  
é elas não terem sentido oculto nenhum,  
É mais estranho do que todas as estranhezas  
e do que todos os sonhos dos poetas  
E os pensamentos de todos os filósofos,  
Que as coisas sejam realmente o que parecem ser  
E não haja nada para compreender  
Sim, eis que os meus sentidos aprenderam  
sozinhos: as cousas não têm significação: têm existência.  
*As cousas são o único sentido oculto das cousas* (Fernando Pessoa).

---

<sup>1</sup> Texto apresentado como resultado final da pesquisa financiada pelo Departamento de Estudos Jurídicos da Unijuí no ano de 2003. Programa de Pesquisa: Espaço público, cidadania e desenvolvimento. Grupo de pesquisa: Direito, política e Cidadania. Linha de Pesquisa: Hermenêutica, pós-modernidade e desenvolvimento. Pesquisa contemplada com Bolsa de Iniciação Científica, financiada pelo CNPq, com previsão de término para 2004.

## INTRODUÇÃO

---

Este texto aborda a discussão polêmica referente à natureza jurídica da ciência do Direito que teve seu ponto culminante com a discussão entre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. Tal polêmica começa em 1913 com a publicação da obra de Ehrlich *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Esta sofreu duras críticas de Hans Kelsen, que afirmou ocorrer um sincretismo metodológico, decorrente da confusão estabelecida por Ehrlich entre ser e dever-ser. Nesse sentido, o enfoque principal deste texto é compreender o porquê da polêmica, bem como entender os principais elementos diferenciadores do chamado normativismo de Hans Kelsen e do vitalismo jurídico, ou “Direito vivo”, de Eugen Ehrlich, e sua vinculação com a ciência jurídica. Para isso, utilizar-se-á basicamente a obras *Fundamentos da Sociologia do Direito*, de Eugen Ehrlich, e a *Teoria pura do Direito* de Hans Kelsen. (Robles, 1982).

## OS AUTORES: Hans Kelsen e Eugen Ehrlich

---

Hans Kelsen nasceu em 1881 em Praga (império austro-húngaro) e faleceu em Berkeley (Estados Unidos) em 1973. Possui diversas obras publicadas, a mais importante delas *A Teoria Pura do Direito*, voltada à criação de um método científico para o conhecimento jurídico e que será neste texto objeto de nosso estudo. Eugen Ehrlich nasceu em Czernowtz, capital da Província da Bukovina, em 1862. Estudou Leis na Universidade de Viena e, após receber sua licenciatura, ingressou como *Privadozent* naquela universidade. Em 1897 foi designado como professor de Direito Romano na Universidade de sua cidade natal, e lá viveu até sua morte, em 1918. Viveu numa época em que o positivismo estava em seu apogeu. Sua teoria tenta redefinir o conceito de Direito, não o identificando apenas como lei e sim como um grupo de relações sociais, independentes de qualquer forma legislativa e, por isso, recebeu duras críticas, principalmente de

Hans Kelsen. A sua principal obra, *Fundamentos da sociologia do Direito*, é, juntamente com a *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, objeto central de nossa discussão (Robles, 1982).

## **A DISCUSSÃO: do Normativismo de Hans Kelsen ao Direito Vivo de Eugen Ehrlich**

---

### **A perspectiva normativista de Hans Kelsen**

---

Em sua obra *Teoria Pura do Direito do Direito* (1991), Hans Kelsen pretende libertar a Ciência Jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Empreende delimitar o conhecimento do Direito em face de disciplinas como a Psicologia e a Sociologia. Faz isso, no entanto, por ignorar ou por negar a conexão existente entre o Direito e os outros ramos do conhecimento, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da Ciência Jurídica e dilui os limites que lhes são impostos pela natureza de seu objeto.

Para Hans Kelsen a Ciência Jurídica deve se preocupar com o dever-ser jurídico e a Sociologia, ramo para ele diverso da ciência propriamente dita, com o ser. Segundo este autor, o fenômeno jurídico pode ser compreendido a partir de duas perspectivas: ser e dever-ser. Isso significa que o Direito pode ser um fenômeno ou um fato, ou, como norma, regra específica de um dever-ser. No primeiro caso a Ciência Jurídica é uma *naturwissenschaft*, de caráter normativo e dedutivo; no segundo caso o fenômeno é explicado por meio de procedimentos indutivos (Robles, 1982).

Conforme Larenz (1997, p. 93):

A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de *factos*, como a sociologia, mas uma ciência de nor-

mas; o seu objecto não é o que é ou o que acontece, mas sim um complexo de normas. Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva “puro” de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ciência de factos (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de proposições de fé, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento puro, não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objeto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser ciência.

A Ciência Jurídica pode ser caracterizada, segundo Kelsen (1991), como uma ciência normativa, na medida em que toma seu objeto como norma, e isto significa dizer que estamos trabalhando no plano do dever-ser, e não do ser, porque a norma pode ser conceituada como o sentido de um ato por meio do qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada, não se confundindo com o ato de vontade cujo sentido constitui. A norma é dever-ser e o ato de vontade que a põe é o ser. Esta distinção é um dado imediato da consciência.

Nesse sentido, ser e dever-ser (*sein y sollen*) são categorias lógicas que se caracterizam dentro de uma perspectiva de compreensão do fenómeno jurídico. A formalidade, ou, mais especificamente, o carácter formal da norma, aparece no dever-ser. Não podemos, todavia, deixar de observar que

*Sein y sollen pueden coincidir en la realidad; esto es, lo que la norma prescribe puede ser exactamente lo que en realidad sucede y vice versa: lo que acontece en la facticidad puede coincidir con lo ordenado en la norma pero no siempre sucede así, ya que ambas categorías se sitúan a dos niveles diferentes (Robles, 1982, p. 29).*

Com esta divisão do fenômeno jurídico em ser e dever-ser é possível estabelecer a distinção entre a Sociologia do Direito e a Ciência Jurídica; isto quer dizer que precisamos esclarecer esta dualidade disciplinar entre a primeira, que estuda o ser do Direito, e a segunda, que estuda o dever-ser.

Para Robles (1982) uma ciência sociológica do Direito nunca poderá dizer quando e em que condições alguém está autorizado ou obrigado juridicamente, senão tão-somente o que os homens realmente fazem ou deixam de fazer em relação a certos pressupostos. As afirmações desta ciência (do ser) são juízos de realidade, tratam de explicá-la mesma por meio da observação, categorização e formulação de regras por um caminho indutivo.

Se a ciência sociológica trabalha com juízos de realidade e a partir deles tenta explicá-los, a ciência do Direito é, como já salientamos, valorativa e tem como objetivo não somente explicar a realidade fática, mas também prescrever comportamentos no sentido formal do termo. Isso significa, portanto, que estamos falando de uma ciência jurídica normativa.

Assim, para Robles (1982, p. 29), “Es pues, inadmisible un sincretismo metodologico de ambos planos, del sollen y del sein, del valor y del hecho y, en consecuencia, de la ciencia del derecho normativa y de la sociología del derecho explicativa, que es, lo que al parecer de Kelsen, intenta Eugen Ehrlich”.

O que Hans Kelsen quer na verdade é demonstrar que Eugen Ehrlich trabalha a partir de uma confusão epistemológica entre ser e dever-ser na sua obra *Fundamentos da Sociologia do Direito* (1986).

## **O vitalismo jurídico de Eugen Ehrlich**

Para Eugen Ehrlich (1986), a Sociologia do Direito é a única Ciência do Direito. Isto porque o Direito não é uma ciência estática, mas mutável, ou seja, passa constantemente por especulações jurídicas, que para este

autor são especulações de cunho sociológico. Ele, no entanto, distingue o que se pode chamar Ciência Jurídica em sentido tradicional da Ciência Jurídica em sentido estrito. A primeira significa a jurisprudência prática que vem definida como um conjunto de regras práticas dadas aos juízes e demais autoridades para a sua aplicação, já a segunda, a Ciência Jurídica, em sentido estrito é parte da ciência teórica da sociedade e, por isso, parte da Sociologia e por sua vez, Sociologia do Direito.

A principal diferença apontada por Ehrlich entre a Ciência do Direito prática e a Ciência do Direito em sentido estrito é que a segunda é parte da ciência teórica da sociedade, ou seja, é parte da Sociologia, e por consequência a verdadeira teoria científica do Direito. A Ciência Jurídica tradicional, positivista, tem um caráter abstrato-dedutivo e se acha situada totalmente fora da realidade. Por isso não pode ser qualificada como a verdadeira Ciência Jurídica, a qual se caracteriza por seu método indutivo e por sua aproximação com a essência das coisas (Maliska, 2001).

Desta forma, sobre a Ciência Jurídica em sentido tradicional assevera Eugen Ehrlich que:

Esta pretendida ciencia (...) tiene un caracter abstrato-deductivo y se halla situada totalmente fuera del conocimiento de la realidad, por lo que no puede ser calificada como verdadera ciencia, la cual se caracteriza por el método inductivo y por la aproximación a la esencia de las cosas mediante la observación de los hechos y la recopilación de experiencia (apud Robles, 1982, p. 30-1).

Com esta afirmação pode-se compreender que este autor sustenta claramente que o conhecimento ideal sobre a realidade humana é dado pela Sociologia, pois além de buscar conhecimento nos fatos deprecia atitudes dogmáticas tradicionais no campo jurídico (Robles, 1982).

A teoria adotada por Eugen Ehrlich questiona a metodologia centrada unicamente na prescrição legal prévia e tacitamente aceita pela Ciência Jurídica dominante, haja vista que tal metodologia coloca em “xeque” a idéia de progresso social da ciência. Isso significa que há necessidade de uma metodologia que permita ao jurista o enfrentamento de novos problemas e realidades. Esta talvez tenha sido a principal contribuição de Ehrlich: a de inovar na compreensão do Direito como ciência e como fenômeno social.

No seu entendimento ao jurista não cabe apenas ficar restrito aos códigos, às leis, enfim, à legislação. O material de trabalho do jurista não está nos documentos legais, mas nas relações jurídicas propriamente ditas, nos documentos jurídicos, no Direito como ele é, como ele se dá. Assim, o “Direito vivo” é um Direito independente do Direito legislado, é aquele que apesar de fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. Segundo Ehrlich (1986), as fontes para conhecê-lo são, sobretudo, os documentos modernos, como também a observação direta do dia-a-dia do comércio, dos costumes e usos, e também das associações, tanto as legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais.

Ehrlich, nesse sentido, distingue a observação do “Direito vivo” mediante as análises documental e não-documental. A análise documental compreende a sentença judiciária, bem como outros documentos que possam retratar o Direito, na sua essência. Quanto à sentença judiciária este autor observa que somente ela não retrata por completo o “Direito vivo”, em razão de que grande parte dos conflitos não chega ao Judiciário. Uma pesquisa centrada apenas na análise jurisprudencial não retratará por completo a existência do “Direito vivo”. A análise será parcial. Assim, recomenda Ehrlich (1986) que, para além da sentença judiciária, o jurista deve verificar os documentos, como os contratos de compra e venda, arrendamento, os estatutos das entidades e companhias de comércio e outros, pois

esses possuem um conteúdo típico. Por sua vez o “Direito vivo” não documentado deve ser buscado na análise do cotidiano com a inquirição das pessoas e com o registro de suas manifestações.

Segundo Angel La Torre (1978), se a ciência é, em primeiro lugar, conhecimento de novos fatos da realidade, cabe perguntar que fatos e que realidade o jurista investiga. São os fatos da realidade legais, isto é, o Direito Positivo vigente num dado momento e num dado país? Ou o “Direito vivo”? Tais considerações são relevantes para a compreensão do objeto de pesquisa do Direito na atualidade, ou seja, a prescrição prévia e legal é o que prevalece a partir do pressuposto tácito de que o Direito se encontra na prescrição jurídica prévia de fácil acesso, na ilusão de que se assim o for a aplicação é justa, a interpretação é correta e a Justiça é alcançada.

Como salientamos anteriormente, todavia, “prescrições jurídicas também surgem à margem da lei” (Ehrlich, 1986, p. 373) e não são observadas, não são determinadas como científicas porque não se sabe qual é o método de investigação utilizado de fato para enquadrarem como científicas. Dessa forma, para Eugen Ehrlich:

O resultado científico deste trabalho dedicado ao Direito do passado não aparece somente no fato de permitir o conhecimento da evolução do Direito – o que evidentemente mais uma vez quer dizer somente a evolução das prescrições jurídicas –, mas também no fato de que ele permite a compreensão histórica do Direito do presente, pois segundo o pressuposto tácito, este Direito, as prescrições jurídicas do presente têm suas raízes no Direito do passado (1986, p. 373).

Assim, é possível compreender qual é o método de investigação do Direito, ou seja, vinculado ao passado, à história. É certo que é necessária a compreensão histórica do antigo para o entendimento do novo, mas não a restrição ao primeiro como objeto único de investigação.



Na obra *Verdade e Método* Hans-Georg Gadamer (1998) analisa esse processo de confronto entre o novo e o antigo. Para ele é possível permitir que o novo venha à luz pela mediação do antigo, constituindo-se, assim, um processo de comunicação cuja estrutura corresponde a um modelo de diálogo, mas não de submissão/restrrição.

Assim, nas palavras de Gadamer:

A consciência moderna assume – precisamente como “consciência histórica” – uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre a mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor que lhe são próprios (1998, p. 19).

Embora a utilização de uma metodologia de investigação centrada na história seja importante para a compreensão do que é juridicamente prescrito na atualidade, é certo que, como aborda Eugen Ehrlich (1986) tais prescrições legais já no passado no que concerne a determinados valores não conseguia alcançar efetivamente a realidade devido a constante mutação pela qual passa o Direito. É nesse sentido que se pretende investigar o “Direito vivo”, aquele que de fato domina a vida e permite ao jurista/investigar a reflexão das prescrições jurídicas dominantes.

Nesse sentido, para Eugen Ehrlich:

Querer aprisionar o Direito a uma época ou de um povo nos parágrafos de um código corresponde mais ou menos ao mesmo que querer represar um grande rio num açude: o que entra não é mais correnteza viva, mas água morta e muita coisa simplesmente não entra. Se além disso se levar em conta que cada uma das leis já estava superada pelo Direito vivo no momento em que ficou pronta e a cada dia está sendo mais superada, então deve-se reconhecer o imenso campo de trabalho praticamente virgem, que aqui se abre para o pesquisador do Direito (p. 374).

O pesquisador tem em suas mãos a possibilidade de buscar uma metodologia de aplicação do Direito centrada nas reais necessidades do momento. É por isso que as prescrições jurídicas não conseguem e nem pretendem oferecer um quadro completo de tais condições. Um exemplo abordado pelo autor é o seguinte:

Tomemos ainda o Direito familiar. O que chama a atenção do observador é a contradição entre a ordem familiar realmente existente e a que os códigos exigem. Creio que na Europa não existe país em que as relações entre homem e mulher, entre pais e filhos, entre família e seu meio realmente sejam tais que correspondam às normas do Direito vigente, em que os membros de uma família em sua convivência diária procurassem pôr em prática os direitos que a letra da lei lhes assegura (Ehrlich, 1986, p. 377).

O anteriormente exposto significa que sempre à margem do Direito previamente estabelecido vai existir um outro Direito, o chamado “Direito vivo”, aquele realmente vivenciado pelas pessoas em suas comunidades, em suas relações diárias, práticas costumeiras, uniformes, constantes, que necessitam ser observadas. Práticas estas muitas vezes distantes do estabelecido pelo código.

Por isso, para Eugen Ehrlich,

De forma alguma a ciência e o ensino podem restringir-se a explicar o que está escrito na lei; eles deveriam investigar as configurações reais, que são diferentes em cada classe social e em cada região, mas que possuem uma essência uniforme e típica. Não se discute aqui se a lei perdeu o domínio sobre a vida ou talvez nunca a tenha possuído, se a vida evolui para além da lei ou nunca tenha correspondido a ela. Também aqui a ciência como doutrina do Direito cumpre mal a sua tarefa se ela se limita a descrever o que a lei prescreve e não o que de fato acontece (1986, p. 377).

A ciência do Direito não pode isolar-se da análise de influências sociológicas, aspectos fáticos que estão ligados ao Direito. Observe-se, nesse sentido, alguns exemplos em que a hermenêutica do “Direito vivo” apresenta-se como predominante nas arguições e decisões judiciais.

## FURTO, RECONHECIMENTO DA “BAGATELA”

Primeiro exemplo:

“Apelação-Crime n.298001900 – 5. Câmara Criminal – Sobradinho.

FURTO. BAGATELA. SUBTRAÇÃO DE COISA DE VALOR INSIGNIFICANTE É IRRELEVANTE AO DIREITO PENAL. ABSOLVIÇÃO DECRETADA.

Geni Klein Ferreira, apelante – A Justiça, apelante.

### RELATÓRIO

Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO – Relator: GENI KLEIN *FERREIRA foi denunciada na Comarca de Sobradinho como incurso nas sanções do art. 155, ‘caput’, c/c o art. 61, inciso I, ambos do Código Penal, porque no dia 19 de junho de 1996, em torno das 23h30min, subtraiu da residência de Gisela de Brito, um rádio AM/FM, avaliado em R\$ 20,00 e gêneros alimentícios – erva-mate, café, arroz, avaliados em R\$ 8,31, conforme auto de fl. 16. Na ocasião, Geni participava de um jantar na casa de Gisela. Como chovia muito, os convidados ficaram até tarde, bebendo e assistindo à televisão. Na manhã seguinte Gisela ficou sabendo por sua sogra Lourdes Maria que Geni tinha praticado o furto.*

[...] A defesa, em suma, requereu absolvição em face da fragilidade probatória, ou, assim não se entendendo, postulou o reconhecimento do furto famélico.

Decidindo a espécie, o Magistrado julgou procedente a acusação contida na denúncia para condenar GENI KLEIN PEREIRA às penas de um (1) ano e três (3) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e dez (10) dias-multa, arbitrada a unidade no mínimo legal como incurso nas sanções do art. 155, ‘caput’, c/c art. 61, I, II, ‘f’, ‘in fine’, ambos do Código Penal.

[...] É o relatório.

### VOTO

**Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO** – Relator: No que tange à autoria dúvida não há: a apelante praticou o delito descrito na inicial. Aliás, a bem lançada sentença do colega Sérgio Fusquine Gonçalves, no particular, é indestrutível.

E, para tanto, basta a palavra da testemunha Lourdes que viu a apelante subtrair a coisa. Por outro lado, apesar de negar a autoria, a acusada se encontrava no local dos fatos e a vítima e Albino complementam o que narrou a presencial Lourdes. Mais, nada indica tenha Lourdes interesse espúrio na condenação. A prova convence pois. Todavia, embora certas autoria e materialidade, tenho que a apelante não merece condenação. Eis as razões.

De logo, remonto o palco onde aconteceu o espetáculo: na casa da vítima ocorreu jantar, a apelante, comadre da ofendida, foi convidada; jantaram e beberam; como chovia a apelante lá ficou e quando foram dormir praticou o furto.

A relação entre as partes, pois, era de amizade – forte pelo compadresco. É possível que o álcool tenha sido a causa de tudo. Vê-se, portanto, que a culpabilidade não alcança o que de comum acontece – é branda, suave, não agressiva.

E o valor da coisa? Insignificante mesmo para pessoas de pouca posse – R\$ – 28, 31. E era um rádio (R\$ 20,00) e gêneros alimentícios (R\$ 8, 31) – erva-mate, café, bananas, arroz, sendo que o rádio foi recuperado. Prejuízo? R\$ 8,31!!!

Ora, em tal contexto (relação afetiva entre as partes, prejuízo insignificante, recuperação substancial da coisa), condenar a acusada a um ano e três meses de reclusão, em presídio, é agredir o princípio da proporcionalidade – entre a ofensa e resposta penal há descompasso alarmante!

[...]

A resposta, na técnica, para não gerar teratóide, está em reconhecer o delito de bagatela. O fato é de todo irrelevante ao Direito Penal ante a insignificância do valor da coisa subtraída.

O Direito Penal (e seu conseqüente produto – presídio) é por demais cruel (subsidiário – última “*ratio*”) para alcançar condutas cujo continente envolva perigosidade nenhuma e valores desprezíveis à consciência coletiva (repito: cuida-se de delito patrimonial insignificante).

[...]

Diante do exposto, dou provimento ao apelo para absolver a apelante com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Des. Paulo Moacir Aguiar Vieira – Presidente/Relator: De acordo.

Des. Aramis Nassif: De acordo (1998, p. 139-144).

### **Segundo exemplo:**

Acórdão: resp 249026/PR; Recurso Especial (2000/0015853)

Fonte: DJ Data 26/06/2000 PG: 00138

Data da decisão: 23/05/2000

Órgão Julgador: T1 –Primeira Turma

Ementa: FGTS. Levantamento. Tratamento de familiar portador do vírus HIV. Possibilidade. Recuso especial desprovido.

1. É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, ainda que tal moléstia não se encontre elencada no art. 20, XI, da Lei 8.036/90, pois não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo em vista a intenção do legislador, mormente perante o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida e à dignidade humana e levando-se em conta o caráter social do Fundo que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas, de seus familiares.

Recurso especial desprovido (Nunes, 2002, p. 91).

Observa-se a partir do anteriormente exposto que a busca do “Direito vivo” é uma necessidade, pois mesmo que não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. A hermenêutica do “Direito vivo” quer (e é uma tendência) a busca da realização da experiência humana e o rompimento de modelos prontos. O que se deseja é a compreensão das coisas a partir da existência do ser e não na prescrição objetivista de determinados comportamentos.

Para Ehrlich (1986), todavia, um exemplo de documento legal fonte de conhecimento do “Direito vivo” é a sentença judiciária (exemplo anterior), que embora “não se trata como testemunho do “Direito vivo”, mas como parte da bibliografia jurídica que não é examinada quanto a verdade das relações jurídicas ali descritas e ao “Direito vivo” daí decorrente, mas quanto à correção da interpretação e construções jurídicas nela contidas” (Ehrlich, 1986, p. 378).

O que ocorre é que tal construção/interpretação permanece presa a um documento, não permitindo efetivamente um quadro completo e direto da vida, ou seja, as decisões dos órgãos estatais permanecem sem um quadro completo da vida, e isso não permite a busca de um “Direito vivo”.

Por isso, para Eugen Ehrlich :

Não é tão evidente que todo conteúdo do documento seja portador e testemunho do Direito vivo. Direito vivo no conteúdo de um documento não é aquilo que os tribunais no caso de uma disputa jurídica declaram como obrigatório, mas somente aquilo que as partes na vida real observam. Evidencia-se que muita coisa escrita num documento, “esta ali por tradição”: o redator a copia de um modelo e as partes nem se conscientizam do que está escrito (1986, p. 381)

Desse modo é possível observar que tais prescrições jurídicas e os documentos são comparados a partir de uma análise sociológica em busca de uma vinculação com a realidade. Tal análise comparativa/distintiva permite a observância do que de fato é Direito vigente/ norma de decisão e o que é “Direito vivo”, que só é vivo quando observado pelas partes.

O método sociológico, portanto, exige que os resultados obtidos a partir das decisões dos órgãos estatais sejam complementados pela observação direta da vida, o que de fato não ocorre, pois a descrição da realidade pelos órgãos estatais é mínima quando não é excluída (Ehrlich, 1986).

Assim, para Eugen Ehrlich:

Seria da maior importância se finalmente a atual ciência jurídica e a jurisprudência deixassem de se preocupar com contratos e documentos romanos e se dedicassem aos atuais. A moderna ciência jurídica, portanto, deveria em primeiro lugar examinar os documentos ao seu conteúdo geral, típico, repetitivo, analisá-lo do ponto de vista jurídico e esclarecer seus aspectos sociais, econômicos, legislativos (p. 380).

Isso somente se tornaria possível a partir de um novo método de investigação que se preocupasse com a origem do Direito, com a investigação das causas ou fatores sociais que impulsionaram a autoridade jurídica a prescrever normas, bem como observar quais são os efeitos acarretados por esses mandamentos e as razões pelas quais os homens cumprem ou não tais preceitos. Tal método possibilitaria a explicação ou a análise das relações que existem entre o Direito e a vida social, bem como suas influências recíprocas.

Historicamente isso não é novo. Hoje, como na Antiguidade, novas instituições surgem e outras são preenchidas por conteúdos novos. Muitas são as transformações ocorridas e, portanto, tal investigação do “Direito vivo” deve ser realizada pela Sociologia do Direito.

A Sociologia do Direito deve iniciar sua investigação com o “Direito vivo”, concentrando sua atenção no “concreto e não sobre o genérico”, pois uma vez feita a observação concreta, irá perguntar sobre sua validade geral, comparando-as e encontrando um método adequado para tal. Assim, o pesquisador do Direito irá estudar hábitos, relações de dominação e jurídicas, contratos, estatutos, declarações de última vontade para depois verificar ou não sua validade geral. É necessária a compreensão das bases para a concretização e efetivação do caso concreto.

Para Ehrlich, citado por Robles (1982, p. 36):

Com a investigação do Direito vivo evidentemente os métodos histórico e etnológico não se tornaram supérfluos, pois as leis da evolução social só podem ser conhecidas pela análise dos fatos históricos e pré-históricos (etnológicos)... são imprescindíveis para compreender a situação jurídica atual. Não aprenderemos a compreender o passado de outra forma que através do presente, mas o caminho para o presente passa pela compreensão da sociedade.

Por isso é preciso deslocar a idéia de uma ciência rigorosa e objetiva e estabelecer “o caráter imaginário das verdades”, para que possamos compreender que por meio do gênero científico nunca se poderá efetivar a



crítica à sociedade e reconhecer o homem com seus anseios. A metodologia de investigação deve ser infinita para que o papel da ciência seja a busca de tarefas grandes e frutíferas e não tarefas fáceis e agradáveis que não consigam encontrar o “Direito vivo”.

### **Hans Kelsen e a crítica à concepção de Direito vivo de Eugen Ehrlich**

---

Se para Eugen Ehrlich a verdadeira ciência do Direito é a Sociologia do Direito, para Hans Kelsen é a jurisprudência normativa. Segundo Ehrlich o conceito de Direito não pode ficar delimitado a uma ciência de cunho normativo, mas para Kelsen isso é perfeitamente possível.

E é nesse sentido que este elabora a sua crítica, ou seja, segundo Kelsen a proposta metodológica de Ehrlich é equivocada, posto que para fazer uma Sociologia do Direito é preciso estabelecer um critério definidor do jurídico com respeito às demais normas e regras que regem e disciplinam a atuação humana. Este critério não pode proporcionar a Sociologia do Direito, pois esta é uma ciência de fatos e fenômenos sociais e não manifesta os diversos tipos de normas da vida real dos homens (apud Robles, 1982).

A Sociologia do Direito pressupõe o conceito de Direito porque trabalha com fenômenos e fatos sociais, no entanto numa perspectiva kelseniana tudo isso está na chamada jurisprudência prática e é esta que define a realidade jurídica. O Direito pode, isto sim, ser objeto de estudo da Sociologia do Direito, mas não de definição da mesma.

A ciência do Direito é precisamente uma ciência de caráter formal, normativa. O Direito não é fato, é sim um conjunto de normas e proposições jurídicas que se expressam num dever-ser (Robles, 1982).

Então, para Hans Kelsen:

El derecho es forma; es la forma en que la vida social se manifiesta; por consiguiente, una ciencia del derecho ha de estudiar las formas y despreocuparse de la realidad social y económica que dan contenido a aquéllas. El hacer de la ciencia jurídica una ciencia de realidad y contenido, sin posibilidad, por tanto, de separar los dos ámbitos del sein y del sollen, conduce, como sucede en Ehrlich, a la identificación de esta ciencia con la sociología y, en definitiva, a la identidad del derecho y sociedad (apud Robles, 1982, p. 33).

Pelo exposto é possível vislumbrar que a construção metodológica de Kelsen trabalha numa perspectiva de não admissibilidade de uma Sociologia do Direito autônoma. Isso decorre da impossibilidade da demonstração/percepção de uma ordem jurídica diversa de uma ordem social geral.

Assim, se por um lado Eugen Ehrlich ataca a chamada jurisprudência prática dizendo que esta se constitui num conhecimento abstrato dedutivo que se afasta da realidade e que, por isso, é uma falsa ciência, de outro Hans Kelsen dirá que o fato de não explicar a realidade não impede esta de ser uma ciência, ou seja, a sua característica principal é trabalhar com aspectos formais e lógicos.

No entendimento de Ehrlich, a ciência do Direito se manifesta como o estudo de uma irrealidade, posto que naturalmente a essência da norma manifesta-se no âmbito ontológico<sup>2</sup> do dever-ser.

<sup>2</sup> Ontologia, que Aristóteles chamou “filosofia primeira” e que, depois, passou a se chamar metafísica,” parece ter dois temas de estudo. Um é, como Aristóteles o chamou, “o ser como ser” ou “o ente enquanto ente”. Aqui quer significar que a ontologia emprega “método demonstrativo” (isto é, o racional, dedutivo). Ver em Mora, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 527.

Para Kelsen o erro de Ehrlich é o de não ter separado a Sociologia e a ciência do Direito, e não haver também sustentado que as duas têm por missão o estudo das regras do dever-ser, pois ambas trabalham com o comportamento humano.

Segundo Robles (1982), para Hans Kelsen o conceito de Direito vivo defendido por Eugen Ehrlich não é uma categoria jurídica. Faz, todavia, referência a um objeto de estudo interessante do ponto de vista de uma ciência explicativa – causal da sociedade. Não podemos, entretanto, aceitar que tal concepção/categoria se restrinja somente ao estudo da realidade dos fatos sem nos preocuparmos com as condutas exigíveis juridicamente.

## CONCLUSÃO

---

A polêmica descrita suscita numerosas questões que ainda estão por ser resolvidas. Nesse sentido, normativismo e sociologismo são posturas imprescindíveis no âmbito da chamada ciência do Direito, embora sejam aqui tratadas como categorias que se situam em níveis diferentes. Para Ehrlich, há um “Direito vivo” criado, aplicado e transformado pelo povo. Ele depende da vontade do Estado, nem da ameaça de punição/prescrição por parte das autoridades estatais. Ele depende do reconhecimento social de certas normas. Esse reconhecimento se realiza por meio da pressão que exerce a comunidade sobre o indivíduo. É a ação social que permite o nascimento, a transformação e a força de exigência do Direito. Para ele ao jurista não cabe apenas ficar restrito aos códigos, às leis, enfim, à legislação. O material de trabalho do jurista não está nos documentos legais, mas nas relações jurídicas propriamente ditas, nos documentos jurídicos, no Direito como ele é, como ele se dá. Assim, o “Direito vivo”, é um Direito independente do Direito legislado, é aquele que apesar de fixado em prescrições jurídicas, domina a vida.

Hans Kelsen, partidário do positivismo jurídico, diverge da teoria de Eugen Ehrlich principalmente por considerar que a tarefa da ciência jurídica é explicar como funciona o ordenamento jurídico. Tal posicionamento decorre da necessidade que têm os juristas de estudar as normas em vigor sem a interferência de outras disciplinas, como a Sociologia, a História, a Ciência Política, a Psicologia, etc. Essas disciplinas, segundo nosso autor, são úteis para entender e avaliar o Direito Positivo, mas não devem interferir no seu estudo. O Direito é coação. As normas jurídicas são obrigatórias e aplicam-se mesmo contra a vontade dos destinatários e por meio da força física. O Direito vigora em determinado território porque consegue ser politicamente imposto e reconhecido pela maioria da população. Nesse sentido, Ehrlich afirma e defende como verdadeira a teoria científica do Direito, ou seja, aquela que parte de uma análise sociológica do fenômeno jurídico, contrapondo-se, assim, a Hans Kelsen, para quem a ciência jurídica deve se preocupar tão-somente com o dever-ser jurídico, independente de elementos que lhe são alheios. Cabe à ciência jurídica moderna buscar o ponto de equilíbrio entre o positivismo de visível influência kelseniana e o Direito encarado sob uma perspectiva sociológica defendida por Eugen Ehrlich.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Teoria e prática do Direito Alternativo*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Ed. UNB, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1998.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- KIRCHMANN, H. J. Von. *La Jurisprudencia no es ciencia*. Tradução e prefácio de A. Truyol. 2.ed. Madri : Instituto de Estudos Políticos, 1961.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LA TORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 1978.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do Direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001.
- MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROBLES, Gregório. *Epistemología y Derecho*. Madrid: Ed. Cionet Piramide, 1982.
- SPAREMBERGER, Raquel F. L. A ciência do Direito: uma breve abordagem. In. *Revista Direito em debate*, n.14, jul./dez., 1999.
- WARAT, Luiz Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

