

MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001¹.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Eugen Ehrlich nasceu na Áustria em 1862. É um dos expoentes da Escola do Direito Livre que, surgida na Alemanha por volta de 1906, opunha-se ao exegetismo, com duras críticas ao formalismo jurídico. Em sua principal obra, *Fundamentos da Sociologia do Direito* (1913), Ehrlich traça os aspectos fundamentais de sua teoria que, opondo-se ao positivismo jurídico defendido por Hans Kelsen, preconiza a existência de um Direito oriundo das associações humanas, sendo, portanto, independente do Direito legislado.

Para Ehrlich, todo fenômeno jurídico deve ser visto e compreendido como um fenômeno social, pois nasce a partir daquilo que denomina como “ordem interna das organizações sociais”, responsável pela criação

¹ Resenha elaborada como resultado parcial do projeto de pesquisa “*A Investigação do Direito Vivo de Eugen Ehrlich: uma análise a partir das sentenças dos tribunais de primeiro grau*”, orientado pela professora doutora Raquel Fabiana Lopes Sparembeger.

de normas jurídicas e não de prescrições jurídicas. É oportuno destacar a distinção entre os dois institutos: as normas jurídicas, na concepção ehrlichiana, são determinações jurídicas transformadas em ações, independentemente de disposição legal e que, por isso, diferem das prescrições jurídicas, que são determinações jurídicas emanadas do Estado, redigidas em uma lei ou código (Direito legislado). Somente as prescrições jurídicas que se efetivam transformam-se em normas jurídicas. As associações sociais² criam suas próprias normas, que são internas e autônomas, prevalecendo, assim, sobre o Direito legislado, uma vez que existem mais normas que prescrições jurídicas. Ehrlich também identifica uma terceira categoria de normas, que são as normas de decisão que atuam em casos de relações conflituosas e que, no Direito, têm função secundária.

Dessa forma Ehrlich vê como a verdadeira teoria científica do Direito aquela que parte de uma análise sociológica do fenômeno jurídico, contrapondo-se, assim, a Kelsen, para quem a ciência jurídica deve preocupar-se tão-somente com o dever-ser jurídico, independentemente de elementos (sociológicos, psicológicos...) que lhe são alheios. Cabe à ciência jurídica moderna buscar o ponto de equilíbrio entre o positivismo kelseniano e o Direito encarado sob uma perspectiva sociológica.

A teoria de Ehrlich é desenvolvida com base no historicismo, ou seja, o fenômeno jurídico é encarado como um fenômeno empírico que se desenvolve através do tempo, da História. Cabe ressaltar que Ehrlich encontra-se inserido na perspectiva do historicismo relativista (surgido na Alemanha no final do século XIX), haja vista que sua obra está marcada pela análise sociológica do objeto estudado e, dessa forma, seu ponto de

² “(...) é importante ter presente que Ehrlich concebe a sociedade não como um agrupamento de indivíduos isolados, e sim, como um agrupamento de associações. Essas associações são o Estado, a família, a cooperativa, as comunidades, etc.” (Maliska, 2001, p. 45-46).

vista histórico não nos é apresentado de forma absoluta, mas relativa, de vez que nela estão implícitos juízos de fato e de valor, por que o “historiador verdadeiro não é neutro” (Lowy apud Maliska, 2001, p. 30).

Na teoria de Ehrlich, Estado e Direito estão situados em esferas distintas, uma vez que o Direito existe independentemente do Estado, pois o antecede. Segundo ele, o Estado é um órgão da sociedade, uma associação social criada para impor sua ordem sobre as associações menores que lhe pertencem por meio da coerção. Ehrlich também nos remete à tese marxista do aparelho coercitivo do Estado, em que o mesmo funciona como fator de intimidação diante da possibilidade de insurgência dos desprivilegiados na relação capital x trabalho frente à opressão que sofrem pelos detentores do capital. Nesse sentido Ehrlich critica o Direito Penal que, segundo ele, funciona como uma forma de punição àqueles que estão excluídos da sociedade capitalista em virtude de sua inferioridade econômica, cultural ou moral.

Para Ehrlich, o Direito independe da coercitividade estatal, pois as normas jurídicas criadas no interior de cada associação social são cumpridas pelo simples fato de que o indivíduo, mediante um processo socioeducativo que começa a partir do seu nascimento, cumpre estas normas porque conhece os benefícios que obterá com sua atitude positiva, bem como as desvantagens que terá em caso de desobediência: as próprias relações sociais obrigam o homem a seguir determinadas normas que “não coagem o homem, mas o educam” (apud Maliska, 2001, p. 40). A coerção, assim, sob o enfoque ehrlichiano, não se verifica somente por intermédio da sanção estatal, uma vez que a moral, a religião, os bons costumes, enfim, a própria sociedade, impõem aos seus membros que determinadas normas sejam cumpridas.

Dessa forma a distinção clássica entre Direito (heterônomo, imposto de “fora para dentro”) e Moral (autônoma, desenvolvida internamente, em nível de consciência) só cabe quando se compreende o Direito como

mero conjunto de ordens emanadas do Estado mediante coerção. Para Ehrlich, as normas jurídicas são ao mesmo tempo autônomas e heterônomas, pois provêm da sociedade e repousam na mentalidade dos indivíduos que a compõem (p. 47).

O Direito, destarte, é concebido como algo mais amplo do que um conjunto de prescrições jurídicas. Ehrlich exemplifica isso utilizando-se da prova histórica, em que, a partir da evolução da sociedade, surgem novas relações jurídicas e, por conseqüência, uma série de normas que, para serem cumpridas, não necessitam de regulamentação estatal. São exemplos disso, na atualidade, as questões da clonagem humana, dos alimentos geneticamente modificados, das uniões homossexuais, etc: existem de fato, porém, salvo raras exceções, não são contempladas pelo Estado por meio de leis que as regulamentem, ou seja, não fazem parte do Direito legislado.

No que concerne à dicotomia ordem social/ordem jurídica, Ehrlich defende a existência de um Direito Social, ao contrário da concepção liberal de Estado, assentado na dicotomia público/privado, em que o Direito Público regula as relações do Estado (poder, política, etc.), enquanto que o Direito Privado regula as relações da sociedade civil, como a economia, sendo também denominado por alguns autores de Direito Individual. Ehrlich critica a existência de um direito individual (ou privado), pois não se pode desvincular um indivíduo do seu contexto social. Dessa forma, até mesmo os direitos individuais de cada cidadão são também direitos sociais, pois a sociedade regula a forma como o indivíduo irá usufruir seus direitos individuais (função social da propriedade, dos contratos, por exemplo).

Em se tratando de fontes do Direito, uma teoria acerca destas, para Ehrlich, deve explicar a força que impulsiona a origem e o desenvolvimento das instituições jurídicas (Estado, Igreja, família, propriedade, contrato, etc) que são as fontes do Direito por excelência, e não se ater somente em explicar a forma pela qual as prescrições jurídicas são estabelecidas.

A Justiça, segundo Ehrlich, é o centro informador de toda a sociedade e, conseqüentemente, do Direito. Assim, a solução dos litígios que porventura surjam no interior de uma associação humana com base no Direito legislado não passa, para ele, de uma ilusão, um silogismo, pois princípios como a boa-fé, as regras de convivência, os bons costumes, etc, também servem de orientação ao juiz nas tomadas de decisão justas. Assim, o preceito jurídico serve apenas de orientação ao juiz, que somente chegará a uma norma de decisão concreta quando aliá-lo aos fatos do Direito. Logo, quanto mais genérico for o preceito, mais liberdade terá o juiz e, conseqüentemente, mais justa será a sentença.

Transpondo isso para a perspectiva histórica, verifica-se que a maioria dos preceitos jurídicos surgiu a partir de normas de decisão: o concreto precede o abstrato. Nessa perspectiva Ehrlich nos remete ao Direito Inglês, arquitetado pelos juristas a partir dos fatos concretos, vivenciados na sociedade, e não simplesmente “importado” de outro sistema, como o Direito Romano, por exemplo. É isso que confere à ordem jurídica uma força normativa (Konrad Hesse) verificada a partir da relação íntima da norma com a realidade para a qual se dirige.

Destarte a Sociologia Jurídica deve espelhar um Direito que representa a realidade concreta de sua sociedade. Os fatos do Direito, segundo Ehrlich, não podem passar despercebidos pela teoria científica do Direito.

Assim, para a efetivação do Direito proposto por Ehrlich, o jurista não deve se ater somente à legislação, mas também procurar o Direito praticado no cotidiano, mediante análise empírica da realidade, o que o conduzirá à investigação do “Direito Vivo”, que domina as relações na sociedade sem precisar se valer de prescrições jurídicas para isso. O Direito Vivo não se contrapõe ao Direito legislado, mas o complementa, o informa, pois a compreensão do fenômeno jurídico vai além da exegese do que está disposto na lei. O Direito, antes de um conjunto de prescrições jurídicas, é um fenômeno social e, como tal, deve ser buscado no interior da sociedade.

