

---

## O DEBATE HANS KELSEN X EUGEN EHRLICH: A FORMAÇÃO DE DUAS DISCIPLINAS

### *THE DEBATE HANS KELSEN VS EUGEN EHRLICH: THE FORMATION OF TWO DISCIPLINES*

**ALBERTO FEBBRAJO**

Professor Titular Aposentado de Sociologia do Direito na Universidade de Estudos de Macerata – Itália. E-mail: [alberto.febbrajo@unimc.it](mailto:alberto.febbrajo@unimc.it)

**FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA**

Professor de Sociologia do Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (PPGDPE). E-mails: [fernando.lima@mackenzie.br](mailto:fernando.lima@mackenzie.br) e [frslima@pucsp.br](mailto:frslima@pucsp.br).

#### RESUMO

**Objetivo:** o texto desenvolve-se com o objetivo de reconstruir os argumentos que fizeram parte do debate histórico que se deu entre Hans Kelsen x Eugen Ehrlich, do qual a dogmática jurídica e a sociologia do direito saíram com suas bases epistemológicas fortalecidas.

**Metodologia:** A metodologia utilizada tem caráter bibliográfico e valeu-se primariamente de fontes diretas e o método aplicado dedicou-se propriamente a uma comparação dos pressupostos apresentados pelos dois autores em comento. Ademais, as fontes indiretas foram utilizadas secundariamente como forma de confirmação da interpretação dos escritos analisados.



---

**Resultados e Contribuições:** Tal trabalho tem como resultado a demarcação do campo teórico da sociologia do direito dos juristas como fator que justifica a contribuição da presente pesquisa em razão de uma lacuna teórica, além do apelo didático de tal comparação reforçar a sua justificativa.

**Palavras-Chave:** Dogmática Jurídica; Sociologia do Direito; Ciência do Direito

## ABSTRACT

**Objective:** *the text is developed with the objective of reconstructing the arguments that were part of the historical debate that took place between Hans Kelsen x Eugen Ehrlich, from which legal dogmatics and sociology of law emerged with their epistemological bases strengthened.*

**Methodology:** *the methodology used has a bibliographic character and was primarily based on direct sources and the method applied was precisely dedicated to a comparison of the assumptions presented by the two authors in question. Furthermore, the indirect sources were used secondarily as a way of confirming the interpretation of the analyzed writings.*

**Results and Contributions:** *this work results in the demarcation of the theoretical field of the sociology of jurists' law as a factor that justifies the contribution of the present research due to a theoretical gap, in addition to the didactic appeal of such a comparison to reinforce its justification.*

**Keywords:** *Legal Dogmatics; Sociology of Law; Science of Law*

## 1 INTRODUÇÃO

O conceito de direito adotado pela dogmática jurídica como matéria prima de estudo é aquele que possui o direito como uma estrutura dotada de um aparato sancionador, capaz de prever procedimentos de reação à eventuais ilícitos com a intenção de manter uma razoável coesão social. Esse também é resultado da influência direta do livro "Teoria Pura do Direito" de Hans Kelsen, onde o autor pretende criar uma ciência do direito positivo e, assim, o fez com muita mestria.

O tema aqui apresentado, Kelsen x Ehrlich, representa a possibilidade de confrontar os argumentos que levaram a formação de duas formas de ciência do direito. O debate acadêmico ora estudado auxiliou na formação da dogmática jurídica



---

e da sociologia do direito. De um lado, Kelsen aperfeiçoa a sua lendária Teoria Pura do Direito a partir da discussão travada com Ehrlich; do outro lado, o nosso herói torna público as suas ideias e, ao mesmo tempo, o pensamento sociojurídico ganha força entre os juristas.

Nesse sentido, o estudo da controvérsia Kelsen x Ehrlich retrata um duelo histórico de ideais que marcou o pensamento jurídico. Hans Kelsen propunha uma ciência do direito positivo, na qual o estudo fosse realizado livre de influências externas. Por sua vez, Eugen Ehrlich preocupou-se com um modelo de ciência que observasse o direito a partir das suas relações sociais. Neste sentido, o objeto de estudo da novel ciência do direito seria os fatos do direito que seriam responsáveis por influenciar o direito positivo e, no sentido inverso, demonstrariam os efeitos do direito na sociedade.

O texto procurará tratar o tema de forma didática, preocupando-se em auxiliar alunas e alunos da pós-graduação para um primeiro olhar sobre o debate e, por fim, despertar a preocupação com a compreensão das similitudes e diferenças da ciência do direito dogmática com a ciência sociojurídica. O texto, dessa forma, é pensado para iniciantes e não para iniciados. Por fim, agradecimentos à graduanda e pesquisadora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Samantha Gabrielli Benedetti, pela leitura e sugestões de melhoria.

## **2 DOIS MODELOS DE CIÊNCIA DO DIREITO**

O ensino jurídico foi muito influenciado pelo pensamento de Hans Kelsen. A dogmática jurídica desenvolveu-se, a partir dos pressupostos kelsenianos, como uma ciência do direito positivo, como uma forma de estudo livre de influências externas. Kelsen ficou para história como um dos principais pais do pensamento juspositivista e entre nós, no Brasil, as suas ideias foram marcantes para influenciar a forma do estudo jurídico, sobretudo nos anos 70.



---

Cada um dos autores, ora apresentados, representa uma forma específica de estudo do direito, tratando-se, portanto, de dois modelos da ciência do direito. Essa comparação entre os pensamentos justifica-se ao menos por dois motivos: o primeiro motivo é por razões didáticas, uma vez que ao se estudar o pensamento contrário à sociologia do direito, estar-se-ia identificando com clareza as principais características do modelo de ciência representado pela sociologia do direito. O segundo motivo, por sua vez, dá-se por razões históricas, já que o debate entre os autores citados ocorreu efetivamente, sendo fundamental para o aperfeiçoamento da sociologia Jurídica e da dogmática jurídica.

Nesse sentido, a Teoria Pura do Direito ajudou a forjar uma ciência do direito capaz de estudar o direito positivo livre de influências externas. Esse ideário resultou numa proposta conservadora de estudos dogmáticos, criando uma ciência do direito positivo. Esse modelo concentra o seu estudo no “dever-ser” que é materializado nas prescrições de condutas constantes no direito positivo. Nesta linha, o modelo de ciência kelseniano identifica a imputação jurídica como consequência da violação do direito positivo por atos sociais.

### 3 QUEM FOI EUGEN EHRLICH?

Eugen Ehrlich foi professor de direito civil na região de Bukovina, antigo Império Austro-Húngaro, e é considerado um dos pais fundadores da sociologia do direito pensada por juristas. Ele percebeu que o Código Civil austríaco possuía pouca eficácia social na sua região, sendo pouca a sua aplicação na vida fática em algumas comunidades de imigrantes e mesmo no Judiciário alguns artigos do citado código simplesmente não eram aplicados.

Essa falta de força vinculante do Código Civil, seja entre os imigrantes, seja entre os juízes, é identificada como um choque entre culturas cuja consequência é a utilização de outros valores sociais frente aos positivados pelo Estado. A partir daí, Eugen Ehrlich preocupa-se em criar uma forma de estudo do direito que abrangesse



---

os fatos do direito, melhor dizendo, as relações sociais que influenciam e são influenciadas pelo Direito.

Como dito, Ehrlich, morador da região de Bukovina no interior do império Austro-Húngaro, foi um professor de direito civil que percebeu a ineficácia social do Código Civil austríaco. Isso porque, a eficácia social é diferente de eficácia legal/jurídica. Enquanto a primeira é a implementação da lei na sociedade, ou seja, aplicação da lei na vida das pessoas, a eficácia legal diz respeito à vigência da lei. Seu início de força jurídica, todavia, não significava automaticamente eficácia social. Ao mesmo tempo, ambas as ideias são formas diversas e complementares de analisar a eficácia.

Ehrlich critica duramente a formação do bacharel em direito ao apontar uma deficiência em reflexão teórica, oriunda de pouca dedicação à teoria durante seu bacharelado. Isso porque, para ele, ao contrário dos engenheiros e médicos, o jurista estuda pouco durante a faculdade, mormente porque se preocupa mais com uma precoce inclusão no mercado de trabalho em detrimento da sua formação acadêmica.

A partir da sua crítica ao ensino e da constatação da ineficácia social do código civil austríaco, o autor propõe um novo modelo de ciência do direito. Sua ciência do direito foi chamada de sociologia do direito. Trata-se de uma preocupação epistemológica, pensada propriamente como metodologia de estudo científico. Segundo Ehrlich, a sua ciência do direito estudaria os fatos do direito: as causas e os efeitos sociais do direito. Estudar-se-ia as origens sociais do direito positivo e os efeitos da sua aplicação na sociedade

Esse autor possui um olhar para a eficácia social. Preocupa-se com a força social do direito sobre as pessoas. Em última análise, identifica qual o efeito moral das normas jurídicas sob aquelas pessoas, ou seja, se obrigam ou não moralmente. Para ele, as relações do direito são muito mais amplas do que as postas pelo direito positivo e reduzir tais relações aos códigos é de uma monstruosidade gigante. Dessa maneira, o direito nasce e se altera das relações sociais. Enquanto isso, o direito positivo



---

influencia e, ao mesmo tempo, é influenciado na sua formação por esse fenômeno. Por isso mesmo, não pode ser estudado longe das suas bases sociais.

#### **4 A TEORIA PURA DO DIREITO**

A proposta da clássica obra "Teoria Pura do Direito" é justamente a criação de uma ciência que estude o direito livre de influências externas, adotando-se expressamente a expressão "ciência do direito positivo". Com efeito, escolhe e define o seu objeto exclusivo de estudo nas normas postas, considerando que os fatores externos (moral, valores, sociedade) deveriam ser preocupações da política e não do jurista.

Ontologicamente, a Teoria Pura adota o dever-ser como preocupação descritiva da sua teoria. O cientista positivista preocupa-se em descrever as prescrições de conduta inseridas no direito positivo e, conseqüentemente, afastar-se da necessidade do estudo do mundo real, do ser, uma vez que não caberia à ciência do direito tal análise.

Outro conceito fundamental na obra de Kelsen é o da imputação jurídica, cujo conceito mais direto leva à ideia de "consequência jurídica à prática de um ilícito". O direito reage às suas violações sociais imputando a alguém uma sanção.

#### **5 UM CONFRONTO DE ARGUMENTOS**

Hans Kelsen propõe o estudo exclusivamente do dever-ser. Uma ciência do direito que se preocupa exclusivamente com as prescrições de conduta inseridas no direito positivo. A dogmática jurídica, por muitos anos, resumiu-se na descrição do conteúdo do direito posto. Além disso, para o autor, outro conceito fundamental é a ideia de imputação jurídica como a reação do direito às condutas sociais em desacordo com o dever-ser.



---

Por outro lado, Eugen Ehrlich, a partir da sua experiência com a comunidade de imigrantes, identificou um elevado choque entre a cultura dos povos imigrantes e o Estado, o que resultou na constatação de que existiriam outras fontes do direito além das postas pelo Estado. Esse pensamento resultará na ideia de um tipo pluralismo jurídico, constatando que o direito também é produzido a partir das relações sociais. De fato, o pluralismo jurídico é o oposto do monismo jurídico, defendido por Kelsen no qual se credita ao Estado legitimidade exclusiva para produção do direito vinculante. Este, no entanto, sendo analisado a partir das relações sociais gerou a ideia de Ehrlich sobre a existência de um direito vivo, cujo significado gira em torno de um direito criado a partir das relações sociais que as pessoas se sentiriam naturalmente vinculadas a ele. O direito vivo vincularia a partir da sua origem social.

Em 1913, veio a lume a primeira publicação de Eugen Ehrlich chamada "Fundamentos da Sociologia do Direito", obra que foi considerada posteriormente como marco da sociologia jurídica dos juristas. Logo na sequência da sua publicação, Kelsen escreveu um artigo criticando as bases epistemológicas da nova ciência do direito proposta por Ehrlich. Um duelo intelectual é travado e duas novas disciplinas são aperfeiçoadas a partir dessa discussão.

Ehrlich, morador na região de Bukovina, percebeu em seus estudos o choque entre a cultura dos povos imigrantes e as normas positivadas pelo Estado, levando-o à constatação da existência de outras fontes do Direito, além daquelas positivadas. Essa constatação é a base empírica do seu pluralismo jurídico e, além disso, ele também constata a existência de um direito vivo que vincula com mais força do que o próprio direito positivo, já que é fruto de relações sociais e as pessoas se sentem obrigadas a cumprir aquele direito.

Bukovina recebia várias comunidades de imigrantes que carregavam consigo as suas respectivas culturas jurídicas. Tais culturas produziam relações sociais mais vinculantes que o próprio direito positivo. A ineficácia social das leis era resultado de um choque cultural entre as relações sociais daqueles imigrantes com o direito austríaco. Ehrlich percebeu a existência de outras fontes do direito além das estatais.



---

Kelsen, em sua crítica a Ehrlich, parte das posições de uma doutrina pura do direito, segundo a qual, em relação ao mundo das normas e dos fatos, é fundamental evitar qualquer possível ambiguidade e levar em conta que, na ausência de uma qualificação normativa, não se pode individualizar os fatos que seriam relevantes estudar para compreender a norma somente do ponto de vista sociológico.

As principais divergências teóricas entre Kelsen e Ehrlich dizem respeito à delimitação do conceito de direito, à definição de uma teoria das fontes (e dos fatos do direito), aos argumentos que sustentam abordagens declaradamente antiestatais e às ambições cognitivas da nova disciplina sociológico-jurídica da qual Ehrlich pretende estabelecer os fundamentos.

A primeira crítica de Kelsen refere-se à inconsistência do critério proposto por Ehrlich para separar o direito dos outros conjuntos de regras do agir. Para Ehrlich, o direito é um conjunto de regras nas quais as funções consistem em estabelecer as tarefas específicas e a posição relativa de cada membro do grupo (a sua subordenação ou subordinação). Ao cumprir essas funções, ele se depara com conjuntos de normas não jurídicas, equivalentes em número, como as normas da moral, dos costumes, da honra, da convivência, da descrição, da etiqueta, da moda.

Nesse conjunto restrito de normas, o direito não viria a distinguir-se pela origem existente, em cada caso, na estrutura normativa dos grupos sociais nem pelos conteúdos (a proposição “honre o pai e a mãe” pode ser considerada um preceito do direito, da moral, do costume, da justiça, da conveniência, da etiqueta e da moda).

Para Ehrlich, o direito caracteriza-se por recorrer à diferente intensidade de sentimentos que tais normas despertam e às diversas emoções na reação quando são transgredidas. Portanto, distingue o sentimento de revolta, que se segue à violação do direito, da indignação provocada pela inobservância de uma lei moral, do ressentimento suscitado por um comportamento injusto, da desaprovação por um ato inconveniente, da zombaria e do sorriso de deboche que seguem as infrações das regras de etiqueta e do desdenho crítico que os campeões da moda reservam a quem não esteja ao seu nível.





---

Segundo Kelsen, tal definição, em termos psicológicos, seria baseada em elementos objetivamente evasivos e constituiria “o vértice da curiosidade entre as não poucas tentativas de determinar a essência do direito”. Para ressaltar a inconsistência do critério proposto, observa: bastaria desafiar Ehrlich a apontar concretamente qual o sentimento de revolta que segue à violação do direito, se ele se distingue dos sentimentos de indignação, de ressentimento, de desaprovação com os quais reage à violação das outras normas sociais.

A essa crítica, Ehrlich rebate observando que a definição por ele proposta não é definitiva, ao contrário, pode ser ainda mais refinada, e não é de todo isolada, colocando-se na esteira do modelo definidor da “teoria do reconhecimento” (*Anerkennungstheorie*). Desse modo, Kelsen, limitando-se a criticar os elementos psicológicos presentes na definição que contesta, que por si só poderiam reentrar em um diferente e mais flexível modelo de cientificidade em relação àquele que propôs, limitar-se-ia a adotar critérios excessivamente restritivos, sobretudo quando comparados com aqueles que costumam ser utilizados pelas ciências humanas.

A segunda crítica de Kelsen refere-se à distinção que Ehrlich faz entre “proposições jurídicas” (*Rechtssatze*) e “normas jurídicas” (*Rechtsnormen*). De acordo com essa distinção, a proposição jurídica é “a formulação contingente, geralmente obrigatória, de uma prescrição jurídica contida em uma lei ou em um texto de direito”, enquanto a norma jurídica é “o comando jurídico praticamente implementado”, que pode dominar “a vida de certo grupo, eventualmente de dimensões limitadíssimas, mesmo sem proceder qualquer formulação verbal”.

Ao sair dessa distinção, o direito não parece ser composto exclusivamente de proposições jurídicas, mas, sobretudo, de normas jurídicas que, embora mutáveis, seriam relevantes para a ação concreta dos consorciados, não apenas nos estágios primitivos de desenvolvimento, como reconhece a própria ciência jurídica oficial, mas também naqueles mais avançados. Para Ehrlich, dessa forma, seria errado fazer coincidir o surgimento e o desenvolvimento do direito com o surgimento e o desenvolvimento das proposições jurídicas, uma vez que estas parecem ser produto, relativamente tardio e mais exaustivo, da atividade desenvolvida pelos juristas sobre



---

as normas individuais de decisões produzidas pelos tribunais e sobre as normas jurídicas produzidas pelos grupos sociais.

Kelsen critica essa posição, ressaltando que enfatizar a prioridade das normas jurídicas como regularidade de ações significa trocar uma relação temporal por uma relação lógica. As proposições jurídicas devem preceder as normas jurídicas de um ponto de vista lógico, uma vez que uma proposição jurídica deve ser assumida para poder atribuir relevância jurídica a um caso específico. Ehrlich, por outro lado, reitera que o direito não pode se exaurir em uma síntese de proposições jurídicas verbalmente formuladas, já que em todas as fases do seu desenvolvimento são numerosas as normas ou as regularidades de comportamento que não são formalizadas. De outro modo, as mesmas proposições jurídicas muitas vezes referem-se à normas extrajudiciais (boa-fé, usos comerciais) que as fortalecem.

É a sociedade com as suas relações de poder, suas concepções de interesse geral e seus interesses na interpretação da justiça, que ditam ao jurista o que ele deve generalizar, unificar, defender. De fato, “as forças da sociedade são forças elementares contra as quais a vontade do homem não pode prevalecer, ou ao menos não pode prevalecer no longo prazo”. A sociedade acolhe “o que se adapta” e “repele o que não se encaixa nela”. Trata-se, portanto, dos fatos do direito, e não “das proposições jurídicas sob as quais os tribunais decidem ou os órgãos administrativos procedem, que influenciam direta e decisivamente o ordenamento jurídico da sociedade”.

Em sua terceira crítica, Kelsen remete à inconsistência da articulação dos vários “fatos do direito” (relações de dominação, posse, declarações de vontade, costumes), que para Ehrlich constituem o núcleo fundamental do direito como o conhecemos. Kelsen não acredita que o costume possa fazer parte de tais fatos, uma vez que simplesmente indicaria “o caminho pelo qual certos fatos se tornam juridicamente relevantes, ou seja, tornam-se fatos do direito”.

Ehrlich rebate declarando que ele mesmo atribui ao costume um lugar próprio entre os vários fatos do direito. O costume, ao contrário do direito consuetudinário, é uma simples regularidade factual que representa a base da organização dos primeiros



---

grupos sociais. É, portanto, entre os fatos do direito, “o único originário”, e a sua importância nunca diminui por completo, pois, por meio do costume, mesmo os grupos sociais mais complexos continuam a ser organizados nas várias fases do seu desenvolvimento.

Do ponto de vista de Ehrlich, os outros fatos do direito são inter-relacionados. O domínio, baseado no excesso de ordenamento dos membros individuais do grupo, por si só é compatível com a unidade do grupo. Enquanto os domicílios normalmente obtêm, em troca de sua admiração, a proteção e as contrapartes materiais de que necessitam, numa perspectiva que pode ser contratualista. A posse, entendida como o domínio do homem sobre a coisa, é igualmente ligada ao ordenamento da vida econômica e não envolve apenas a disponibilidade de determinado bem, mas também a defesa contra eventuais distúrbios, o que assegura um nível mínimo de certeza ao tráfico de mercadorias.

Por fim, a declaração de vontade, nas formas relativamente tardias do contrato e do testamento, guarda também uma estreita relação com o ordenamento social do possuidor e com os propósitos essencialmente econômicos. Ehrlich, então, observa que os fatos do direito representam um conjunto homogêneo que assegura um vínculo estável entre o ordenamento jurídico e a ordem econômica, uma vez que “o entendimento da ordem econômica é a base para a compreensão das outras partes da ordem social e, em particular, do ordenamento jurídico da sociedade”.

Uma quarta crítica de Kelsen refere-se à clara distinção que Ehrlich estabelece entre direito e Estado. Essa distinção não é justificável, pois “o Estado é uma forma de unidade social, não apenas conteúdo”, e, em consequência, “no conceito de Estado, não apenas algumas, ou a maior parte das figuras historicamente conhecidas do Estado, mas de todos os estados possíveis e concebíveis, devem encontrar um lugar”.

Ehrlich, no entanto, considera que o Estado, em particular quando se trata de direito, é “um simples órgão da sociedade” e deve, portanto, ser descrito segundo o seu conteúdo e os propósitos que persegue. Isso significa que os vários instrumentos utilizados pelo Estado para desempenhar a função de “alavancar o desenvolvimento



---

social” têm eficácia reduzida, e “o incontrolável fato histórico de que o direito estatal está ganhando terreno” atesta não um desenvolvimento geral para a estatização de toda a sociedade, mas a crescente demanda por “uma base jurídica unificada para todos os grupos sociais independentes”. Tal base teria sido formada mesmo sem a intervenção do Estado, por meio da mera intensificação das relações entre os diversos grupos. Tal como “a arte de regular os rios consistem não em escavar um novo leito para eles, da nascente à foz, mas em direcionar sua corrente para que eles próprios criem o novo leito”, as leis entendidas como barragens estabelecidas pelo Estado “só alcançam seu objetivo quando são observadas, pelo menos pela grande maioria das pessoas, de forma espontânea”.

Uma quinta crítica de Kelsen diz respeito à postura de superioridade científica que a sociologia do direito ehrlichiana assume em relação à ciência jurídica prática. Segundo Kelsen, a abordagem de Ehrlich se baseia na ingênua convicção de que todas as ciências procedem de modo indutivo, ignorando a possibilidade de outros tipos de conhecimentos científicos baseados em um método dedutivo.

Com a sua aversão às “incorporações” abstratas da dogmática, Ehrlich pretende desconsiderar que nenhum conhecimento pode renunciar a conceitos que necessariamente devem aparecer “incorporados” aos fenômenos concretos individuais e, dessa forma, redimensionaria de modo drástico o valor científico de uma ciência jurídica que, mesmo que não se preocupe em compreender o significado dos comportamentos sociais concretos, possui uma essencial função prática no âmbito do ordenamento.

Ehrlich sustenta que uma discussão teórica do direito requer uma ciência sociológica do direito não limitada por considerações práticas, mas capaz de remeter, em conjunto, às partes isoladas do tecido social, assumindo como ponto de referência os grupos sociais e seus ordenamentos espontâneos (família, comunidade, entidades coletivas etc.).

A sociologia do direito não é, de fato, o resultado da ligação dos limites da validade dos ordenamentos jurídicos individuais. Ela pode, de outro modo, tentar coletar características comuns aos diversos ordenamentos, delineando, com a ajuda



---

dos historiadores do direito, uma “morfologia” das formações jurídicas da vida social que permita desmistificar a estreita visão do jurista prático e integrá-la do ponto de vista teórico e empírico. Isso significa que o constante progresso da sociologia não ameaçará a ciência jurídica prática, mas permitirá, como outros campos da cultura humana (por exemplo, a medicina e a engenharia), indicar sempre o melhor dos operadores ou de outro olhar indicar se o juiz e o legislador produzem resultado ou se, contrariando as leis do desenvolvimento social, “desperdiçam em vão as forças da sociedade”.

Isso leva a crítica básica à confusão entre as duas esferas do ser e do dever-ser, da normatividade e da espontaneidade do agir social, da dogmática jurídica e da sociologia. Ehrlich, segundo Kelsen, faria tal confusão ao longo de sua obra, mas de modo mais evidente no texto em que afirma que “é óbvio que uma regra do agir social é uma regra segundo a qual não apenas se age, mas também se deve agir”.

Ehrlich, por sua vez, rebate essa acusação afirmando que *Grundlegung* não pretende fornecer um aparato conceitual seguro nem estabelecer distinções definitivas ou limites intransitáveis, mas que é precisamente o contínuo processo de enriquecimento do conteúdo das normas, súbito no curso dos milênios, que faz que se tornem genéricas e abstratas. Ele observa: “Os artigos de uma lei e os textos jurídicos são como esboço de uma pintura à qual somente a experiência e a observação da riqueza da vida podem dar forma e cor.”

Além disso, “a linha de demarcação entre a doutrina das normas (*Normenlehre*) e as normas que são ensinadas (*Lebnormen*) é claramente tão tênue que deve ser negligenciada por uma realidade que de modo contínuo transforma a doutrina em normas, ocultando tal processo aos olhos daqueles que colaboram e participam dela.

Portanto, é justo perguntar: “Como é possível ensinar o que é a norma sem que o conteúdo desses ensinamentos não se torne, por sua vez, uma norma?” A resposta, para Ehrlich, poderia ser: apenas levando em conta a contínua conexão das normas com as necessidades da vida social e, portanto, interpretando não tanto as normas, mas a própria sociedade. No mesmo sentido, é possível compreender o tão



---

citado prefácio ao *Grundlegung*, segundo o qual o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não se encontra na legislação, na ciência jurídica nem na jurisprudência, mas na própria sociedade.

O debate se encerra diante de uma incompreensão recíproca e insuperável, sem perdedores nem vencedores. Afinal, a mesma história equilibrou as razões de ambos os competidores. Os motivos que, em um estágio inicial de confiança predominante na legislação, poderiam fazer com que os argumentos do normativista Kelsen fossem mais bem compreendidos, num momento posterior foram redimensionados pela progressiva abertura da cultura jurídica também nos países da Europa continental, uma sensibilidade histórica e evolutiva que, referindo-se aos processos de formação do direito próprio do direito romano, há muito se consolidou nos países de *common law*, tradicionalmente refratários a aceitar os mitos da codificação e a considerar a lei como um ponto de referência exaustivo das decisões do juiz.

O mérito de Kelsen foi ter representado as razões de uma visão centralista do direito, que há muito tempo vêm sendo considerada a mais adequada às exigências da ciência jurídica dogmática, sem negar, em princípio, a legitimidade da escolha do campo de Ehrlich, mas se limitando a apontar as suas ambiguidades e oscilações terminológicas. Além disso, o próprio modelo de direito de Kelsen apresenta-se, em uma análise mais aprofundada do seu tempo, como normativo e descritivo. É claramente “normativo” no que diz respeito ao conteúdo, na medida em que identifica a norma como seu elemento principal, mas é também “descritivo”, na medida em que se limita a apresentar o direito efetivamente percebido pela cultura jurídica dos operadores que o tratam em termos profissionais.

Na verdade, se fosse feita uma investigação empírica sobre qual termo está preferencialmente relacionado ao direito pelo juiz, pelo policial, pelo advogado, pelo carcerário (e por outros sujeitos direta ou indiretamente envolvidos na vida do ordenamento), é provável que “norma” seria, de longe, o termo mais citado. Isso não significa, porém, que mesmo uma definição da norma, que é descritiva, simplesmente por reconhecer o uso prevalecente, pode se tornar normativa em relação ao método



---

empregado, como tende a fazer Kelsen, purificando-a de toda infiltração proveniente de fora do ordenamento jurídico.

Embora se reconheça o indubitável fascínio que as duas concepções podem exercer, é evidente que, uma vez deixados de lado os pressupostos de cada uma, suas forças, como mencionado, podem com facilidade transformar-se em fraquezas. Para um sociólogo, a abordagem técnica de Kelsen não permite abordar os problemas que apontam para variáveis não jurídicas, em particular para a origem pré-jurídica das normas sociais ou seu impacto na vida real. Por outro lado, a abordagem espontânea e harmônica de Ehrlich não parece se preocupar o suficiente com os problemas relacionados aos eventuais conflitos entre os ordenamentos do direito positivo e do direito vivo.

Ambos os autores, no entanto, aceitam a distinção fundamental de dois mundos: o do dever-ser, ou das “normas”, e o do ser, ou dos “fatos”, com base em pressupostos kantianos abertamente compartilhados. Eles admitem, então, a possibilidade de que se desenvolvam duas ciências jurídicas, uma teórica e factual, e outra pragmática e normativa, limitando, em última instância, o âmbito da sua dissidência aos relatórios dessas ciências que, evidentemente, mudarão se a prioridade for a lógica, como gostaria Kelsen, ou a histórica, como defende Ehrlich.

Os dois polos da grande bipartição ser/dever-ser devem, assim, capturar duas dimensões diferentes que, na realidade dos ordenamentos jurídicos, estão destinadas a coexistir até certo ponto.

Para focar tal zona cinzenta e extensa, é necessário um instrumento metodologicamente composto, que não seja exclusivamente normativo nem exclusivamente factual, mas que abarque os dois pontos de vista. E é isso que Ehrlich, seguindo a grande lição da história, tenta fazer, ainda que com algumas imprecisões, detectadas por Kelsen, ao concentrar a sua atenção na continuidade das combinações entre norma e fato, que funde em torno do conceito de direito vivo.



---

**REFERÊNCIA**

Ehrlich, Eugen. *Die stillschweigende Willenserklärung, rist. anast.*, Berlin: Darmstadt, 1893.

Ehrlich, Eugen. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, rist. anast.*, Aalen: Scientia, 1903.

Ehrlich, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München: Duncker & Humblot, 1913.

Ehrlich, Eugen. *Recht und Leben*, Berlin: Duncker & Humblot, 1967.

Ehrlich, Eugen. Trad. it. *I fondamenti della sociologia del diritto, a cura di A. Febbrajo*, Milano: Giuffrè, 1976.

Ehrlich, Eugen e Kelsen, Hans. *Scienza giuridica e sociologia del diritto, a cura di A. Carrino*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

FEBBRAJO, Alberto. *Storia e sociologia del diritto*, in «Quaderni fiorentini», XIII, pp. 7-31, 1984

FEBBRAJO, Alberto. RISTER DE SOUSA LIMA, Fernando. Quem é o Sociólogo do Direito? In: FEBBRAJO, Alberto; RISTER DE SOUSA LIMA, Fernando; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. *Sociologia Jurídica*, Curitiba, Juruá Editora, 2022.

KELSEN, Hans. *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, Mohr, 1911.

KELSEN, Hans *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960.

KELSEN, Hans *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Aalen, Scientia, 1962.

KELSEN, Hans *La dottrina pura del diritto*. Introduzione di M.G. Losano, Torino: Einaudi, 1966.

