



## Resposta

*Reply\**

### Eugen Ehrlich (1862-1922)

Universidade de Czernowitz, Império Austro-húngaro

### Versão original:

EHRlich, Eugen. Entgegnung. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, n. 41, p. 844-849, 1916.

### 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](mailto: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](mailto: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. O texto original em alemão de Eugen Ehrlich é de domínio público e foi traduzido sem quaisquer modificações (inserções, notas ou comentários). O texto foi revisado a partir da tradução para o italiano (EHRlich, Eugen. Risposta. In: CARRINO, Agostino (Org.). Hans Kelsen / Eugen Ehrlich: scienza giuridica e sociologia del diritto. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. p. 107-113).

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



## Resposta

### Eugen Ehrlich

Neste periódico publicou Kelsen uma pormenorizada resenha, absolutamente depreciativa, do meu livro, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Não é minha intenção escrever uma contra-crítica. Considero as contra-críticas inadmissíveis em geral. A resenha, entretanto, apresenta o conteúdo de meu livro de maneira totalmente incorreta e deformada. Não creio que seja obrigado a aceitar tudo isso em silêncio. O direito de retificação dos fatos que, segundo as leis de imprensa, corresponde a quem quer que tenha sido atacado em um escrito, não pode ser negado ao autor de um livro.

Kelsen me ensina, primeiramente, que existem regras do ser e regras do dever-ser. Por “regras do ser” ele entende aquilo que é habitualmente definido como lei natural; na p. 843 cita como um exemplo de regra do ser: “O biólogo [...] busca constatar como determinadas entidades vitais sob certas condições normalmente se comportam”. E então ele me acusa (p. 843) de confundir os dois significados da palavra “regra”; e, assim de ter dito (p. 843) que toda a regra do ser é ao mesmo tempo uma regra do dever-ser, perguntando-me, finalmente (p. 843), se o direito (na minha visão) é tanto regra do ser quanto regra do dever-ser.

Esperar de alguém que confunda uma regra de dever-ser com uma lei da natureza, isto é, que não tome por fundamentalmente distintas a lei da gravidade e o regulamento a que se sujeita o signatário de uma letra de crédito, significa tomá-lo quase que por um idiota. É neste patamar que está Kelsen quando busca fazer crer que eu teria sustentado que toda regra do ser – portanto toda lei da natureza – é ao mesmo tempo uma regra do dever-ser e que, por consequência, a lei da gravidade seria uma norma social. E não tão diversamente foram postas as coisas com respeito à teoria segundo a qual o direito é em parte regra do ser (lei da natureza), em parte regra de dever-ser.

Quem faz tais afirmações a respeito de alguém precisa comprová-las. Do meu livro Kelsen cita unicamente a frase de acordo com a qual uma regra de conduta é “evidentemente, não apenas uma regra de acordo com a qual em se age, mas também se deve agir”. Isso significa, como se depreende do sentido literal dessa sentença, assim como do seu contexto, que as regras de conduta não somente determinam em geral,



mas também que devem determinar a nossa vontade. Eu não saberia dizer o que se poderia objetar contra essa afirmação. Kelsen, porém, observou ainda que isso é manifestamente incorreto: “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”. Se, então, eu “tiver pesquisado”, com “uma consideração causal-explicativa”, que a maior parte dos signatários pagam as letras de crédito em virtude do regulamento a que se sujeitam, com isto, fica estabelecido também, segundo Kelsen, que este regulamento não proporciona nenhuma regra de dever-ser: efetivamente “esta regra” etc.. Aí está uma prova da lógica própria a Kelsen.

Mas, de qualquer modo, esteja a frase citada por Kelsen correta ou incorreta, em todo caso isso não significa que a prescrição “não roubarás” - uma típica regra de conduta - seja uma regra do *ser*, uma lei natural no sentido de lei da física ou da biologia. Declaro que, em meu livro inteiro, tratei o direito sempre como regra de dever-ser e nunca como lei da natureza, como “regra do *ser*”, e que nele não se encontra uma só palavra que justifique a afirmação de Kelsen. E agora peço a Kelsen, com toda a seriedade, segundo a regra as da correção literária, que explique onde encontrou tal teoria em meu trabalho.

Posto que em meu livro, frequentemente, desbravei um novo território, tive que criar, em parte, uma terminologia científica específica. Está aí abrangida a distinção entre norma jurídica e preceito jurídico. Não que ela seja totalmente nova: ela encerra em si a distinção de Binding entre lei penal e norma penal. O preceito jurídico, como explicado em uma passagem citada por Kelsen, é “a formulação contingente, geralmente vinculante, de uma prescrição jurídica contida em uma lei ou em um texto de direito”. O preceito jurídico é sempre, portanto, uma obra do legislador ou do jurista que redigiu o código. Os preceitos jurídicos, em consequência, não somente formam o conteúdo do código civil ou do código penal, mas também dos *libris iuris civilis* de Sêrvio, do Digesto, da *Lex Salica*, do código saxão (ainda que estes últimos contenham apenas direito dos juristas). Igualmente, tendo em conta que notoriamente o direito comum era direito dos juristas, são preceitos jurídicos também as sentenças dos Glosadores e a doutrina - reconhecida como preceitos jurídicos - de Styrkins e Struvius, bem como de Windscheid e Dernburg. A minha definição conceitual de preceito jurídico é imprecisa somente à medida que há também uma tradição oral de preceitos jurídicos, sobretudo nos provérbios de direito, assim como na prática jurisdicional dos juízes. Os



escandinavos estabeleceram inclusive um ofício próprio para a versão oral dos preceitos jurídicos emanados das sentenças judiciais publicadas. Sou grato a Kelsen por ter chamado a minha atenção para esta imprecisão que, todavia, não possui especial relevância.

A respeito dos preceitos jurídicos ofereço, além disso, outra definição, igualmente citada por Kelsen: a regra jurídica estável, expressa em palavras que, emanando de uma força superior ao indivíduo singular, lhe é imposta externamente. Em vez de “força”, teria sido melhor dizer “autoridade”; não obstante, minha intenção era evitar o estrangeirismo. Kelsen observa a esse respeito: “ele se refere, evidentemente, à norma jurídica heterogênea (no sentido do dever-ser)”. Permita-me afirmar, não quis dizer norma de direito heterogênea, mas exatamente aquilo que eu disse. Não posso senão rechaçar decididamente esta segunda tentativa de me fazer dizer algo distinto daquilo que, com clareza, havia dito. Esta definição conceitual, quanto a seu conteúdo, tem o mesmo significado da anterior: limita-se simplesmente a evitar a imprecisão no que diz respeito ao preceito jurídico oral e havia sido compreendida corretamente, até a aparição de Kelsen, por toda a crítica. Kelsen faz referência a Gierke; não vejo, porém, onde Gierke tenha definido o preceito jurídico de forma distinta à minha. Segundo Kelsen, diz Gierke: “Os preceitos jurídicos, porém, são normas [eu digo ‘regras’, mas uma regra jurídica contém sempre uma norma jurídica], que segundo a convicção declarada de uma comunidade [eu digo ‘emanada de um poder superior ao indivíduo singular’, o que é o mesmo], devem determinar externamente a livre vontade humana [eu digo, ‘o indivíduo’] de maneira incondicionada [eu digo, ‘que lhe é imposta externamente]”. Gierke estabelece um conceito de preceito jurídico exatamente no mesmo sentido da minha definição, se bem que com distintas palavras, é verdade; se Kelsen compreendeu Gierke, poderia também ter me compreendido.

Os preceitos jurídicos, entretanto, não esgotam em nenhuma época a totalidade do direito vivo de uma comunidade. A *Lex Salica Francorum* até podia conter todos, ou quase todos, os preceitos jurídicos que os francos sális haviam produzido em seu tempo, ao menos no que se refere ao direito privado; preceitos jurídicos que, utilizando as palavras de Gierke, deveriam determinar a livre vontade humana segundo a convicção *declarada* da comunidade dos francos sális. Porém, um passar de olhos na história jurídica de Brunner mostra que entre os francos sális havia infinitamente mais direito privado do que se podia chegar a extrair das regras da *Lex Salica*, pois esta



menciona somente de passagem os estamentos, não diz quase nada sobre o regime agrário, fala muito pouco do direito sucessório e cala-se em absoluto quanto aos contratos. A ordem inteira da sociedade franca, que ainda não havia encontrado expressão em nenhum preceito jurídico, se baseava na ordem interna de suas associações sociais, ordem que era determinada através de usos, relações de dominação, formas de posse, contratos, transmissões *inter vivos* e *causa mortis* e partilhas hereditárias. Essa ordem interna foi criada por intermédio de normas jurídicas que, em seguida, se transformaram em preceitos jurídicos, em parte via jurisprudência, em parte via legislação; todo esse importante processo foi descrito em meu livro de modo bem detalhado. Quanto a isso, Kelsen não dedicou sequer uma palavra.

Kelsen certamente é livre para contestar tais teses, para combatê-las se for o caso, para refutá-las. Uma coisa, entretanto, ele não é livre para fazer: impor sua própria terminologia e qualificar de insensatas as coisas que eu digo somente porque não se encaixam nas singulares orientações terminológicas kelsenianas. É justamente isso, contudo, que ele fez. Kelsen refere, na p. 850: “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”. Porém, desde quando é usual entender por proposição jurídica a norma jurídica vinculante? Gierke, a quem se refere o próprio Kelsen, não menciona, porém, normas jurídicas vinculantes em geral, mas sim normas que devem determinar, segundo a convicção declarada de uma comunidade, a livre vontade humana. E outra vez, na p. 847: “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”. Uma proposição jurídica, entretanto, seguindo novamente Gierke, não é o que Kelsen “pressupõe como válido”, mas sim uma norma que “segundo a convicção *declarada* de uma comunidade deve determinar a livre vontade humana de maneira incondicionada”. O melhor, porém, está na p. 849: “É completamente sem sentido dizer que há contratos ainda antes de existir um preceito jurídico sobre contratos, se [...] o preceito jurídico acerca dos contratos é uma norma, um *pressuposto de consideração no pensamento de quem valora este fato*”. Corretíssimo: se o preceito jurídico é um “pressuposto de consideração”, então aquilo que eu digo é completamente absurdo. Porém, quem já entendeu por preceito jurídico



um “pressuposto de consideração”? Gierke não com certeza, eu tampouco; quem mais então? Trata-se, pelo visto, de uma terminologia totalmente nova, inventada por Kelsen. A expressão em si, “pressuposto de consideração”, cujo sentido não resulta de todo claro, deve ter nascido exclusivamente no chão de Kelsen. Ao menos, não a encontrei em nenhum dicionário estrangeiro.

Já se viu alguma vez uma crítica de semelhante índole? Kelsen submete minhas teses a sua própria terminologia científica arbitrária, de resto carente de todo valor científico (o preceito jurídico como “pressuposto de consideração!”) e sustenta adiante que são simplesmente sem sentido porque não são enquadráveis em sua terminologia. Uma polêmica desta natureza que, no mais, já deu lugar a um livro tão revigorante - *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* - acaba, finalmente, em uma pura e simples desfiguração de meu pensamento que me vejo obrigado a rechaçar com firmeza.<sup>1</sup>

A seguir, Kelsen se volta contra a minha visão de que o direito é, certamente, uma coisa pensada, isto é, uma representação: “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”. Na sua base (das nossas representações) “estão sempre fatos que podemos observar”. Em contrário, observa Kelsen: “Se o direito fosse um fato, então o direito não seria uma mera “coisa ideal”, mas seria sensivelmente perceptível, observável”. Kelsen sustenta, em consequência, que uma “coisa ideal”, uma representação, não é um fato porque não é perceptível sensivelmente, porque não é observável; o que pressuporia não somente uma nova terminologia, senão inclusive uma nova teoria. Até agora, as representações têm sido consideradas entre os *fatos* da vida psíquica e têm sido consideradas, se não sensivelmente perceptíveis, observáveis. Da observação das representações têm se ocupado, entre outras, a ciência da psicologia (incluindo a psicologia experimental), a sociologia, a economia política, a ciência da religião e, a meu ver, também a ciência do direito. Em seguida, Kelsen continua: “o fato nunca é direito ou relação jurídica, pois enquanto *ser* é em si indiferente aos valores”. Obviamente, eu nunca sustentei que qualquer fato indiferente a valores consistisse em direito ou relação jurídica, mas que a representação do direito e da relação jurídica e,

---

<sup>1</sup> Esta polêmica se repete mais vezes na crítica. Contra a minha afirmação de que também a jurisprudência, a aplicação do direito, não tem em sua origem conexão com o Estado, Kelsen diz (p. 868): “Isto é impossível, se por ‘Estado’ se compreende a comunidade jurídica suprema”. Porém, por Estado eu não entendo a comunidade jurídica suprema; ao contrário, rejeito essa opinião. E que se possa ou se deva entender assim o Estado deve demonstrá-lo Kelsen, o qual permanece devendo esta demonstração.



assim, sua valoração, é formada a partir de material que tomamos da realidade sensivelmente perceptível. Aqui, então, de novo mais um rodeio. Toda essa exposição de Kelsen produz a impressão de que lhe é completamente desconhecida a teoria, que remonta a Aristóteles, sobre como as ideias advêm de impressões dos sentidos. Encontra-se em Kelsen elucubrações como as seguintes: "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'". Confesso francamente que me sinto incapaz de decifrar o sentido dessas palavras. "Ideias cujo conteúdo não é nunca um fato", "as ideias de bem ou mal não são fatos", um conceito não deve ser uma mera "coisa ideal", se é uma abstração dos fatos: tudo isso faz a minha cabeça girar como uma roda de moinho. E tudo vem exposto com uma segurança apodítica, que exclui qualquer contraponto.

Com o que cheguei até a décima sexta página da crítica de Kelsen. Espero que não me seja exigido discutir da mesma forma as vinte e poucas páginas restantes. Posso com tranquilidade assegurar que é sempre o mesmo, tudo a mesma história. Em vez daquilo que eu havia dito vem posta uma kelsenaria e depois se argumenta em cima disso com certa lógica, conhecida dos precedentes trabalhos de Kelsen, de acordo com a qual as proposições principais não significam nada e aquelas subordinadas muito menos. Talvez o mais importante seja compreender as proposições principais da crítica kelseniana que, do modo como as vejo, poderiam ser as proposições principais da inteira concepção jurídica do mundo própria a Kelsen. Contra minhas observações, segundo as quais as abstrações jurídicas são tanto mais abstratas quanto mais perdem contato com a realidade, Kelsen escreve (p. 483): "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". Assim, a ciência do direito, precisamente por ser uma ciência, não precisa de contato algum com a realidade, posto que, por princípio, não pretende ser uma explicação da realidade. É surpreendente constatar que um professor de direito na Universidade de Viena, ao início do século XX, advogue tais teses; isso me deixa realmente estupefato.

Considerando que não tenho a intenção de fazer uma refutação completa, mas apenas de fazer uma retificação pontual, deixo de me aprofundar em relação ao fato de que a crítica kelseniana não oferece, em hipótese alguma, um retrato do conteúdo



autêntico do meu livro. Desejo acrescentar só uma observação, a de que não escrevi um livro de terminologia, como poderia suspeitar o leitor que eventualmente tenha lido a crítica kelseniana. De terminologia, em geral, me ocupo somente na medida em que é necessário para me fazer cientificamente compreensível. O objeto da sociologia do direito não é a terminologia, mas antes a relação do direito com a sociedade. Em meu livro me ocupo de saber como o direito surge do ventre da sociedade; como na jurisprudência e na legislação ele se condensa em preceitos jurídicos, e como isso repercute de volta na sociedade. Que Kelsen não tenha compreendido isso não me surpreende, pois interpretou de modo equivocado até mesmo o claríssimo Amira, que é claro como um cristal. Se, portanto, na crítica kelseniana não se fala praticamente em nada mais que de terminologia, isso já não concerne a mim, mas sim ao grande interesse que Kelsen demonstra pelas questões terminológicas, de todo situadas no marco de sua própria compreensão.

