



## Réplica

*Reply\**

### Hans Kelsen (1881-1973)

Universidade de Viena, Império Austro-húngaro

### Versão original:

KELSEN, Hans. Replik. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, n. 41, p. 850-853, 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. A tradução do original em alemão foi realizada com a permissão do Hans Kelsen-Institut, Viena, Áustria, sob a condição de que o texto fosse traduzido sem quaisquer modificações (inserções, notas ou comentários). O texto foi revisado a partir da tradução para o italiano (KELSEN, Hans. *Replica*. In: CARRINO, Agostino (Org.). *Hans Kelsen / Eugen Ehrlich: scienza giuridica e sociologia del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992. p. 115-119).

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



Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 1, 2019, p. 825-830.

Hans Kelsen

DOI:10.1590/2179-8966/2019/39508 | ISSN: 2179-8966

## Réplica

### Hans Kelsen

Note-se preliminarmente que eu não me empenho em examinar a questão da ligação entre a avaliação que foi feita pelo Senhor Professor Ehrlich dos meus trabalhos científicos anteriores - que não se apoia em nenhum fundamento objetivo - com a crítica de seu livro.

Em relação às esparsas objeções concretas levantadas por Ehrlich contra a minha crítica, poderia me limitar a remeter ao meu detalhado ensaio, composto de 48 páginas, nas quais qualquer leitor atento, que não se restringisse às dezesseis primeiras páginas como fez o Senhor Professor Ehrlich, encontraria as respostas. Porém, como a redação da revista me ofereceu a oportunidade para uma manifestação conclusiva, não só posso como devo me sentir autorizado a repetir o que já disse.

Ehrlich me exorta a explicar onde cometeu a confusão já repreendida - aliás, não apenas por mim<sup>1</sup> - entre os significados de *ser* e de *dever-ser* da regra jurídica. Ao que eu respondo: em cada frase de seu livro, o qual em seu conjunto só foi possível por conta dessa confusão. A falta de uma distinção entre o direito como regra do ser, isto é, como uma regra do acontecer efetivo, e o direito como regra do dever-ser, isto é como norma, que estabelece o que deve acontecer, é somente um sintoma particularmente significativo da confusão, característica da perspectiva de Ehrlich, entre um modo de consideração causal-explicativo endereçado ao ser e um modo de consideração normativo voltado ao dever-ser e especialmente ao dever-ser jurídico. É, sobretudo, este sincretismo de métodos que eu reprovei em Ehrlich. O quão pouco ele compreende o ponto de vista, oposto ao seu, de um dualismo crítico de métodos, é demonstrado quando ele, em sua resposta, afirma ter sempre entendido o direito *somente* como uma regra do dever-ser, apesar de se manter fechado em sua concepção da jurisprudência como uma sociologia indutiva de caráter causal-explicativo. Não obstante, uma disciplina causal-explicativa, indutiva, que quer conhecer à maneira das ciências naturais, jamais pode alcançar um dever-ser, mas sempre e somente um ser; por consequência, esta jamais pode abranger uma regra de dever-ser, mas sempre e

---

<sup>1</sup> A mesma objeção contra o livro de Ehrlich é também levantada por Friedrich Hahn, em seu ensaio, absolutamente objetivo, *Eine Soziologie des Rechts* (in "*Der Kampf*", vol. VII, 1914, p. 527 e ss.). Naturalmente, Ehrlich acusa também a este crítico de tê-lo mal interpretado.



somente uma regra do ser. Considerando que Ehrlich, em sua resposta, perante todos repete a confusão que já havia sido reprovada, seria supérfluo trazer-lhe à memória as inúmeras passagens de seu livro, as quais eu destaquei em minha crítica, desenvolvida do ponto de vista metodológico. Considerando, porém, que o Senhor Professor Ehrlich quer e que a redação da revista nada tem a objetar, reproduzo aqui os conceitos fundamentais do capítulo V de minha crítica, onde analisei o “direito vivo” de Ehrlich. No que tange à afirmação, de modo algum feita no livro de Ehrlich, segundo a qual ele compreende por direito sempre e *somente* uma regra do dever-ser, não pode deixar de aparecer de maneira particularmente forte a contradição desta tese com seu “direito vivo”, que a ciência jurídica não conhece porque se limita a expor “aquilo que a lei prescreve” [isto é, seguramente, uma regra do dever-ser], “mas *também* aquilo que *efetivamente acontece*”. Claramente, aquilo que é manifestamente “vivo” no tipo de direito descoberto por Ehrlich é que representa uma regra da conduta efetiva, isto é, da conduta empírica e não meramente devida, que representa uma parte da realidade efetivamente viva que se desenvolve no mundo externo, da qual não se sabe, na verdade, se também é devida. Efetivamente, do real não se pode derivar também o dever-ser!

As objeções de Ehrlich contra a minha crítica à sua definição do *preceito* jurídico e da *norma* jurídica não me são compreensíveis. Eu demonstrei que Ehrlich oferece duas definições de preceito jurídico, que se distinguem essencialmente uma da outra e que ele, quando especifica a diferença entre *preceito* jurídico e *norma* jurídica, cita o fato que a primeira é formulada verbalmente, mas a segunda não; ainda que ele apresente essa “formulação verbal” como a característica distintiva essencial da *norma* jurídica em relação à norma moral. Ehrlich lamenta que eu tenha lhe atribuído uma ideia falsa, quando interpreto a sua definição de preceito jurídico - “a regra jurídica estável, expressa em palavras, que é emanada de um poder acima do indivíduo e que lhe é imposta desde fora” - como equivalente ao conceito de regra jurídica heterônoma (Ehrlich confunde em sua resposta “heterônoma” com “heterogênea” e fala obstinadamente de uma norma “heterogênea”; o que ele compreende por essa expressão, eu não sei; apenas protesto contra ele colocar essa terminologia em minha boca). Mas ninguém poderá ver nisso uma falsa interpretação, considerando que o conceito de heteronomia é um conceito de uso corrente, com o qual se indica uma obrigação que se dirige para o sujeito desde fora. Ou estará Ehrlich descontente com o



fato de que eu qualifico a sua “regra jurídica expressa em palavras” como *norma*? Ele próprio o faz ocasionalmente! Onde é que se encontra essa distorção de que fui acusado? Ehrlich acredita que, se eu compreendi Gierke, então deveria também compreendê-lo, uma vez que ele define o conceito de preceito jurídico exatamente como este último. Na citação trazida por mim, Gierke define o direito objetivo como uma soma de preceitos jurídicos e coloca em relação com o preceito jurídico exatamente aquela afirmação que Ehrlich combate da maneira mais vivaz e em cuja destruição ele vislumbra um dos resultados mais importantes de sua sociologia do direito! Na definição conceitual de Gierke, os preceitos jurídicos são indicados como normas qualificadas, de tal modo que no lugar do termo “preceito jurídico” é possível utilizar também o termo “norma jurídica”. Mencionei a citação de Gierke inicialmente porque Gierke não diferencia preceito jurídico de norma jurídica. Justamente essa diferenciação constitui uma seção específica do amontoado de conceitos de Ehrlich, o qual distingue não só o preceito jurídico da norma jurídica, mas também o preceito jurídico da norma de decisão, sendo que diferencia ainda o direito vivo, o direito estatal e o não estatal, e assim por diante, dentro de todo o vasto campo do direito objetivo. É com certa audácia que Ehrlich repreende a minha crítica de sua tese - segundo a qual teriam surgido primeiro contratos vinculantes, relações jurídicas concretas e, subsequentemente, preceitos jurídicos pelas quais os contratos, os testamentos etc., seriam vinculantes - sustentando que eu lhe teria atribuído, assim, um falso conceito de preceito jurídico, isto é, aquele da regra do dever-ser geralmente vinculante. Na verdade, precisamente neste contexto Ehrlich deixou novamente de lado o seu conceito de preceito jurídico, empregando o termo exatamente no sentido contrário, qual seja, no sentido de uma regra jurídica de dever-ser geral. Cito a propósito somente aquelas passagens que eu já havia referido em minha crítica: “O Estado veio antes da constituição do Estado, a família é mais antiga que a ordem familiar, a posse precedeu a propriedade, havia contratos antes de existir um direito contratual e mesmo o testamento, onde surgiu espontaneamente, é anterior ao direito testamentário” (p. 28). *Constituição do Estado, ordem familiar, direito contratual*, são exemplos de *preceitos jurídicos* que seguem as relações jurídicas concretas! Ou quer fazer crer Ehrlich, em sua resposta, que em seu livro ele defendeu a opinião de que somente as normas jurídicas vinculantes segundo a convicção *declarada* de uma comunidade vêm depois das relações jurídicas concretas? Mas o que importa é que ele repreende a teoria dominante



por “colocar o *abstrato* antes do *concreto*”. Ele, assim, contesta - e este é o sentido da tese de Ehrlich por mim combatida - que o direito antecede na forma *geral* a relação jurídica *concreta*. Portanto, nesse contexto, por “preceito jurídico” poderia ser entendido, “como é usual” e como também Ehrlich utiliza este termo, a norma jurídica *geral* vinculante.

O fato de que Ehrlich não compreenda a minha objeção de que a norma jurídica geral deva necessariamente ser *pressuposta logicamente* (e não *temporalmente*, como ele imputa erroneamente à concepção dominante) para toda relação jurídica concreta a fim de que esta seja reconhecida como uma relação *jurídica*; o fato de que ele não compreenda que o preceito jurídico - isto é, a norma jurídica geralmente vinculante - deva necessariamente ser o pressuposto válido daquela consideração que estabelece juízos de valor jurídicos sobre fatos ou, o que é a mesma coisa, os avalia juridicamente; o fato de que a ele seja estranha a distinção entre juízos de fato e juízos de valor, entre explicação causal e avaliação; tudo isto não me impressiona. Nisso, de fato, aparece somente a sua absoluta incapacidade de compreender o problema metodológico enfrentado quando se trata do problema de separar a sociologia do direito da ciência jurídica dogmática. Ele me deixa lisonjeado ao dizer que serei o primeiro a distinguir entre consideração de valor - que pressupõe normas válidas - e explicação causal - neste sentido, privada de pressupostos -, só que ele considera a minha (!) descoberta epistemológica uma descoberta maldosamente terminológica! Ele, de fato, buscou em vão o termo “pressuposto de consideração” em um dicionário estrangeiro.

Essa é, também, a razão pela qual o Senhor Professor Ehrlich também não pode compreender porque as duas frases escritas por ele sobre a essência do direito constituem uma contradição impressionante: “Direito e relações jurídicas são um *coisa ideal* que não existe na *realidade tangível e perceptível pelos sentidos*, mas somente na cabeça das pessoas” (p. 68). “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*”. Em sua resposta, o Senhor Professor Ehrlich identifica “coisa ideal” e “ideia” e acredita que o direito é enquanto ideia uma coisa ideal e um fato. Mas precisamente isso é um erro lógico que eu não posso perdoar. Também as folhas de uma árvore são “ideias”, mas estão na realidade, tangível e sensivelmente perceptível, do mundo externo, tanto quando as *ações* dos seres humanos, cuja regularidade a sociologia do direito de Ehrlich busca verificar. Ou acredita o Senhor Professor Ehrlich



que as ações, das quais a sua sociologia do direito determina a regra de maneira indutiva, são meras coisas ideais porque vivem também como ideias na cabeça dos seres humanos? Então existiriam somente coisas ideais! E em que consistiria então a sua distinção em relação a “ideias” tais como, por exemplo, o *tempo* e o *espaço*, que não trazem o seu conteúdo da realidade sensivelmente perceptível porque é justamente essa realidade que, por meio da sua ajuda, se torna compreensível? Mas esta distinção foi certamente inventada *ad hoc* por mim e, por isso, o Senhor Professor Ehrlich não encontrará em seu dicionário estrangeiro essas criações de minha terminologia. De minha parte, me conformo com o fato que entre os juristas e os sociólogos do direito o dicionário da filosofia seja um *dicionário estrangeiro*.

