

O direito vivo de Eugen Ehrlich

Eneida Orbage de Britto Taquary¹

MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001.

O livro intitulado *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich*, de Marcos Augusto Maliska é sistematizado em dois capítulos - Estudos Preliminares e a Obra de Eugen Ehrlich - além de apresentar introdução, considerações finais, referências bibliográficas, questionário e índice alfabético.

Utiliza como fonte de pesquisa dezessete obras, dentre as quais se destaca a *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen; *Fundamentos da Sociologia do Direito*, de Eugen Ehrlich; *Ideologia e Ciência Social: Elementos para uma Análise Marxista*, de Michael Lowy; *Ciência Política*, de Paulo Bonavides e *Sociologia Jurídica*, de Machado Neto.

O estudo realizado pelo autor acerca de Eugen Ehrlich realizou-se no ano de 1995, quando era acadêmico de Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, no curso de Iniciação Científica. Porém, antes da publicação, em 2001, cursando mestrado na Universidade Federal do Paraná e também a cadeira de Direito, o autor reformulou a obra.

Em sua introdução, o autor destaca a teoria desenvolvida por Eugen Ehrlich, redefinindo o conceito de Direito, em seus *Fundamentos da Sociologia do Direito* “não o identificando apenas como lei e sim, como um grupo de relações sociais, independente de qualquer forma legislativa”² motivo pelo qual foi deveras criticado por Hans Kelsen que lhe imputou a confusão entre o ser e o dever ser.

Maliska³ retrata em seus *Estudos Preliminares*, a concepção do Direito em três categorias: a formalista, expressa pela “realidade criada pelo engenho humano,

¹ Mestre em Direito e mestre em Direito das Relações Internacionais, professora de Direito Penal.

² MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 17.

³ MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 17.

mas uma realidade válida em si mesma”, a idealista, “reflexo de um outro ordenamento mais perfeito, o qual deverá servir de ponto de referência quer à ciência jurídica, quer à jurisprudência”⁴ e a sociológica que trata a “realidade social, indissociavelmente ligada à sociedade concreta em que se insere e da qual é dependente”⁵.

O autor destaca como objeto de seu estudo, as ideias desenvolvidas por Ehrlich a partir da influência que sofreu da Escola Histórica do Direito, cujos representantes Friederich Carl Von Savigny e Puchta entendiam assim como as demais escolas sociológicas, o fenômeno jurídico como uma espécie de fato social, reconhecendo apenas o aspecto histórico de cada Direito.

Ehrlich distanciou-se, todavia, das ideias de Savigny e Puchta, e logo, do Historicismo Conservador⁶ daqueles, com o desenvolvimento dos seus estudos junto ao movimento da Escola do Direito Livre, ao afirmar que o Fenômeno Jurídico é também social. A partir desse pensamento, surge a necessidade de se entender o Direito em seus requisitos sociológicos, devendo o aplicador da norma estar adstrito a buscar a realidade dos fatos sociais, visando à realização da Justiça e, devendo, inclusive, afastar-se da norma quando ela for injusta.

A pesquisa desenvolvida pelo autor tem base histórica e sociológica. Examina a obra de Kelsen, comparando-a com a de Ehrlich, enfatizando o entendimento do primeiro, para quem o Fenômeno Jurídico é entendido sob dois prismas: o do dever-ser – no qual entende o Direito como norma, possuindo caráter dedutivo e

⁴ MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 19.

⁵ MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 19.

⁶ Historicismo conservador representou uma corrente de ideias, em especial na Alemanha, que se contrapôs aos ideais que surgiram da Revolução Francesa e do Iluminismo. Pretendiam a manutenção do Antigo Regime, porque o homem era o produto da História, podendo influenciá-la, mas voltado a ela. Segundo Gabriel Cohn, em sua obra *Crítica e Resignação: fundamentos da sociologia de Max Weber* (p. 9-10) são a [...] modalidade de pensamento que se opunha ao ímpeto racionalista, universalizante e analítico das ideias iluministas que iriam, em boa medida, alimentar o liberalismo e o positivismo de meados do século em diante, captação, por processos irredutíveis à razão analítica, de totalidades históricas singulares e concretas, de cujo caráter orgânico o próprio estudioso é participante. “Essa era a palavra de ordem do historicismo conservador, contra a busca de elementos e regularidades universais no decurso histórico, articuláveis num quadro teórico de aplicação e validade gerais; ou seja, contra o ‘naturalismo’ positivista.”

normativo – e o do ser no qual o Direito é fenômeno, entendido por intermédio dos procedimentos indutivos. Essa análise se afigura importante na compreensão do fenômeno jurídico na medida em que, por intermédio das normas jurídicas, “novos fatos do Direito podem, assim, surgir, não só através da força, como tantas vezes se pensou no passado, ou através da ação silenciosa de forças sociais imperceptíveis, isto é, através de novos tipos de associação [...]”⁷, que desencadearão a obediência às regras, apenas quando passar a ordenar as relações sociais.

O escritor⁸ esclarece que o Historicismo⁹, ao lado do Nacionalismo¹⁰ e do

⁷ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 151.

⁸ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.

⁹ Entende-se Historicismo, consoante José Adelino Maltez, professor catedrático da Universidade Pública Portuguesa, em sentido amplo, o qualificativo, originário do alemão *Historismus* é dado corrente do pensamento, segundo o qual é a história que faz o homem e não o homem que faz a história. Baseia-se no modelo romântico inaugurado por Herder e Schelling, para os quais o universo deixou de ser um sistema e passou a ser entendido como história, numa passagem do cosmológico para o antropocêntrico. De certa maneira, é o exato contrário do conservadorismo, gerando uma fuga para frente, através do evolucionismo e do progressismo. O termo começa por ser utilizado por Carl Menger, em 1883, para qualificar e criticar a intervenção de alguns membros da Escola Histórica nos domínios da economia, nomeadamente G. Schmoller. O historiador alemão F. Meinecke consagra a expressão em 1936, na obra *Die Entstehung des Historismus*. Segundo Popper, o historicismo foi fundado por Hegel e Marx e tem como precursores Platão e Santo Agostinho. Para Hayek, o historicismo é caracterizado por estabelecer leis gerais do devir à imagem e à semelhança das leis físicas. Generaliza a partir do particular. Para tais correntes, a história obedece a uma necessidade, tendo leis que nos escapam. Os movimentos historicistas falam em um sentido da história ou em um processo histórico. Aceitam que, pesquisando determinadas leis, se poderia determinar o futuro da humanidade. Diz-se também das orientações epistemológicas que consideram a história como a verdadeira ciência do homem e que a interpretação dos fenômenos sociais por assinalar-se o encadeamento dos fenômenos sociais no tempo bem como a respectiva singularidade. Nesse sentido, consideram como tarefa da ciência, a contemplação do processo histórico, tudo tendendo a reduzir à filosofia da história. Conforme a definição do dicionário do pensamento político da Blackwell, a filosofia da história fornece a base racional de qualquer conhecimento pertinente das atividades e das obras humanas. Em sentido estrito, também se dizem historicistas as perspectivas do entendimento de qualquer período da história, não de acordo com as ideias e os conceitos de hoje, mas com os instrumentos intelectuais disponíveis nesse tempo. Em sentido intermédio, o historicismo pode também significar revivalismo, o amor ou nostalgia por uma forma cultural de um tempo passado.

¹⁰ O Nacionalismo deve ser entendido como um movimento de superação da análise das questões dinásticas e políticas e a análise das sociedades, das instituições, bem como a

Idealismo¹¹ transcendental¹², surgiu a partir do Romantismo alemão¹³. Esse pensamento apresentou dupla característica, quais sejam: a) era conservador, repudiando qualquer codificação e b) relativista, admitindo a utilização de normas usos e costumes, enfim do direito no dia a dia.

A superação do movimento conservador originou, por meio de Dilthey, a distinção do objeto das Ciências Naturais (o Homem é o sujeito que estuda o objeto no qual lhe é exterior) e sociais (o Homem é o sujeito e o objeto de estudo). A Sociologia do Conhecimento foi criada por meio da obra de Karl Mannheim, que desenvolveu o conceito de ideologia total¹⁴, aplicado as Ciências Sociais, como “conjunto da estrutura de consciência de uma classe ou categoria social, incluindo seu estilo de pensamento, socialmente condicionado”¹⁵.

No capítulo II, denominado “A Obra de Ehrlich”, o autor disserta sobre vários temas, como o Estado e o Direito, destacando que o Estado, segundo a ótica de Ehrlich, é “uma associação social, as forças que agem no Estado são forças sociais; tudo que emana do Estado, como a ação dos órgãos governamentais e, sobretudo, a legislação estatal, são obras da sociedade, executadas através da associação por ela criada para este fim, isto é, o Estado”¹⁶, enquanto Direito significa “uma ordem de comportamentos habituais e não uma ordem coativa. O Direito existiu e existe independente do Estado, pois não possui como fundamento de sua existência a coerção estatal”¹⁷.

“unidade da comunidade reunida sob a autoridade de um mesmo Estado”, reunido a unidade de povo, território e vontade.

¹¹ KANT, Immanuel. *Critica da razão pura*: os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1987. v. 1. p. 65.

¹² Para Kant, idealismo transcendental é todo o conhecimento que em geral se ocupa não tanto com os objetos, mas com nosso modo de conhecimento de objetos na medida em que este deve ser possível a priori.

¹³ Romantismo alemão representou um rompimento à razão do Iluminismo, pois o mundo deveria ser enxergado com sentimento e não apenas razão. A verdade não poderia ser extraída de axiomas, mas seria extraída da emoção, da intuição, da sensibilidade.

¹⁴ Ideologia total.

¹⁵ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 299-305.

¹⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 39.

¹⁷ MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 38.

Ressalta o autor o pensamento oposicionista de Eugen Ehrlich à Teoria de Kelsen, pois o Direito não deve ser entendido com caráter abstrato e dedutivo, logo formal e diverso da realidade social. Ao revés, como fenômeno social, preocupa-se com a vida social, motivado pela influência das “ordens internas das organizações sociais” e não absolutamente pelas Prescrições Jurídicas, as quais não se confundem com Normas Jurídicas. A primeira é “a redação de uma determinação jurídica em uma lei ou em um código”¹⁸. Enquanto Norma Jurídica é a “determinação jurídica transformada em ação, como acontece em uma associação pequena, mesmo sem uma redação clara. As primeiras quando efetivadas se transformam nas segundas”.

A contribuição da pesquisa desenvolvida por Marcos Augusto Maliska é significativa porque ressuscita o estudo da Escola Histórica do Direito e a sua superação por Eugen Ehrlich, com o desenvolvimento da Escola do Direito Vivo, na qual retrata a diferenciação entre o Direito Legislado e o direito do dia a dia, aquele que emerge das ordens internas dos grupamentos sociais, dos usos, costumes, enfim, dos (des)encontros nas relações intersubjetivas.

Não há um desprezo ao Direito codificado¹⁹, mas esse é interpretado e compreendido segundo a ótica do Fenômeno Social²⁰, pois “uma criação livre do Direito, não é, como se crera, uma criação de direito livre da lei, mas uma criação de direito que está livre de empacotamentos inúteis e supérfluos numa abstração ou

¹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 25.

¹⁹ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 93.

²⁰ Fenômeno Social compreendido como os fatos decorrentes das relações humanas em determinadas associações e por meio destas se transformarão em organizações sociais. Para Eugen EHRLICH “um fato isolado surgido na sociedade não é um fato social; uma instituição isolada não pode conduzir a normas sociais e permanecer inobservada pela sociedade. Somente quando se expande e se generaliza, transforma-se em parte constitutiva da ordem social. Somente quando um fenômeno social, em virtude de sua expansão, transforma-se em fenômeno permanente, a sociedade vê-se obrigada a tomar posição (seja uma nova forma de família, uma nova igreja, uma nova orientação política, uma nova relação de submissão, uma nova forma de posse, um novo conteúdo de contrato); no caso, a sociedade deve rejeitar e combater essa nova forma ou então integrá-la na ordem social e econômica geral, por ser um meio adequado para satisfazer às necessidades sociais e econômicas; quando isso ocorre, transformando-se em nova forma de organização da sociedade e, com isso, numa relação social, eventualmente numa relação jurídica.

numa construção”²¹. Esta é a contribuição do autor para o Direito e para a Sociologia do Direito. A obra de Ehrlich possibilitará aos operadores do Direito aplicar as Prescrições Jurídicas transformando-as em Normas Jurídicas.

A abordagem central da obra gravita em torno da Escola do Direito Vivo de Eugen Ehrlich, desenvolvida a partir dos estudos da Escola Histórica do Direito, desenvolvidos por Friederich Carl Von Savigny e Puchta, quando o Direito foi compreendido como espécie do Fato Social e como Fenômeno Jurídico, nos quais as Prescrições Jurídicas seriam transformadas em normas e seriam eficazes, na medida que tomassem como base a “análise empírica da realidade”. A obra não faz apologia ao desprezo do Direito Legislado. Ao revés, enfatiza que as prescrições legais, por mais claras que sejam, deverão ser interpretadas e compreendidas quando utilizadas para determinar a proteção efetiva de um direito, quando o fato é levado ao conhecimento do Poder Judiciário.

Destaca-se, também, outro aspecto da obra que contribuiu para a Sociologia, qual a adoção de método próprio que cada Ciência²² deve desenvolver para analisar seu objeto de pesquisa, pois a indagação do sociólogo deve residir na preocupação com o desenvolvimento dos fatos e como observá-los para não apenas conhecê-los, mas interpretá-los.²³

Alerta o autor acerca do fundamento da obra que reside na imortalidade da “Escola do Direito Vivo, pois o abismo existente entre a norma escrita e a norma eficaz será preenchido sempre que se buscar a essência da Norma e da Justiça, posto que a eficácia daquelas ocorre quando esta não surge tão-somente de construções abstratas e genéricas, mas a partir da experiência do dia a dia como ordem interna dos grupamentos sociais.

²¹ MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 70.

²² Ciência aqui entendida como o processo lógico, sistemático, rigoroso, argumentado que busca explicar os fenômenos, através de observação ou experimentação cuidadosa; relações entre regularidades observadas ou submetidas à experimentação; utilização sistemática de esquemas explicativos ou teorias para demonstrar a veracidade ou falsidade de uma tese.

²³ SCURO, Pedro Neto. *Manual de sociologia geral e jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 51-52.

Revela-se como obra necessária aos estudantes e profissionais da área do Direito, das Ciências Sociais, bem como aos aplicadores do Direito que buscam viabilizar a “distribuição da Justiça” e logo o seu acesso, como forma de garantir o Direito Fundamental²⁴, não apenas dos grupos que detêm o poder de interferir na elaboração das leis, mas também, do restante da população.

A obra sob o seu aspecto formal apresenta alguns erros de digitação, citações indevidas e incorretas²⁵ estruturação desordenada - constante apenas em dois capítulos -, gerando a repetição de abordagens; pesquisa bibliográfica escassa, além de o autor apresentar suas considerações finais em três parágrafos, contendo inclusive orações repetitivas. A leitura não se apresenta agradável e envolvente, mas não chega a ser densa ou difícil, em razão da linguagem utilizada ser acessível.

Sob o aspecto material, com referência às ideias discutidas e expostas, a obra merecia uma abordagem empírica, que poderia ter sido adotada pelo autor na forma de análise de dados acerca das possibilidades de controle de constitucionalidade difuso, cujo objeto fosse o afastamento de uma lei considerada pelo juiz como inconstitucional e logo não aplicável à hipótese analisada, mas também por intermédio de comprovações que fundamentassem a tese do autor, mencionando estatísticas e casos jurisprudenciais que atestassem a precisão do Direito Vivo, quando há modificação de interpretação e entendimento da lei imposta pelo direito do dia a dia, caindo em desuso ou implicando revogação pela ineficácia do dispositivo.

Recomenda-se a obra aos profissionais que se dediquem ao aperfeiçoamento da estrutura judicial, por intermédio da sensibilidade²⁶, isto é, da capacidade de perceber a realidade e permitir não apenas resultados satisfatórios no exercício da prestação jurisdicional, visando aplicar a lei, mas buscando a justiça como realidade e não apenas como ideal, desmistificando assim o acesso à Justiça como garantia

²⁴ Entendido aqui como Direito Fundamental aqueles decorrentes da dignidade da pessoa humana, previstos na Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, em Tratados Internacionais ou outros atos normativos.

²⁵ MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 44, 48.

²⁶ SILVA, Juremir Machado da. Michel Maffesoli: por uma política da transfiguração. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 10, p. 17-23, jun. 1999. Semestral.

de poucos e permitindo, no dizer do sociólogo francês, Michel Maffesoli²⁷, “escutar o social, mergulhar nos imaginários, penetrar nas contradições, aceitar o ‘contraditório’, a coincidência dos opostos, a harmonia conflitual [...]” e “abandonar o desejo de ser Deus para melhor compreender o humano” e identificar o que cimenta o social, estando “aberto à razão sensível [...] Não há humanidade sem imaginário [...]” pois “[...] o que mobiliza as pessoas é o passional, não o racional [...]”²⁸

A partir da leitura, é possível concluir que o sistema jurídico, o conjunto de normas vigentes no território nacional e que determinam a opção do legislador no estabelecimento das categorias hierárquicas de poder, somente pode ser estruturado a partir da cultura do povo, dos valores ético-morais que possuem as associações humanas, e dos “hábitos, dominação, posse, disposição (fundamentalmente o contrato e a declaração de última vontade)” que, ao se expandirem, irão ditar as regras de comportamento que poderão constituir-se em norma jurídicas ou não, de forma a possibilitar a análise do direito como Fenômeno Jurídico e que deve ser apreciado em sua concretude, sob pena de ser desprezado pela sociedade onde se pretende aplicá-lo.

Finalmente, a obra reacende a preocupação dos estudiosos da Ciência do Direito com a necessidade de que o arcabouço jurídico de um país, guardadas suas origens históricas, não adote regras que se afiguraram como eficazes em outras organizações sociais, desprovidas de aceitabilidade como regra de comportamento, de forma a transformar o Direito em um “mecanismo de regulação da desigualdade social”²⁹ ou instrumento de controle social apenas dos menos favorecidos.

²⁷ Michel Maffesoli, sociólogo francês, é professor na Sorbonne, diretor da Revista *Sociétés* e do Centro de Estudos sobre o Atual e o Quotidiano (CEAQ).

²⁸ MAFFESOLI, Michel apud SILVA, Juremir Machado da. Michel Maffesoli: por uma política da transfiguração. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 10, p. 17-23, jun. 1999. Semestral.

²⁹ MALISKA, Marcos Augusto. Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich. Curitiba: Juruá, 2001. p. 41.

Referências

- CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura: os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1987. v. 1.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001.
- SCURO, Pedro Neto. *Manual de sociologia geral e jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, Juremir Machado da. Michel Maffesoli: por uma política da transfiguração. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 10, p. 17-23, jun. 1999. Semestral.

