

Direito e modernidade: estudo sobre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen

Jonathas Ramos de Castro¹

Resumo: o presente artigo realiza um estudo comparado entre dois importantes teóricos do direito do século XX, Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. Em primeiro lugar, busca-se identificar nesses autores reflexões filosóficas sobre o método, a ciência e o conhecimento. A seguir, mostra-se os interesses que inspiram essas reflexões. Ao final, explica-se esses interesses a partir do contexto histórico dos autores.

Palavras Chave: filosofia; direito; Eugen Ehrlich; Hans Kelsen; modernidade.

Abstract: this article makes a comparative study between two important theorists of law of the 20th century, Eugen Ehrlich and Hans Kelsen. First, it identifies in these authors some philosophical reflections on method, science and knowledge. Next, it shows the interests which inspires these reflections. Finally, it explains these interests from the historical situation of the authors.

Keywords: philosophy; law; Eugen Ehrlich; Hans Kelsen; modernity.

Introdução

De início, frise-se que este é um estudo de filosofia; não tem a pretensão de se inserir em uma sociologia jurídica ou em uma teoria do direito, embora a elas se refira. Trabalha com conceitos e marcos teóricos filosóficos, sem, porém, dispensar o material jurídico. Estudo de filosofia, não faz, contudo, história da filosofia; não se detém no mercado de ideias filosóficas, gerais ou jurídicas, presente ao final do século XIX, início do XX, como também não pode abrir mão dele. Antes, este é um exercício de filosofia, na medida em que o que está em jogo é um uso possível da razão. A distinção vem de Kant². À maneira de Kant, portanto, diga-se que, aqui, o trabalho com os princípios (o conhecimento racional) predomina sobre o trabalho com os dados (o conhecimento histórico), muito embora um não possa prescindir do outro.

Exercício da razão, este estudo almeja compor uma narrativa coerente que possa se apresentar como um parâmetro possível de inteligibilidade das teorias de Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. Esse parâmetro de inteligibilidade não será buscado nas próprias teorias, mas em algum ponto que lhes é externo. Esse ponto se define pelo cruzamento de três linhas: uma reflexão filosófica, um interesse político e uma necessidade histórica. Em outras palavras, buscando compreender a sociologia do direito e a teoria pura do direito, não se pretende interpretá-las (entendendo por interpretação a busca do sentido profundo do discurso, a explicitação daquilo que está implícito em seu dito explícito), ou melhor, a interpretação das teorias é apenas um procedimento local. Importa mesmo interrogá-las a partir daquelas três linhas, que poderiam ser definidas como aquilo que, de fora da sociologia do direito e da teoria pura do direito, as conforma.

Assim, busca-se compreender a sociologia do direito e a teoria pura do direito isolando-se, por baixo ou acima do tecido da sociologia do direito e da teoria pura do direito (ou ainda entre suas fibras) (i) proposições filosóficas sobre a ciência e o

¹ Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Membro pesquisador do grupo de pesquisa Laboratório de Direito, Filosofia e Arte (LADIFILA) associado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

² Kant, Immanuel. Manual dos Cursos de Lógica Geral, AK22, p. 47.

conhecimento (ii) motivadas pela intenção política de substituir uma determinada forma de racionalidade por outra (iii) como resposta a certa situação histórica que, bloqueando os discursos então em circulação, pressiona em direção a um outro tipo de discurso.

1. Reflexões

Duas proposições iniciais; primeira: se Ehrlich e Kelsen se propõem a discutir o método e o objeto da ciência do direito, eles o fazem mediante proposições filosóficas, e não jurídicas ou sociológicas. Isso caso seja admitido que uma ciência pode interrogar seu objeto acerca daquilo que ele é, mas não pode aplicar essa interrogação a si mesma. A física pode pôr a questão: que é corpo, que é movimento? Mas ela não pode indagar: que é física, que é pesquisa em física? Uma tal questão, que indaga pelo método e pelo objeto da física (ou, o que é o mesmo, pela definição de física), não é física – ainda não é física ou já não é mais física³. Quando se faz uma tal indagação não se coloca uma questão física, mas, mais propriamente, uma questão filosófica sobre a ciência da física, entendida como realidade observável: nominalmente, uma questão epistemológica⁴.

Segunda proposição: se Ehrlich e Kelsen se propõem a discutir questões epistemológicas (sobre o método e o objeto da ciência do direito), eles discutem também (embora, talvez, sem a mesma intencionalidade) questões sobre a origem e a natureza do conhecimento. Isso caso seja admitido que a questão da ciência está sempre envolvida com a questão do conhecimento, variando apenas de posição: pode aparecer como um caso do conhecimento (ao lado de conhecimentos ditos não-científicos, como a alquimia e a teologia) ou como sua essência (sobretudo a partir da filosofia moderna, quando, ao influxo das revoluções científicas e da racionalização, tende-se a reduzir o conhecimento à ciência). Pelo que seria possível discernir, entrelaçadas às questões sobre o método e o objeto das ciências, a presença de um conjunto de questões sobre o conhecimento (questões gnosiológicas⁵): qual é a origem do conhecimento? O que se conhece, caso seja possível conhecer e caso ainda algo se ofereça ao conhecimento?

Quer-se com isso demonstrar a presença, ou pelo menos a latência, de uma reflexão filosófica sobre a ciência e o conhecimento que não se confunde com a sociologia do direito nem com a teoria pura do direito, mas que lhes serve de suporte. Resta saber o teor dessa reflexão. Inicia-se com as questões epistemológicas, as quais se pode descrever com mais segurança, para, delas, deduzir as gnosiológicas, descritas apenas de forma conjectural⁶.

Segundo Ehrlich, qual deve ser o método e o objeto de uma ciência do direito? Quanto ao objeto, ele é, em poucas palavras, o “mundo exterior”⁷, o “concreto”⁸. Apenas a observação dos fenômenos ou fatos, tanto os especificamente jurídicos, que o autor chama de “fatos de direito”⁹, quanto os sociais e econômicos¹⁰, pode fornecer

³ O argumento e o exemplo são de Pieper, Josef. *Que é Filosofar?*, p. 7.

⁴ Epistemologia, segundo André Lalande, é o “estudo crítico dos princípios, das hipóteses e dos resultados das diversas ciências”, o “estudo das ciências, consideradas como realidades que se observam, se descrevem e se analisam”. Lalande, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, p. 313, 449.

⁵ Gnosiologia, segundo Lalande: “investigação acerca das origens, da natureza, do valor e dos limites da faculdade de conhecer”. Lalande, p. 448.

⁶ Insiste-se: a rigor, não se interroga a sociologia do direito ou a teoria pura do direito quanto ao objeto/método da ciência do direito ou à origem/natureza do conhecimento jurídico, pois elas nada teriam a dizer.

⁷ Ehrlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*, p. 361.

⁸ *Ibid.*, p. 384.

⁹ *Ibid.*, p. 362.

um conhecimento científico do direito. À ciência do direito cabe, sempre partindo do fato, do “conhecimento direto das relações humanas de tipo jurídico”, generalizar os resultados, chegando, assim, a “normas de decisão”¹¹ com as quais pode operar em maior nível de abstração: as normas abstratas aparecem como pontos terminais da ciência do direito, cujo trabalho começa algum ponto antes, e a indução é apresentada como o método por excelência da ciência do direito. Ehrlich chega mesmo a dizer que, em ciências sociais, nunca houve senão induções: “A cada dedução precedeu necessariamente uma indução e a cada idealização a percepção da impressão externa daquilo que é idealizado”¹². Nesse sentido, Ehrlich parece participar, a seu modo, da mesma tradição filosófica de autores como John Locke, David Hume e John Stuart Mill¹³.

Kelsen, por seu turno, diz que o objeto da ciência do direito é a norma jurídica¹⁴ e as relações lógicas possíveis entre normas jurídicas; a realidade social e econômica, ou, em geral, tudo aquilo que não for norma jurídica – os indivíduos, por exemplo – só interessa à ciência do direito, segundo o autor, na medida em que implicado por uma norma jurídica¹⁵. Já se vê aí que a norma se apresenta como qualquer coisa diferente da realidade dos fatos¹⁶: não é um determinado ato de vontade empírico (um comando, por exemplo, como em Austin), mas sim um determinado significado de um ato de vontade¹⁷, a saber, um significado objetivo (essa expressão, na terminologia de Kelsen, significa validade, ou, o que para ele dá no mesmo, juridicidade). Grosso modo, por norma Kelsen entende o significado objetivo de todo ato de vontade que empiricamente se apresenta como um comando, graças ao qual este pode ser reconhecido como jurídico. Tal significado é perceptível, não através de uma observação empírica, mas de uma operação racional, a saber, uma interpretação normativa¹⁸: o significado de um ato de vontade (uma norma), cuja objetividade (validade) não se coloca em questão, atua como um esquema de interpretação a partir do qual se decide pela objetividade do significado de outro ato de vontade. Pense-se, por exemplo, na sentença: trata-se, do ponto de vista meramente fático, de um ato de vontade (um comando) de um indivíduo que, por alguma razão, reconhece-se como juiz; sabe-se que esse ato é jurídico porque ele tem um significado objetivo (veicula uma norma válida), e se sabe que ele tem um significado objetivo porque se o interpreta à luz de uma lei geral, que, por sua vez, é o significado objetivo de um ato de vontade posto por indivíduos que, por alguma razão, reconhece-se como parlamentares; e assim por diante. Daí porque Kelsen diz: “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”¹⁹.

Kelsen diz ainda que cabe à ciência do direito justamente efetuar essa operação, decidindo da validade (objetividade) de uma norma (significado) a partir de normas cuja validade não se coloca em questão, mediante interpretações normativas

¹⁰ Ibid., p. 363-364.

¹¹ Ibid., p. 364.

¹² Ibid., p. 361.

¹³ Compare-se a afirmação de Ehrlich sobre a dedução em ciências sociais com a seguinte, de Stuart Mill: “O método dedutivo, aplicado aos fatos sociais, deve, pois, começar por pesquisar, ou deve-se supor que já se pesquisou as leis da atividade humana e as propriedades das coisas exteriores pelas quais são determinadas as ações dos homens em sociedade”. Stuart Mill, John. *Sistema de Lógica*, III, p. 223.

¹⁴ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 79.

¹⁵ “Num conhecimento dirigido às normas jurídicas não são tomados em consideração – nunca é demais acentuar isto – os indivíduos como tais, mas apenas as ações e omissões dos mesmos, pela ordem jurídica determinada, que formam o conteúdo das normas jurídicas”. Ibid., p. 189.

¹⁶ Embora deva manter com esta uma qualquer relação: veja-se Ibid., p. 11-16, onde se discute o domínio de validade objetiva das normas.

¹⁷ Ibid., p. 4.

¹⁸ Ibid., p. 5-10.

¹⁹ Ibid., p. 215.

sucessivas. Com isso se diz, primeiro, que a ciência do direito é uma ciência dogmática, segundo, que a ciência do direito opera de forma – predominante, mas não exclusiva²⁰ – silogística²¹: o significado cuja objetividade está em questão ocupa o lugar da conclusão, a premissa maior (*conditio per quam*) é preenchida pelo significado que fornece o esquema de interpretação e a premissa menor (*conditio sine qua non*), pelo fato cujo significado é normativamente interpretado. Em Kelsen, a dedução aparece como o método por excelência da ciência do direito.

Em síntese: para Ehrlich, a ciência do direito opera por generalizações das experiências empíricas. No seu exato oposto, em Kelsen a ciência do direito opera por deduções a partir de um objeto ideal, resultado de uma operação intelectual: a norma jurídica. A ciência do direito, para o primeiro, é descritiva e indutiva; para o segundo, é normativa e dedutiva. A partir desse posicionamento epistemológico seria possível, conforme a hipótese deste trabalho, identificar, embora apenas a título de conjectura, uma reflexão gnosiológica sobre as origens e a natureza do conhecimento.

O que poderia dizer Ehrlich sobre o conhecimento? Tome-se uma afirmação sua como: “A nós basta abrir olhos e ouvidos para perceber tudo o que tem importância para o direito de nosso tempo”²². Aí estão presentes duas proposições gnosiológicas. Para começar, conhece-se coisas: existe uma realidade independente do trabalho da consciência, uma realidade objetiva (“objeto” em seu significado forte, como o “posto-diante”, *ob-jectum*; no limite, como aquilo que se opõe, como no verbo “objetar”), uma realidade que se oferece ao sujeito de conhecimento, o qual, à condição de “abrir olhos e ouvidos”, simplesmente a reproduz. Nesses termos, conhecer é predominantemente refletir, no uso transitivo direto do verbo: antes de ser ponderação (refletir sobre algo), é repetição (refletir algo). Essa posição, para a qual “o conhecimento sempre se refere a algo que se não inclui no puro ato de conhecer”²³, pode ser chamada de realista. Segunda proposição: conhece-se coisas através da sensibilidade. A realidade objetiva atinge o sujeito de conhecimento em seus órgãos dos sentidos, produzindo sensações; estas, na medida em que apresentam certa regularidade, são associadas umas às outras, formando percepções, as quais constituem a fonte das ideias²⁴. O próprio Ehrlich ilustra essa operação: diz ele que, a partir da “observação” de um “determinado fígado de um determinado mamífero” (isto é, a partir do fígado percebido *hic et nunc* por meio de um conjunto de sensações como textura, peso e cor), busca-se estabelecer uma “validade geral” (uma regularidade) que permita formular um “método especial” (uma ideia)²⁵. O conhecimento, diria então Ehrlich, é empírico.

Do lado de Kelsen, tem-se algo completamente diferente. De início, ele define a ciência do direito como “uma ciência que, já *a priori*, não se propõe a explicar a realidade”²⁶: o conhecimento jurídico, para Kelsen, não se dirige a fatos, como já apontado, mas a normas; quando se dirige a fatos, fá-lo somente porque formam o conteúdo de normas. Maneira de dizer, grosso modo, que conhecer não é conhecer coisas, mas sim objetos ideais, representações de coisas ou coisas enquanto representadas: uma posição que se poderia chamar, não sem grande cuidado,

²⁰ Não ocorre silogismo, por exemplo, na verificação da validade da norma fundamental, dada a falta da premissa maior. Da mesma forma, não se pode reduzir a hermenêutica da teoria pura do direito a simples formulação de silogismos.

²¹ Kelsen, Teoria Pura do Direito, p. 216.

²² Ehrlich, Fundamentos da Sociologia do Direito, p. 375.

²³ Reale, Miguel. Filosofia do Direito, p. 117.

²⁴ Veja-se Locke, John. Ensaio Acerca do Entendimento, II, especialmente §§ 2, 3 e 9.

²⁵ Ehrlich, Fundamentos da Sociologia do Direito, p. 384.

²⁶ Kelsen, Hans. Una "Fondazione" della Sociologia del Diritto. In: Febbrajo, Alberto (Org.). Verso un Concetto Sociologico di Diritto, p. 8.

idealista²⁷. Posição, de qualquer forma, de inspiração kantiana, ao menos na medida em que nela está dito que o sujeito cognoscente não é passivo em relação ao objeto, mas contribui ativamente para seu conhecimento²⁸ – dir-se-ia, adaptando uma afirmação de Paul Klee sobre a arte expressionista, que, para Kelsen, o conhecimento não reproduz o visível (como, de resto, poderia ser a posição de Ehrlich), mas torna visível²⁹. Desse argumento gnosiológico decorrem dois conceitos pouco lembrados do método de Kelsen, que não por acaso ele irá buscar em autores neokantianos: função (Ernst Cassirer) e ficção (Hans Vaihinger). Conceitos que se opõem à ideia de um objeto externo em sua fixidez e realidade, conferindo à teoria pura do direito um caráter construtivista.

Em síntese: para Ehrlich, o conhecimento é realista quanto à sua origem e empírico quanto à sua natureza; para Kelsen, é idealista quanto à sua origem e construtivista quanto à sua natureza. Seria de se perguntar se essa diferença de proposições gnosiológicas não poderia ser vista como sendo uma razão por trás da distinção, clássica em história da filosofia do direito, entre antiformalismo e formalismo.

2. Interesses

Por razão ou racionalidade é possível entender, de forma muito geral, organização³⁰. Raciocinar, isto é, empregar a razão, significa organizar elementos, supondo que sejam organizáveis; articulá-los em conceitos e proposições (pensamento lógico), em mitos (“pensamento selvagem”); articular conceitos, proposições e mitos entre si; combiná-los coerentemente, quer dizer, segundo certas convenções históricas intersubjetivamente partilhadas (os princípios de identidade, não contradição, terceiro excluído e razão suficiente). Nesse sentido, aquilo que se chama razão subjetiva, razão do homem, capacidade intelectual e moral dos seres humanos, é a faculdade de organizar elementos (p.ex., predicando sujeitos: os corpos são extensos, o bem é desejável, etc.); por sua vez, a chamada razão objetiva, razão das coisas, racionalidade do real em si mesmo, é a possibilidade de os elementos se encontrarem organizados ou pelo menos de serem organizáveis.

Razão é, pois, um modelo de organização. Organização que define não apenas a estrutura e as possibilidades do pensamento, mas também a estrutura e as possibilidades da efetividade e das práticas. Existe uma continuidade ou, pelo menos, uma colateralidade entre o pensamento, a realidade e a prática: considere-se, por

²⁷ Não sem grande cuidado, pois a teoria pura do direito não se contenta apenas em descrever as normas que determinam os atos (estática jurídica), mas também os atos que, determinados por normas, criam normas (dinâmica jurídica): a teoria de Kelsen parece escapar a uma oposição simplista realismo/idealismo. De qualquer modo, compare-se uma afirmação de Kelsen como “a realidade é relativa ao sujeito cognoscente” (Kelsen, Hans. *Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política*, In: _____. *A Democracia*, p. 348) com a de um idealista como Schopenhauer: “O mundo inteiro é tão-somente objeto em relação ao sujeito, intuição de quem intui, numa palavra, representação”. Schopenhauer, Arthur. *O Mundo como Vontade e como Representação*, I, §1, p. 43. Mais sobre idealismo em Reale, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 119.

²⁸ Veja-se Kant, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*, prefácio, p. 39. Em *Teoria Pura do Direito*, p. 81, Kelsen, sem citar Kant, afirma que, assim como o “conhecimento ordenador da ciência” transforma “o caos das sensações” em “natureza como um sistema unitário” (um argumento bastante kantiano), assim também o “conhecimento da ciência jurídica” transforma a “pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos” em um “sistema unitário isento de contradições”, isto é, em uma “ordem jurídica”. Nesse sentido, afirma Kelsen, o conhecimento jurídico produz seu objeto (a ordem jurídica), produção essa, o autor faz questão de ressaltar, que tem “um puro caráter teórico ou gnosiológico”.

²⁹ KLEE, Paul. *Confissão Criadora*, In: _____. *Sobre a Arte Moderna e Outros Ensaios*, p. 43.

³⁰ Veja-se, p.ex., Lalande, *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, p. 912.

exemplo, a tese hegeliana da racionalidade do real³¹, ou ainda a relação de intensificação/multiplicação entre a prática política e o pensamento descrita por Foucault³².

Mas razão não significa apenas organizar elementos; significa organizá-los segundo um objetivo, uma intenção. “Certamente os discursos são feitos de signos”, escreve Foucault, “mas o que fazem é mais do que utilizar esses signos para designar coisas”³³. Mais do que combinar signos e coisas, os discursos veiculam uma vontade: vontade de saber, vontade de verdade – raciocinar é organizar elementos segundo uma vontade de verdade. Vontade impulsionada por um puro desejo de conhecer a totalidade? Organização que, sob essa vontade, desenvolve-se autônoma, impessoal, objetiva, imperturbavelmente? Talvez. Mas suponha-se que não; suponha-se que a vontade de verdade seja um mecanismo fisiológico e político. Fisiológico, pois está relacionada com a manutenção de uma determinada forma de vida (globalizada, tecnológica, burguesa, etc.); a referência aqui é Nietzsche: “Por trás de toda lógica e de sua aparente soberania de movimentos existem valorações, ou, falando mais claramente, exigências fisiológicas para a preservação de uma determinada espécie de vida”³⁴. Político, pois é um componente essencial do funcionamento do poder moderno; aqui, Foucault: “Somos forçados a produzir a verdade pelo poder que exige essa verdade e que necessita dela para funcionar”³⁵. Ora, a organização de elementos levada a cabo por uma tal vontade de verdade, mais próxima dos médicos e dos políticos (e Foucault demonstrou quão semelhantes são essas duas figuras) do que dos cientistas e filósofos, não pode senão colocar em funcionamento procedimentos de controle e de seleção que têm por função responder àquelas exigências fisiológicas e políticas. Em outras palavras, não se pode falar sobre tudo, mas somente sobre aquilo que se deseja falar, sendo que o conteúdo da fala diz mais sobre o falante e suas fantasias do que sobre o falado e sua realidade. No limite, isso nada mais é do que uma forma rebuscada de repetir Schopenhauer: a razão é um momento da vontade.

Isso para dizer que, sendo uso da razão, a sociologia do direito e a teoria pura do direito são formas de organizar elementos que colocam em funcionamento um procedimento de seleção (fato/norma, eficácia/validade) – o que já estava dito naquela afirmação de André-Jean Arnaud: “Ela [a razão jurídica] é opção por uma visão do mundo; ela é tomada de posição filosófica; ela é adoção de uma linha política. [...] a razão jurídica se constitui como escolha”³⁶. Esse procedimento de seleção tem por função responder a uma intenção, a saber, fazer combate àquilo que Ehrlich chama de “ciência jurídica dominante”³⁷ e que em Kelsen aparece como “ciência jurídica tradicional”³⁸, ou seja: uma racionalidade hegemônica, uma forma consolidada de pensar o direito, portanto, uma forma consolidada de realidade e de prática jurídicas³⁹. Esse é um primeiro ponto a admitir, se for o caso. Outro ponto: as reflexões filosóficas

³¹ “O real é racional e o racional é real”. Hegel, Georg F. W. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. XXXVI.

³² “Não utilize o pensamento para dar a uma prática política um valor de verdade; nem a ação política para desacreditar um pensamento, como se ele não fosse senão pura especulação. Utilize a prática política como um intensificador do pensamento, e a análise como um multiplicador das formas e dos domínios de intervenção da ação política”. Foucault, Michel. *Dits et Écrits*, III, p. 135.

³³ Foucault, Michel. *A arqueologia do Saber*, p. 60.

³⁴ Nietzsche, Friedrich. *Além do Bem e do Mal*, I, 4, p. 11.

³⁵ Foucault, Michel. *Em Defesa da Sociedade*, p. 22.

³⁶ Arnaud, André-Jean, *Critique de la raison juridique I – Où va la sociologie du droit?*, p. 36.

³⁷ V. p. ex. Ehrlich, *Fundamentos da Sociologia do Direito*, p. 373.

³⁸ V. p. ex. Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 189.

³⁹ Como se pode ver, as expressões “ciência jurídica dominante” e “ciência jurídica tradicional” parecem exercer a mesma função tanto em Ehrlich como em Kelsen, embora estejam referidas a objetos distintos: à jurisprudência dos conceitos, no primeiro caso, e à “metafísica” (conceito no qual, como se verá, inclui-se a própria sociologia do direito), no segundo.

descritas anteriormente são racionalidades distintas da sociologia do direito e da teoria pura do direito⁴⁰ que colocam em funcionamento um procedimento de seleção (indução/dedução, realismo/idealismo) que instrumentaliza a sociologia do direito e a teoria pura do direito no combate às racionalidades hegemônicas. Coloca-se então, finalmente, a questão que se propõe abordar: qual é o peso das reflexões epistemológicas e gnosiológicas no combate à “ciência jurídica dominante” (a jurisprudência dos conceitos) e a “ciência jurídica tradicional” (a metafísica)?

De início, a jurisprudência dos conceitos pode ser definida, de maneira meramente operacional para as finalidades deste estudo, como uma maneira de pensar que consolida um sistema de conceitos como realidade jurídica e um trabalho de interpretação (desse sistema) como prática jurídica⁴¹. Essa forma de racionalidade será completamente invertida pela sociologia do direito, que, fundamentando a ciência do direito em uma epistemologia descritiva/indutiva e em uma gnosiologia realista/empírica, pode consolidar, como realidade jurídica, a própria realidade social, e, como prática jurídica, um trabalho de observação (da realidade).

A metafísica, em seu sentido clássico, pode ser caracterizada como uma maneira de pensar que consolida a razão como realidade jurídica e um trabalho de contemplação (da razão) como prática jurídica. Esse é certamente um dos significados que a palavra assume em Kelsen – mas não é o único. Pode-se encontrar também a ideia de metafísica como maneira de pensar que estabelece uma ligação entre a normatividade e a facticidade, consolidando, desta vez, o fato como realidade jurídica e um trabalho de observação como prática jurídica: o que é exatamente o modelo de racionalidade instaurado pela sociologia do direito⁴². Fundamentando a ciência do direito em uma epistemologia normativa/dedutiva e em uma gnosiologia idealista/construtivista, a teoria pura do direito poderá inverter ambas as formas de racionalidade, ditas metafísicas: em primeiro lugar, designa, como realidade jurídica, não a razão nem o fato, mas a norma, entendida como o significado (daí não se confundir com o fato) de um ato de vontade (daí sua irracionalidade); em segundo lugar, como prática jurídica, consolida, não a contemplação nem a observação, mas um trabalho de interpretação da norma.

3. Necessidades

É preciso abandonar o progresso como hipótese de trabalho. Isso significa abandonar um certo número de noções, tais como acumulação de conhecimento, descobrimento da verdade, evolução da consciência intelectual ou moral. Ao invés de um processo linear contínuo de racionalização, ao invés de uma forma única, transcendental, de racionalidade, que a experiência histórica não faria mais do que desdobrar suas potencialidades, é preciso reconhecer um campo imanente à experiência histórica, onde as formas de racionalidade são ora bloqueadas, ora estimuladas por situações históricas concretas. Ehrlich é plenamente consciente de uma tal racionalidade historicamente imanente: “Não eram teorias que indicavam aos juristas as orientações e o método, mas eram as necessidades que criavam a orientação, o método e a teoria”⁴³. Cada nova necessidade representa uma mudança

⁴⁰ O que já estava dito quando se distinguia as perguntas “que é corpo?” (para a física) e “que é física?”.

⁴¹ V. Reale, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 416-417.

⁴² Sobre a sociologia do direito como metafísica, conforme *infra*.

⁴³ Ehrlich, *Fundamentos da Sociologia do Direito*, p. 365. Não que em Kelsen também não esteja presente uma consciência histórica; é o contrário que acontece: apesar da (aparente) tendência a-histórica do autor, o que há de mais central e supostamente menos histórico em sua teoria – o princípio da “pureza” – expressa tanta consciência histórica quanto a citada afirmação de Ehrlich, como se verá.

completa de orientação, o que impede qualquer acúmulo, qualquer evolução, qualquer progressão e continuidade. No limite, é como afirma Marilena Chauí:

A razão é histórica – isto é, muda temporalmente – mas essa história não é cumulativa, evolutiva, progressiva e contínua. Pelo contrário, é descontínua, se realiza por saltos e cada estrutura nova da razão possui um sentido próprio, válido apenas para ela⁴⁴.

Tente-se aplicar esse argumento à sociologia do direito e à teoria pura do direito, especialmente no que se refere ao conceito de ciência do direito. Então, seria necessário descrever, não uma continuidade a progredir, mas, simplesmente, reações a situações históricas precisas, efeitos de uma experiência histórica que bloqueou as formas de racionalidade disponíveis até então (a jurisprudência dos conceitos e a metafísica) e forçou a instauração de outras formas. A questão que se coloca, agora, é de identificar tais situações, e a maneira como elas determinam os interesses descritos anteriormente, consequentemente, a maneira como determinam, também, as reflexões filosóficas.

Comece-se supondo, de um modo bastante geral, que a sociologia do direito e a teoria pura do direito são reações à mesma situação histórica, a saber, a modernidade: a sociedade moderna, revolucionando a economia dos possíveis até então vigente, torna impossível a racionalidade da jurisprudência dos conceitos e da metafísica, forçando a emergência de uma nova racionalidade jurídica adequada ao novo regime de possibilidades; então entram em funcionamento a sociologia do direito e a teoria pura do direito. Contudo, essa escala muito geral, embora verdadeira, é insatisfatória. Pois, aparentemente, Ehrlich e Kelsen não pensam a modernidade da mesma forma: quando a sociologia do direito e a teoria pura do direito se referem ao “moderno direito”⁴⁵, elas não se reportam, contra o que poderia parecer à primeira leitura, à mesma situação moderna; logo, não respondem à mesma necessidade.

Grosso modo, o moderno, em Ehrlich, parece estar associado predominantemente ao desenvolvimento da técnica, entendido esse termo da forma mais geral possível, como um modo de fazer que responde à pergunta pelo “como” de uma atividade qualquer⁴⁶. Quando, então, se refere às “modernas condições sociais e econômicas”⁴⁷, Ehrlich pensa no quadro presente da técnica, e o “moderno direito” – o “direito vivo” – é aquele que reproduz esse quadro.

Alguns exemplos parecem autorizar essa interpretação: ao tratar do contrato de arrendamento agrário, Ehrlich critica duramente os códigos alemães e austríacos quando (ainda inspirados pela jurisprudência dos conceitos, acrescentar-se-ia) se concentram apenas nas disposições do direito romano sem buscar saber como, na Alemanha e na Áustria, se pratica o aproveitamento do solo⁴⁸; critica os juristas por não saberem a organização do latifúndio, da fábrica e do banco, em outras palavras, por não saberem como eles funcionam⁴⁹; afirma que o direito comercial não traduz a

⁴⁴ Chauí, Marilena. Convite à Filosofia, p. 84.

⁴⁵ Ehrlich, Fundamentos da Sociologia do Direito, p. 382; Kelsen, Teoria Pura do Direito, p. 176.

⁴⁶ No essencial, uma definição de inspiração weberiana: a técnica como um conjunto de meios. Veja-se: Weber, Max. Economia e Sociedade, vol. 1, p. 38. Espera-se que seu emprego não represente um completo anacronismo, ao argumento de que Ehrlich e Weber participam do mesmo ambiente social (a Alemanha da virada do século XIX), isso muito embora a primeira edição de *Economia da Sociedade* seja de 1922, dez anos depois, portanto, da publicação de *Fundamentos da Sociologia do Direito* (1912).

⁴⁷ Ehrlich, Id., p. 376.

⁴⁸ “Até agora, nem todos os tipos de aproveitamento do solo foram formulados juridicamente”, ele lamenta. Ehrlich, Id., p. 377.

⁴⁹ Ehrlich, Id., p. 378.

“meditação profunda” de um autor, mas sim a forma como se praticam negócios em geral⁵⁰; define como “campos de trabalho para o jurista” as novas maneiras como se produz bens nos trustes e cartéis⁵¹.

Caso se admita esse argumento, seria então possível discernir na sociologia do direito uma situação histórica concreta – o “desenvolvimento super-rápido” da técnica – bloqueando, impossibilitando, deslegitimando uma racionalidade jurídica, uma maneira de pensar o direito focada em conceitos abstratos, em favor de uma racionalidade outra (não, necessariamente, nova, melhor ou mais científica), capaz de acompanhar a dinâmica da técnica através da observação do que acontece concretamente na realidade.

Por outro lado, em Kelsen o moderno parece não estar, ao menos não diretamente, associado ao desenvolvimento da técnica, mas sim àquilo que Weber, autor lido e comentado pelo jurista vienense, chamou de desencantamento. Por esse conceito, Weber pretende isolar um processo histórico-religioso associado à racionalização do Ocidente: trata-se da “eliminação da magia como meio de salvação”, da “desvalorização de todos os sacramentos como meio de salvação”⁵²; segundo Habermas, da destruição das “imagens religiosas do mundo”⁵³. Ora, pode-se muito bem contar, dentre essas imagens, as normatividades inerentes; pois o Criador manifesta sua vontade – logo, sua norma – por meio das coisas criadas⁵⁴. No mesmo movimento em que destrói as imagens religiosas do mundo, o processo de desencantamento destrói também toda sorte de continuidade entre a normatividade e a efetividade: os parâmetros de orientação não brotam mais, como de uma fonte, do mundo, agora tornado opaco, nem da razão, agora tornada muda. Na linguagem de Kelsen, isso se enuncia: “Da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja”⁵⁵. Vê-se como o princípio da pureza, mais do que simplesmente uma herança kantiano-humana, é a expressão, no campo do direito, da consciência moderna de um limite: as estrelas não podem mais guiar os homens em direção ao salvador, como acontecia na época dos Evangelhos; o fato – mais genericamente, o meta-normativo – não é capaz de explicar a norma.

Assim, quando se refere ao “moderno direito”, Kelsen pensa, não em um direito de acordo com o estado presente da técnica, mas em um direito que traduz o desencantamento moderno. Isso significa abandonar, ao mesmo tempo, as propostas jusnaturalistas de um direito fundado na razão e as propostas sociológicas de um direito fundado no fato. Ambas são, para Kelsen, “metafísica”. O desencantamento deslegitima uma racionalidade jurídica baseada na contemplação da razão e na observação dos fatos; ele exige uma racionalidade que lhe seja coerente, e esta não poderá ser senão uma forma de pensar que, ao mesmo tempo, consolide a norma como objeto da ciência do direito e desacople a norma da razão e do fato – sem, porém, fazê-lo de uma maneira absoluta, pois isso seria supor uma norma autônoma, o que caracteriza, também, um pensamento metafísico.

Em síntese: o desenvolvimento da técnica deslegitima a racionalidade característica da jurisprudência dos conceitos (conceito–interpretação), privilegiando um modelo de racionalidade como aquele fornecido pela sociologia do direito (fato–observação); o desencantamento do mundo, por sua vez, deslegitima tanto a

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Weber, Max. A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo, p. 106 e 133.

⁵³ Habermas, Jürgen. O Discurso Filosófico da Modernidade, p. 3.

⁵⁴ Veja-se a doutrina teológica de Paulo: Rômanos 1:18-21.

⁵⁵ Kelsen, Teoria Pura do Direito, p. 6.

racionalidade abstrata do jusnaturalismo (razão–contemplação) quanto a racionalidade empírica das correntes sociológicas, privilegiando um modelo de racionalidade jurídica como o fornecido pela teoria pura do direito (norma–interpretação).

Sendo o caso de aceitar esse argumento, seria preciso reconhecer que, apesar das necessidades diferentes, a mesma situação histórica inspira Ehrlich e Kelsen: com efeito, ao menos segundo uma tradição que vai de Max Weber a Oswald Spengler e Martin Heidegger, técnica e desencantamento correspondem às duas faces do mesmo processo de racionalização que caracteriza a modernidade ocidental.

Bibliografia

- BÍBLIA. *La Bible de Jérusalem*. Paris: Les Éditions du Cerf, 1998.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1995.
- EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.
- FOUCAULT, M. *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- _____. *Dits et Écrits*, vol. III. Paris: Éditions Gallimard, 1994.
- _____. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HEGEL, Georg F. W. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 1994.
- KANT, Immanuel. “Crítica da Razão Pura”, in: *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.
- _____. *Manual dos Cursos de Lógica Geral*. São Paulo: UNICAMP, 2003.
- KELSEN, Hans. “Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política”, in: _____. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. “Una ‘Fondazione’ della Sociologia del Diritto”, in: Febbrajo, Alberto (Org.). *Verso un Concetto Sociologico di Diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- KLEE, Paul. “Confissão Criadora”, in: _____. *Sobre a Arte Moderna e Outros Ensaio*s. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LOCKE, John. “Ensaio Acerca do Entendimento Humano”, in: *Coleção Os Pensadores*, vol. XVIII. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal*. São Paulo: Comp. das Letras, 2005.
- PERISSÉ, Gabriel. “A Língua em Todos os Sentidos”, in: LAUAND, Jean. *Revelando a Linguagem*. São Paulo: Factash Editora, 2016.
- PIEPER, Josef. *Que é Filosofar?*. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *O Mundo como Vontade e como Representação*. São Paulo: UNESP, 2005.
- STUART MILL, John. “Sistema de Lógica Dedutiva e Indutiva”, in: *Coleção Os Pensadores*, XXXIV. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- Weber, Max. *A Ética Protestante e o “Espírito” do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- _____. *Economia e Sociedade*, vol. 1. Brasília: Editora Univ. de Brasília, 2012.

Recebido para publicação em 12-03-16; aceito em 14-04-16