

DA BUKOWINA AUSTRIACA À GLOBAL: RESGATANDO O DIREITO VIVO DO SEU SINCRETISMO METODOLÓGICO

Sandra Regina Martini*
Mateus Di Palma Back**

RECEBIDO EM:	20.4.2017
APROVADO EM:	30.5.2017

- * Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983), mestrado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997), doutorado em *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* pela Università Degli Studi di Lecce (2001), pós-doutorado em Direito (Roma Tre, 2006) e pós-doutorado em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Foi professora titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli e professora visitante da Università Degli Studi Di Salerno. Atualmente é Pesquisadora Produtividade 2 CNPq, professora do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter), professora-visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD). E-mail: srmvial@terra.com.br
- ** Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc, 2013) e mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio Sinos (Unisinos, 2016). E-mail: mateusdpb@hotmail.com

• SANDRA REGINA MARTINI
• MATEUS DI PALMA BACK

- **RESUMO:** O presente trabalho critica a leitura dominante do “debate” conceitual travado por Hans Kelsen e Eugen Ehrlich, pautado por uma perspectiva antiquada (dualismo metodológico), que resultou em um século de rejeição inautêntica da metodologia do direito vivo. Recorre-se aos fundamentos da crítica e do método, bem como a um recente trabalho de Gunther Teubner para elucidar as debilidades e as promessas do método do direito vivo e, de certa forma, de seu herdeiro teórico: o pluralismo jurídico.
- **PALAVRAS-CHAVE:** sociologia do direito; ciência do direito; direito vivo.
- **ABSTRACT:** The present work criticizes the prevalent understanding of the conceptual “debate” engaged by Hans Kelsen and Eugen Ehrlich, based in a outdated perspective (methodological dualism), that resulted in a century of inauthentic rejection of the Living Law methodology. One resorts to the foundations of the critic and the method, as well as a recent work of Gunther Teubner to elucidate the weaknesses and the promises of Living Law method and, in a sense, its theoretic heir: legal pluralism.
- **KEYWORDS:** sociology of law; science of law; living law.

1. Introdução

Mais de um século se passou desde a publicação da *Grundlegung der Soziologie des Rechts*¹ (1913), de Eugen Ehrlich, na qual o jurista austríaco propôs a polêmica porém inovadora metodologia do direito vivo. No seu tempo, o trabalho foi uma investida contra os jus teóricos que viam no Estado a única fonte de produção da sua matéria e ofício: o direito. Sua observação da vida social da Bukowina motivou sua posição de afirmar, como muitos que mais tarde o seguiriam, que a vida social é regulada por inúmeras instituições, associações e normas não vinculadas à (nem produzidas pela) figura do estado e, assim, uma conceituação radicalmente abrangente de direito deveria substituir àquela centrada nesta. Ehrlich pretendia, com seus fundamentos para uma sociologia do direito, lançar uma ciência autêntica do direito.²

1 Traduzido no Brasil, pela UnB, como *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Para o controle da tradução disponível, recorreremos ao texto original (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*) de 1913 cuja versão digitalizada está disponibilizada em arquivo virtual devidamente aludido nas referências.

2 “Como o direito é um fenômeno social, qualquer tipo de jurisprudência pertence ao âmbito das ciências sociais, mas a ciência do direito propriamente dita é parte integrante da ciência social teórica, isto é, da sociologia. A sociologia do direito é a doutrina científica do direito” (ERLICH, 1986, p. 26).

Pouco tempo após a publicação dessa obra, a importante revista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* publica (1915) uma crítica contundente a essa que foi considerada a sua obra máxima. O autor da crítica era o então jovem jurista Hans Kelsen, que viria a ser um dos mais importantes juristas e politólogos do século XX. À época, Kelsen já havia publicado o seu *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* e questionava a obra de Ehrlich por meio de categorias que lhe serviriam para fundamentar seu método normativo e a sua própria proposta de ciência jurídica - efetivamente consolidada com a publicação da primeira edição da sua *Teoria Pura do Direito* em 1934 e mais radicalmente difundida após a segunda edição, publicada em 1960. A crítica obteve uma breve resposta, à qual foi recebida com uma réplica ainda menor que suscitou, por fim, mais duas ou três páginas pouco úteis onde mais foram trocadas acusações que esclarecimentos.³

Então temos de tomar algumas precauções ao trabalharmos com o “debate” de Hans Kelsen e Eugen Ehrlich. Inicialmente, reconhecemos que o trabalho de Ehrlich trouxe intrigantes perspectivas para uma discussão teórica onde o direito pôde ser estudado fora de um tradicional esquema de fontes jurídicas e normas estatais, favorecendo o emprego de categorias mais práticas (*associações, instituições, organização, os papéis dos indivíduos, os fatos do direito*) que favorecia uma pesquisa sociológica ou uma crítica da política jurídica. Houve uma rica tentativa de trazer à vida prática jurídica reflexões que envolvessem economia, sociedade e pesquisas empíricas com proposições de juízos indutivos.

Apesar desse instigante legado, Ehrlich pode ser (tanto que, em oportunidades, foi) responsabilizado como um dos expoentes de um problema conceitual perpetuado pelo emprego do termo *pluralismo jurídico*, o problema em *defining the “legal” in legal pluralism* - no “bom” português: definir o que há de “jurídico” no pluralismo *jurídico*. Essa seria a segunda ressalva: acrescenta-se ao bom legado de Ehrlich a sua frustrante incapacidade de definir o que é direito (e de diferenciar o direito de outros possíveis

3 A rudeza das acusações de Kelsen (ainda fossem elas bem fundamentadas) pode ter sido a grande responsável pelo fato de o debate entre os autores não ter francamente se realizado - e Ehrlich faleceu menos de uma década depois do atrito. Inexoravelmente, ataques bem fundamentados e igualmente espinhosos foram desferidos por Brian Z. Tamanaha (1993) no seu “The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism” a entusiastas do pluralismo jurídico quando à temática voltou a despertar curiosidade na academia em meados da década de 1980, o que felizmente não prejudicou que as discussões seguissem adiante até que a retratação veio em 2007 em uma discreta nota de roda pé (n.47) do seu artigo “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”. Duas demonstrações de que a temática tem que ser abordada com um certo tato diplomático, até para que juristas e sociólogos tenham disposição para entenderem-se uns aos outros.

• SANDRA REGINA MARTINI
• MATEUS DI PALMA BACK

esquemas normativos); que aliás foi, mais tarde, toda a razão de ser da Teoria Pura do Direito. Uma herança que persiste nos debates mais contemporâneos.

A crítica de Kelsen à *Grundlegung* de Ehrlich contém o que é o embrião de sua própria teoria, a distinção lógica entre *Sein* e *Sollen* através da qual Kelsen denuncia o sincretismo metodológico da proposta de Ehrlich. Esse é o âmago da crítica de Kelsen – por isso o “debate” foi apelidado por Bart van Klink de *Facts and Norms* (2006) –: a dificuldade de Ehrlich em classificar seu objeto de estudo enquanto (na linguagem de Ehrlich) *regras de conduta* ou *normas de decisão*; apesar de ele claramente situar a investigação do direito vivo no campo das primeiras. Como qualquer característica hereditária persistente, estudos de pluralismo jurídico que herdaram a suposta dificuldade conceitual expressada na metodologia do direito vivo acabam por invariavelmente cruzar essa “divisão ontológica”.⁴

Transcorreu-se um largo período desde que as observações de Ehrlich do cotidiano da Bukowina fizeram-no concluir que a conduta social dos diversos indivíduos associados em diferentes grupos e sujeitos a instituições diferenciadas parece se organizar segundo as orientações normativas surgidas da própria sociedade, manifestada setorialmente nessas associações, e não, como a “ideologia dos juristas” acusava, dos códigos, dos tribunais ou quaisquer agentes do estado. Recentemente, observações similares serviram para convencer o jurista e sociólogo Gunther Teubner que o processo policêntrico de globalização (TEUBNER, 2005, p. 118) resulta numa fragmentação e especialização funcional do direito global que já não atina mais segundo a lógica dos Estados-nação, mas segundo a lógica de organizações *inter-* e *trans-*nacionais. Assim, contrapondo-se a uma pretensão de uma organização jurídica cosmopolita hierarquizada, o direito torna-se um fenômeno fragmentário, relativo a um complexo de múltiplos sistemas produtores de expectativas normativas caracterizado pela acentralidade e lateralidade das instituições regradoras e resolvidoras de dissídios numa experiência juridicamente plural – ele alude especificamente à proposição ehrlichiana do direito vivo: uma Bukowina Global.

4 “What legal pluralists fail to see is that this refinement upon living law inserts a disabelling equivocation into the heart of their concept of law. [...] legal pluralists traverse an ontological divide which separates the nature from the norms involved. [...] the former refers to what people in a social group actually do, the practices and the customs they feel obligated to and follow as a matter of ongoing social action; the latter refers to the coercitive apparatus of that social group, to (in legal pluralists terms) that group’s ‘legal’ institution. Since these two aspects are very different, and they are derived from alternative ways of viewing law, which of the two is ‘law’?” (TAMANAH, 1993, p. 206-207, grifo nosso).

Teubner faz um bom caso em defender sua proposição através do exemplo paradigmático da (nova) *lex mercatória* propondo que a carência de um direito preexistente e hierarquicamente afirmado para garantir a validade de contratos permitiu o (auto) desenvolvimento de uma ordem *jurídica* típica que garante sua validade escondendo/desparadoxizando o paradoxo da auto-validação do contrato (TEUBNER, 1996, p. 11). Uma ordem independente das centradas nos Estados-nação e que tem por fontes os próprios contratos e uma tradição contratual perpetuada no arbitramento desparadoxizador da autovalidação do contrato. A observação de práticas mercantis recorrentes é evidenciada como uma exigência factual empírica que justifica a própria necessidade de explicar a *lex mercatória* enquanto ordem normativa que, todavia, só é materializada pela contrafactualidade da autovalidação do contrato. Enfim, o exemplo da *lex mercatória* soa muito mais satisfatoriamente como uma ordem normativa autônoma do que o exemplo do industriais do ferro⁵ empregado por Ehrlich.

No caso da *lex mercatória*, a eficácia das regras de comportamento adotadas pelos participantes aparentemente surge como condição de validade das regras de comportamento com um sutil estratagema teórico para se adequar à exigência lógica da “divisão ontológica”; mas diferente do estratagema empregado pelo próprio Kelsen para a explicar a validade do ordenamento jurídico enquanto um todo: a eficácia ampla e duradoura da própria ordem normativa. Por isso, acreditamos que talvez o grande “debate” conceitual travado entre Kelsen e Ehrlich, e repetido hoje entre monistas e pluralistas jurídicos, não seja realmente um debate sobre *facts and norms*.

Infelizmente para Ehrlich, também não se explica o debate por causa de uma simples preferência ideológica - uma preferência sem fundo - dos juristas de reduzir-se a experiência jurídica àquela estatal. Kelsen é uma peça-chave para se entender que a acusação de redução de direito ao estado não se sustenta. Do fato de o Estado ser direito, uma forma de organização jurídica, não decorre que o direito não tenha se apresentado em outras formas ao longo da história ou que não haja uma organização jurídica que transcenda os limites do estado; essas são conclusões inválidas.

Parece-nos que a disputa conceitual para se definir o que há de jurídico em qualquer ordem que se acuse por jurídica não se resume a uma simples exigência de se-

5 “Em uma *enquete* promovida pelo governo austriaco sobre o cartel do ferro, um de seus principais chefes, diretor Kestranek, declarou que para ele é secundário se o cartel tem caráter legal ou não já que os compromissos assumidos são cumpridos, sejam eles legalmente válidos ou não: ‘Os industriais do ferro são homens que cumprem os contratos, mesmo que estes não tenham validade jurídica’” (EHRlich, 1986, p. 56).

- SANDRA REGINA MARTINI
- MATEUS DI PALMA BACK

pararem-se fatos e normas, mas também não se resume a uma desvinculação conceitual do direito à sua forma de organização, o Estado. Eis como construímos os argumentos.

2.

A crítica de Kelsen à obra de Eugen Ehlich é uma reafirmação dos preceitos lógicos que orientariam sua produção teórica por toda a vida. Trata-se da distinção entre *ser* (*Sein*) e *dever ser* (*Sollen*). No caso das ciências sociais, ela indica uma diferença entre dois modos gerais de se observar de um objeto em particular: o comportamento, ou melhor, a conduta humana. Do emprego desses modos de observação, o observador lida – propositivamente – ora com uma descrição *verdadeira* ou *falsa*, ora com uma prescrição *válida* ou *inválida* do comportamento observado. Trata-se de uma distinção cognitiva fundamental.

Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que 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 (KELSEN, 2006, p. 6).

Kelsen defendia que a norma jurídica válida é uma forma de se categorizar *valorativamente* um comportamento, de prescrevê-lo e não de factualmente descrevê-lo tal como ocorre. A norma é uma categoria de *dever ser* (KELSEN, 1992, p. 216). O modelo de ciência que Kelsen se propôs foi o de uma ciência valorativa⁶ do direito, uma que explicasse o sentido de validade de uma norma através da sua inserção e coerência com um ordenamento jurídico em particular. Não haveria sequer a necessidade de que a norma seja implementada pelas autoridades estatais ou que a conduta prescrita seja observada pelos indivíduos durante o exercício de seus ofícios diários – em outras palavras: não há necessidade de eficácia da norma observada para que a mesma seja *válida*, i.e, efetivamente considerada jurídica – e, portanto, observar que um dado indivíduo se comporte de maneira ‘x’ não presume que ‘x’ seja um comportamento lícito, desejável ou decorrente de uma prescrição qualquer.

Essa maneira de observar o fenômeno jurídico não era, admitidamente, uma maneira *sociológica* de fazê-lo, mas também Kelsen não acusara as propostas de socio-

6 “[...] en otras palabras, una ciencia del derecho normativa” (KELSEN, 1992, p. 214).

logia jurídica de serem cientificamente fraudulentas. Ele apenas exigira que o modo de consideração sociológico divergisse fundamentalmente do modo de consideração normativo⁷ quanto ao estudo do direito enquanto fato - um dado do *ser* - no caso do primeiro, e enquanto norma - um dado do *dever ser* - no caso do segundo. Toda essa crítica, portanto, partia do dualismo metodológico kelseniano.

Eugen Ehrlich, que se sentira ofendido por ter sido acusado de não haver compreendido esta distinção lógica fundamental (EHRlich, 2010a), por sua vez, tinha um plano mais ambicioso para o único empreendimento teórico que acreditava científico: a *sociologia do direito*, que, para Ehrlich, deveria se iniciar com a investigação do direito vivo:⁸

O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia-a-dia do comércio dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais (EHRlich, 1986, p. 378).

Tal estudo consiste na proposição (descritiva) de regras de conduta que, independentemente de serem empregadas nos tribunais⁹ ou encontrarem sua razão de ser na legislação nacional, descrevam como os indivíduos efetivamente se comportam em virtude de orientações institucionais¹⁰ específicas ou dos papéis desempenhados em associações¹¹ organizadas¹² de maneiras diversas:

Normas sociais, sejam elas normas jurídicas ou outras, sempre têm sua origem numa associação; elas são obrigatórias somente para os membros desta associação e a obrigatoriedade se refere somente à relação do membro com a respectiva associação. Elas não têm validade fora do âmbito de associação (EHRlich, 1986, p. 66).

7 “Una sociología del derecho debería concebirse, sin duda alguna, de esta forma, sintiéndose en completa oposición a una jurisprudencia normativa” (KELSEN, 1992, p. 217).

8 “É portanto com a investigação do direito vivo que a sociologia do direito deve iniciar” (EHRlich, 1986, p. 384).

9 “A regra do agir humano e a regra de acordo com a qual o juiz decide controvérsias jurídicas podem [...] ser coisas muito diversas, pois com certeza os homens nem sempre agem segundo as regras que são aplicadas nas decisões referentes às suas querelas” (EHRlich, 1986, p. 14)

10 “O direito não consiste nas disposições jurídicas, mas nas instituições jurídicas; quem quer determinar quais são as fontes do direito deve saber explicar como surgiram Estado, Igreja, Família, propriedade, contrato, herança e como eles se modificam e evoluem no decorrer do tempo” (EHRlich, 1986, p. 70).

11 Tamanaha nos lembra que ambos Gieke e Tonnie trabalhavam essa categoria em ciência jurídica antes mesmo de Ehrlich (TAMANAHA, 2010, p. 24).

12 “É através da organização que o grupo humano se transforma em associação. A organização é a regra que indica a cada indivíduo sua posição e suas tarefas dentro da associação” (EHRlich, 1986, p. 70).

• SANDRA REGINA MARTINI
• MATEUS DI PALMA BACK

Aliás, há que relevar o modo todo especial com o qual Ehrlich se refere ao conceito de validade nessa citação anterior. Se o “âmbito de associação” (construção que surge, nesses termos, somente na tradução para o português) de um grupo efetivamente organizado é o que faz que as regras observadas sejam consideradas *válidas* ou *inválidas* (ainda que no sentido de *eficazes* ou *ineficazes*), poderíamos supor que Ehrlich, diferentemente de Kelsen, ignora o problema do paradoxo da autolegitimação do direito. Nesse quesito, Kelsen ao menos forneceu uma resposta que, embora insuficiente para um sociólogo preocupado em perscrutar os procedimentos por meio dos quais um sistema normativo supera esse paradoxo e se afirma perante seus observadores, basta para um jurista preocupado tão somente com se situar pragmaticamente perante as determinações de um sistema que já está dado, posto (positivo): a pressuposição da norma fundamental gnosiológica. Essa é uma acusação dura que fazemos, mas, como veremos, também uma que não se sustenta.

Prosseguindo: o direito vivo não é aquele direito vigente¹³ – que pode ser vivo, caso efetivamente praticado, ou mera “letra morta”, caso vigente porém ineficaz. Sua constatação depende imensamente de esforços indutivos de produção conceitual desenvolvidos sobre bases documentais ou constatações de hábitos recorrentes.

A preocupação do estudo do direito vivo – diferentemente da abordagem de Teubner – não envolve um estudo das *fontes* do direito, categoria que provoca a frustração de Ehrlich¹⁴ que concebe o direito como uma ordem social mais abrangente do que aquela reconhecida pelo “direito dos juristas”; envolve, antes, um estudo dos *atos* do direito,¹⁵ que são fatos através dos quais se formam as concepções jurídicas. Ou seja, tais concepções são obtidas indutivamente da observação dos fatos.

Mas então ficamos com um grave problema: “se devemos observar fatos de direito para, partindo-se desses, definir o direito vivo, como definimos fatos de direito como sendo *de direito* (antes que haja direito)?” Kelsen (1992, p. 231) pensa que “[s]i el derecho fuera un hecho, o el concepto del derecho una abstracción a partir de hechos, [...] [e]l derecho entonces

13 “Direito vigente (norma de decisão) parece ser o conteúdo decisivo do documento, pois em caso de processo é ele que conta; mas ele só é direito vivo na medida em que as partes o observam, mesmo que não pensem em processo” (EHRlich, 1986, p. 383).

14 “A jurisprudência dominante chegou [...] à conhecida teoria das duas fontes, a qual reduz todo o direito à lei e ao costume. [...] Creio [...] que seu fundamento na teoria do conhecimento deva ser procurado no axioma da contradição. Como todo direito que não seja lei só pode ser direito costumeiro, a questão referente ao conceito de direito costumeiro ou consuetudinário se resume na pergunta de como deve ser um direito que não seja lei. O motivo que não existiriam outras fontes, a não ser a lei e o direito consuetudinário, não é explicado” (EHRlich, 1986, p. 69).

15 Resumidamente: “[...]o hábito, a dominação, a posse e a declaração de vontade” (EHRlich, 1986, p. 71).

seria perceptible por los sentidos, observable!”. O que, na verdade, é precisamente o que Ehrlich defende e por isso mesmo propõe o estudo do direito vivo. Mas Kelsen prossegue:

Un hecho nunca es derecho o relación jurídica precisamente porque, en tanto que ser, es un hecho dado, valorativamente indiferente en si, carente de significado en la medida en que no es puesto en relación con una norma, es decir, con un valor objetivo, en otras palabras, en la medida en que un estado de cosas no es pensado bajo la forma del ser sino bajo la del deber-ser (KELSEN, 1992, p. 231, grifos nossos).

A noção evocada por Kelsen é uma noção construtivista e uma fundante de seu próprio método normativo: a norma como esquema de interpretação.¹⁶ O fato observado, dado, não tem como ser *em si* um fato jurídico, fato de direito, porque a esse esquema falta justamente uma leitura normativa, valorativa, do fato observado. Esse é o papel de uma ciência normativa jurídica: fazer uma leitura do fato por meio de uma estrutura normativa diferenciada, a do direito. É nesse sentido que a ciência normativa do direito constrói ou produz¹⁷ (mas não imputa) o direito e, assim, o fato jurídico: através da interpretação segundo uma norma que o preceda logicamente.¹⁸ Por essa razão, talvez haverá quem insista em caracterizar Kelsen como um racionalista – e um idealista –, ao passo que Ehrlich seria um empirista¹⁹ – e um materialista. Mas essa distinção desorientada não já não era mais moderna e então se preferiu encarar esse debate simplesmente como um debate entre fatos e normas.

Mas será que ele realmente se reduz a isso?

Para Kelsen, evidentemente, sim. Bastou que Ehrlich afirmasse, já no início de sua *Grundlegung*, que “uma regra do agir evidentemente é uma regra de acordo com a

16 “A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. [...] A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma” (KELSEN, 2006, p. 4) A solução para esse regressivo esquema de atribuição de significações sendo, é claro, a pressuposição da norma fundamental.

17 “Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, ‘produz’ o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido” (KELSEN, 2006, p. 82).

18 Algo que Kelsen acusa Ehrlich de não haver compreendido: “[n]on mi sorprende che Ehrlich non riesca a comprendere la mia obiezione, secondo la quale è necessario che la norma giuridica generale “preceda logicamente” (non temporalmente come egli, a torto, ritiene sia sostenuto dalla concezione dominante) ogni concreto rapporto giuridico perché questo sia riconoscibile come rapporto giuridico [...]” (KELSEN, 2010b, p. 62).

19 “[...] tutto questo suscita l'impressione che a Kelsen sia completamente ignota la dottrina, risalente ad Aristotele, dell'origine delle idee da impressioni sensibili [...]” (EHRlich, 2010a, p. 56).

• SANDRA REGINA MARTINI
• MATEUS DI PALMA BACK

qual em geral não só se age, mas se deve agir” (EHLICH, 1986, p. 15) para que Kelsen disparasse contra ele suas acusações de sincretismo metodológico:

La mancata distinzione tra diritto come regola ontica, ossia come regola degli accadimenti empirici, e diritto come regola deontica, ossia come norma che statuisce ciò che deve accadere, non è che uno dei sintomi più pregnanti di quella confusione, che caratterizza la visione ehlichiana, tra una considerazione esplicativo-causale, rivolta all'essere, e una considerazione normativa, rivolta al dover essere e in particolare al dover essere giuridico. È questo sincretismo metodologico che ho soprattutto rimproverato ad Ehrlich (KELSEN, 2010b, p. 59).

A crítica kelseniana estava pronta desde o momento em que Ehrlich pareceu fundar sua investigação nessa confusão conceitual entre *direito como fato* e *direito como norma*, e é possível que, desde aí, qualquer crítica positiva da obra já estivesse prejudicada. Mas não nos esqueçamos de que a teoria dinâmica do direito (submétodo normativo de Kelsen para observação do sentido de validade da norma jurídica), que preconiza que o sentido de validade objetiva de uma norma jurídica é retirado de uma norma jurídica válida hierarquicamente superior que reitera essa exigência lógica num processo de regressão que somente se encerra com a pressuposição da norma fundamental gnosiológica, apesar de pretender encerrar operativamente o direito nessa pressuposição, o faz depender inteiramente de uma constatação factual de eficácia. Trata-se da eficácia geral, ampla e duradoura²⁰ do ordenamento jurídico no qual as normas jurídicas – mesmo que, eventualmente, individualmente ineficazes – se encontram inseridas, sem a qual a norma fundamental não pode ser presumida.

[...] a essa altura, o critério para distinguir o comando jurídico do comando não jurídico é outro. Não é mais a pertença ao ordenamento cuja validade repousa na norma fundamental, mas é a própria validade do sistema. Conhecemos bem a solução que Kelsen deu a este quebra-cabeça: um ordenamento jurídico é válido só se for também eficaz, ou seja, se as normas que ele produzem, em linhas gerais (*im grossen und ganzen*), observadas. Aquilo que falta à quadrilha de ban-

20 Para Kelsen (2006, p. 53), um ordenamento normativo não é válido “[...] se esse ordenamento não tem aquela eficácia duradoura sem a qual não é pressuposta qualquer norma fundamental que se lhe refira e fundamente a sua validade objetiva”.

didados, dado que os seus atos sejam habitualmente golpeados pelo ordenamento estatal como ilícitos, é a efetividade (BOBBIO, 2006, p. 164).

Dessa forma, o direito só é válido se for amplamente eficaz. É claro, dizer que a validade da norma jurídica depende da constatação de eficácia do ordenamento jurídico não é a mesma coisa que afirmar, como o realismo jurídico o fizera, que a validade da norma jurídica depende da constatação de eficácia da própria norma jurídica. Mas não estamos dizendo que Ehrlich fora um realista prematuro. Ele ainda fazia a distinção entre direito vigente, aquele das normas de decisão, e direito vivo, aquelas regras efetivamente observadas; ele não estava preocupado com afirmar simplesmente que o juízo de vigência depende do juízo de eficácia.

É claro que isso não é o suficiente para se aduzir que Ehrlich defendia que a validade de normas dependia de sua pertença à um ordenamento amplamente eficaz.²¹ Mas, ainda assim, recorrer à eficácia do ordenamento jurídico é somente uma resposta provisória, ou melhor, uma maneira de não responder a razão de eficácia de um ordenamento, (ou) por que ele se impõe perante seus observadores (e já está dado aos “operadores”), (ou) como o sistema normativo em questão procedeu em superar o paradoxo da sua autovalidação. Todas variantes da mesma pergunta. A eficácia geral de Kelsen não passou de uma evasão teórica, uma não resposta, que sustenta a verdadeira solução kelseniana de validade da norma: a sua norma fundamental.²² Assim, não Ehrlich, mas Kelsen é quem deve ser creditado pelo verdadeiro conceito pragmático de direito. Pragmático no sentido de que o conceito se volta para a prática, visto que a norma jurídica já está dada para o “operador” do direito, que – em plena indiferença para com a resolução de paradoxos lógicos – se presta a “operá-lo”. Mesmo que Ehrlich não tenha percebido que a validez que certos “âmbitos de associação” conferem às normas que relacionam seus associados depende de uma eficácia geral não das normas mas do ordenamento normativo inaugurado por esses âmbitos de associação, isso não neces-

21 Por isso a pouco satisfatória resposta de Ehrlich aos ataques de Kelsen à sua afirmação que regras de comportamento sejam regras simultaneamente eficazes e válidas: “[...] ciò significa semplicemente – come si ricava dallo stesso tenore letterale della proposizione, oltre che dall'intero contesto – che di solito le regole dell'agire non solo determinano di fatto, ma devono anche determinare, la nostra volontà. Non saprei cosa se potrebbe obiettare contro questa affermazione” (EHRlich, 2010a).

22 Até mesmo Norberto Bobbio, numa perspectiva que nos parece insuficiente porque desconsidera a utilidade pragmática pragmatismo da teorização da *grundnorm*, passou a suspeitar que sua única finalidade é converter, num jogo epistemológico, *poder* (político) em *direito* (BOBBIO, 2006, p. 166). Converter a problemática de autolegitimação do direito em autolegitimação do poder político, em outra instância, é dar dois nomes ao mesmo problema. O jogo conceitual permanece insatisfatório.

• SANDRA REGINA MARTINI
• MATEUS DI PALMA BACK

sariamente reduz o problema conceitual (lembrando aqui: *defining 'law'*) à uma mera discussão entre fatos e normas.

A metodologia do direito vivo se destinava tão somente a demonstrar a existência de normas obrigatórias – e saberíamos que elas são obrigatórias uma vez que constatássemos a sua eficácia através da observação de uma certa regularidade²³ – a partir uma certa base documental. Caso se pretendesse atualizar o método do direito vivo com as reflexões anteriores, bastaria que se colocasse uma nota de rodapé com o seguinte: “a regularidade observável, para que induza à suposição de ser decorrente de uma normatividade, pode ser frustrada ocasionalmente se isso não frustrar a expectativa de que ela seja geralmente eficaz ou pertença à um sistema de normas que seja amplamente eficaz”, mas isso não mudaria a problemática conceitual (definir o direito). Nada muda caso se pretendam constatar normas *válidas* a partir da verificação de *eficácia* de uma hipotética ordem normativa. Nada muda – exceto que ainda não se aborda o problema da autoconstituição da ordem (e além de se aceitar que “o direito é válido porque o direito o valida” – paradoxo –, também se aceita que “o direito é válido porque é eficaz” – teoria – e o “direito é eficaz porque é válido” – empiria).

3.

Eis que aqui, aprofundando a problemática do *facts and norms* para o nível de desenvolvimento das concepções erlichianas, nos propomos a continuidade da abordagem do nosso problema conceitual em Ehrlich. Problema que pode ser explorado, por exemplo, a partir da sua noção de *base documental*. Isso porque, tratando-se de Ehrlich, onde se leem *documentos*, é melhor que se leiam: *documentos comerciais*. Acreditamos que esse detalhe possa ter escapado aos críticos habituais como sendo de pouca importância. É intrigante notar como Ehrlich discretamente apresentava uma noção de direito vivo bastante centrada nas relações de produção e distribuição de riqueza, ou seja, bastante centrada em relações econômicas. Vejamos:

Uma rápida análise da moderna vida jurídica mostra que ela é dominada não pela lei, mas pelo documento comercial [*Geschäftsurkunde beherrscht*]. O direito com sua flexibilidade é substituí-

23 “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” (EHRlich, 1986, p. 95).

do pelo conteúdo do documento. Nos contratos de compra, de arrendamento, de crédito bancário, de empréstimo hipotecário, nos testamentos, nos acordos de herança, nos estatutos das entidades e das companhias de comércio - e não nos parágrafos dos códigos - deve ser procurado o direito vivo (EHRlich, 1986, p.379, grifado no original).

Quando Ehrlich elege o documento comercial como fonte de observação para investigação do direito vivo, ele nem sequer se lembra da sua anterior dificuldade de diferenciar conceitualmente o direito de outros tipos de normas (EHRlich, 1986, p.129), como “religião”, “moralidade”, “bom comportamento” e “moda”, apesar de que tal documento pouco (ou nada) contribuiria para a investigação desses outros fenômenos. Isso pode até parecer uma trivialidade, mas é resultado direto da concepção de que as relações econômicas prosseguem a despeito das disposições do direito estatal e, portanto (e aqui falha mais evidentemente o argumento), possuem uma juridicidade própria - e, por consequência, o direito não pode ser concebido (de forma transdisciplinar) como constituinte das próprias relações econômicas.

Somente se pode imaginar que Ehrlich ainda era assombrado pela proposição quase dogmática da teoria econômica de seu tempo, que dispunha que as relações econômicas consistiam de trocas livres e voluntárias de frutos do trabalho individual, para acreditar que o Estado poderia intervir “[...] na economia através do Direito estatal ao criar direitos econômicos que independem da ordem de produção e de troca de bens” (EHRlich, 1986, p. 290). A perspectiva de que o Estado, por meio das atribuições valorativas “jurídica” e “antijurídica”, transforma os modos de produzir e distribuir riqueza num sistema econômico não é nem abandonada, sequer é considerada.

Ele reconhece, claro, que existem relações econômicas que podem ser tidas como antijurídicas. Mas como se justifica, por exemplo, que exista a possibilidade de obtenção “a-econômica”²⁴ (EHRlich, 1986, p. 291) de posse? Ehrlich não reconhece que mesmo o roubo, a extorsão, o estelionato, o assalto, o furto, o tráfico de ilícitos, a receptação e o

24 No original, “*unwirtschaftlichen*” (EHRlich, 1913, p. 307). Não à toa, o tradutor da edição brasileira opta pelo termo “a-econômico” ao invés de “antieconômico”; há que relevar que esse termo é empregado para denotar a normatividade autônoma das relações econômicas. Em virtude do problema conceitual que Ehrlich nos deixa, falar-se em *wirtschaftlichen Besitz* (“posse econômica”) não pode mais significar somente “posse com fins econômicos”, mas uma conotação em que se *valora* a posse adquirida de acordo à um esquema normativo autônomo e independente do Direito estatal.

• SANDRA REGINA MARTINI
• MATEUS DI PALMA BACK

contrato abusivo são também todas formas de distribuição de riqueza que não ocorrem fora de um contexto econômico.

O próprio Ehrlich definiu que “a posse se transforma numa relação jurídica em função do seu enquadramento na ordem econômica” e que “a posse é apenas o aspecto real da economia” (EHRlich, 1986, p. 83). Novamente aqui, como é possível que uma dada posse, inclusive empiricamente verificável, seja simultaneamente o “aspecto real da economia” e “a-econômica”? Tal enigma tem resposta. Uma concepção implicada no trabalho de Ehrlich que veremos logo adiante.

Em seguida Ehrlich também afirmou que a “ordem de posse tem origem econômica e não estatal, ela [...] é obra da sociedade e não do Estado”, ao passo que a “ordem de propriedade [...] tem origem na jurisprudência” (EHRlich, 1986, p. 291) – e aqui, jurisprudência estatal. Como é possível, então, que “[a] propriedade do camponês, em grande parte surgida antes do Estado”, seja “exclusivamente econômica e independente do Estado”, enquanto, de outra parte, “o latifúndio [...] deve sua origem ao Estado” (EHRlich, 1986, p. 293)?

Na verdade, tais aparentes transgressões lógicas devem ser tidas como menores, desimportantes. Tomadas isoladamente não prejudicam a concepção do direito vivo. Mas elas sugerem que, uma vez tendo constatado que as relações econômicas são frutos de obrigações extrajurídicas, i.e. prescritas por normas garantidas por formas não estatalmente institucionalizadas de coação²⁵ – exemplo: possibilidade de violência criminosa no caso de quadrilha, ou o receio da eventual quebra da continuidade dos contratos que inserem determinados agentes econômicos em sistemas de produção²⁶ transnacionais e até mesmo em circuitos produtivos nacionalmente afixados –, Ehrlich

25 E para ser perfeitamente justo, é na verdade Kelsen quem, em certo momento, faz reconhecer a norma jurídica através do elemento de sanção, afirmando que “o Direito [seja] concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção” (KELSEN, 2006, p. 121). Ehrlich (1986, p. 22), por sua vez, diz que para “aquele [...] que vê no direito sobretudo uma regra do agir, tanto o caráter coativo, visando a punição, quanto o que visa a execução, passam para segundo plano”, e chega a afirmar que “[a]s normas mais importantes só agem por sugestão. Apresentam-se ao homem como ordens e proibições, sem que fossem justificadas, e ele as observa sem pensar muito sobre elas” (EHRlich, 1986, p. 65). O Interessantemente, o fato de o próprio Kelsen ter de recorrer, no fim, a pressuposição da norma fundamental para reconhecer a norma jurídica não invalida as construções da sua estática jurídica, mas ainda fazem com que o problema da coação passe realmente para “segundo plano”.

26 Ensina-nos Faria que a forma dos contratos que relacionam fornecedores e produtores numa rede relacional erigida sobre uma cadeia de produção transnacional característica da economia globalizada, que rompe com as formas tradicionais de contratos *transacionais* (*pontuais; descontínuos*) típicas do estado liberal e também a de contratos *abertos* típica do estado de bem-estar social, é a forma de contrato *contínuo* (*reflexivo*) – (FARIA, 2000 p. 199-211). Dessa forma, “[...] nos contratos relacionais ou contínuos, dada a importância das expectativas recíprocas, a confiabilidade das partes umas com relação às outras, o risco conjuntamente por elas assumido e a sua integração numa ‘rede’ ou cadeia produtiva competitiva passam a ter maior peso, já que, muitas vezes, é extremamente difícil e até impossível preestabelecer o montante das perdas e danos materiais. E a eventual ruptura

antecipou-se ao presumir que é a própria *economia* que regula essas mesmas relações – e não instituições e discursos reais como uma *máfia* ou a *lex mercatória*. Por isso Ehrlich presumiu na economia não simplesmente a forma factual de produzir e distribuir riqueza, mas as normas que efetivamente organizam a maneira de fazê-lo.

A consequência mais visível dessa má concepção é entender a posse não como uma categoria factual (“se constata que o indivíduo x se encontra, de fato, em posse de y ”), independente de como se conceba essa posse valorativamente, mas como uma categoria normativa que factualmente vigora. O raciocínio segue assim: a posse, enquanto concepção econômica, pode ser realizada i) em respeito às determinações econômicas ou então ii) contrariando suas *prescrições*, sendo portanto uma posse “a-econômica”. A resposta para o enigma de uma “posse econômica” e outra “a-econômica”, portanto é perfeitamente análoga ao problema do *Unrecht* (traduzido como *ilítico*) que, como Kelsen explica, pela sua construção gramatical (*Un-recht*; *não-direito*) dá a impressão de não ser direito, mas que na verdade é uma maneira de ligar logicamente uma condição normativa à sua consequência de imputação, portanto direito de qualquer forma (KELSEN, 2006, p. 367). Ou seja, se ambos os partícipes do binômio *Recht/Unrecht* são manifestações do direito enquanto ordem normativa, também econômico/a-econômico (*Wirtschaftlich/Unwirtschaftlich*) comporiam o binômio valorativo típico da economia enquanto suposto esquema normativo.

Voltando ao problema conceitual da propriedade “exclusivamente econômica” do camponês, em algum momento de sua construção teórica a pressuposição ehrlichiana da juridicidade econômica, da *normatividade* da economia, o fez entender que “[o] latifúndio, ao contrário da propriedade de caráter econômico do camponês, tem caráter político; ele é uma propriedade instituída através dos instrumentos de força do Estado em favor da classe dominante” (EHRlich, 1986, p. 293). Agora temos não somente uma propriedade *economicamente* e outra *juridicamente* estabelecida, mas também que a política interfere nas determinações econômicas. Subestima-se portanto que, embora não possamos falar de posse *a-econômica*, ainda podemos falar de posse *antijurídica*. É nessa seara que verdadeiramente dialogam os esforços políticos que, por exemplo, a doutrina jusnaturalista – exaltada por Ehrlich como precursora da escola histórica (EHRlich, 1986, p. 19) – não podia conceber. Mas tampouco o pôde Ehrlich.

do compromisso de não cooperação de uma das partes, aqui, tem como sanção a recusa das demais em voltar a contratar e em aceitar a continuidade de sua presença na cadeia produtiva” (FARIA, 2000, p. 211).

• SANDRA REGINA MARTINI
• MATEUS DI PALMA BACK

Aos juristas – práticos – certamente pareceria melhor o construtivismo kelseniano para resolver o problema da propriedade. Sendo a propriedade muito evidentemente uma categoria jurídica, basta um exame de coerência normativa para saber se estamos diante de uma propriedade e à quem ela eventualmente pertence.²⁷ A forma através da qual a propriedade é constituída é um problema secundário.

Dizemos isso justamente porque esse jurista já está *factualmente* diante de um sistema normativo *válido*, o direito (estatal); basta que ele do ordenamento se valha. Kelsen não precisaria sequer ocupar-se de como tal sistema normativo veio a afirmar-se perante seus observadores. Ninguém lhe perguntou (nem jamais lhe perguntaria): “como eu sei, afinal, que esse ordenamento vige?”, e em virtude de como Kelsen justifica, logo em seguida: “como eu sei que esse ordenamento é amplamente eficaz?”.

No caso de Ehrlich, o problema das concepções relatadas anteriormente não decorre realmente de uma mal resolvida distinção entre fatos e normas. Decorre de ele ter pressuposto mal um sistema normativo autônomo que lida com suas próprias categorias; ou melhor: de tê-lo pressuposto e não tê-lo *demonstrado*. Isso decorre de um problema metodológico dentro do direito vivo, e não do direito vivo enquanto um método problemático. A pergunta que se faz ao direito vivo é: “quais sistemas normativos passam a vigor a despeito dos sistemas jurídicos estatais e através de quais procedimentos eles superam o paradoxo da sua autolegitimação?”. Ehrlich, que, apesar das confusões conceituais anteriores, sabia que esse era o verdadeiro problema da sua sociologia do direito, teria se proposto essa mesma pergunta de maneira primorosa:

A questão fundamental da ciência jurídica, a questão referente à origem do direito, transforma-se deste modo na seguinte pergunta: quais as instituições reais que no decorrer do desenvolvimento histórico se transformam em relações jurídicas e quais os processos sociais que conduzem a isto? (EHLICH, 1986, p. 71).

27 Será que o imóvel *I* pertence à pessoa *P*? Basta que se verifique o registro notarial relativo ao terreno e se ele é objeto de litígio judicial ou contrato de financiamento – por exemplo. Num exemplo mais controverso, a suposta desapropriação por parte do Estado, de parte dos rendimentos salariais brutos de um indivíduo nunca é uma desapropriação, é uma constituição jurídica de propriedade, afinal do fato de que o dado valor *factualmente* se encontre em sua posse não segue normativamente que ele seja sua propriedade (a recusa em transferir tal parcela dos rendimentos ao Estado, esta sim, constitui um forma de apropriação indevida de bens, sonegação). Também do ponto de vista do direito (estatal), quando um empregador devolve (a título de salário) somente uma parte daquilo que o empregado produziu, não significa que o empregador se apodera, apropria indevidamente dos produtos do trabalho do empregado – nem que tais frutos sejam expropriados, para valer-se de outra linguagem. Disso não decorre uma justificativa moral, ideológica ou política do que se prescreve, somente uma leitura normativa da própria prescrição.

Esta não é uma pergunta que Kelsen deixou passar em branco. Mas para quem, como Kelsen – especialmente o jovem Kelsen, que ainda não havia formulado sua resposta transcendental ao problema da validade jurídica e nem havia tê-la feito depender de uma eficácia geral da ordem jurídica –, reduziu o problema a uma mera exigência de dualismo metodológico (a supostamente desrespeitada cisão lógica entre *facts and norms*), é claro que essa pergunta não fez sentido algum.²⁸ E assim Hans Kelsen perdeu a oportunidade de iniciar um debate construtivo com Eugen Ehrlich.

4.

Gunther Teubner não procederá em desperdiçar tal oportunidade.

Sua proposição é que a globalização é um processo policêntrico marcado por “*una diferenciación acelerada de la sociedad en varios sistemas sociales autónomos*” (TEUBNER, 2005, p. 118) que não se radica somente no âmbito dos mercados, e que “*el Derecho, como consecuencia de la lógica de la diferenciación funcional, también se ha establecido globalmente como un sistema social unitario*” (TEUBNER, 2005, p. 119).

Mas categorizar o direito como um “sistema social unitário” não serve para caracterizar Teubner como um “monista jurídico *internacional* ou *global*”. Esse título seria mais adequadamente atribuído à Kelsen que defende não somente que existe um “Direito internacional particular pactício”, mas que esse recebe seu sentido de validade de um “Direito internacional geral consuetudinário” constituído costumeiramente pela conduta recíproca dos estados (KELSEN, 2006, p. 359-360). Kelsen também defende que não existe uma distinção lógica entre a ordem jurídica estadual e a internacional. Na verdade:

Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como unidade a ordem jurídica do Estado singular (KELSEN, 2006, p. 364).

²⁸ Sobre “a questão fundamental” que Ehrlich havia se proposto, Kelsen teria dito: “*Esta pregunta, tal y como está formulada, no tiene respuesta dado que carece de sentido. Para un modo de consideración (Betrachtung) centrado en la efectividad (Tatsächlichkeit) sólo hay hechos, realidades (Wirklichkeiten), y no valores. Para el conocimiento, un valor no puede ser el resultado, a través de una evolución, de una realidad, precisamente porque el valor está dado a una dirección de conocimiento diferente de la que se ocupa de la realidad*” (KELSEN, 1992, p. 231).

• SANDRA REGINA MARTINI
• MATEUS DI PALMA BACK

Teubner procede diferentemente. Ele defende que o direito, que por muitos séculos seguiu uma lógica de diferenciação nacional de ordens jurídicas que exercem jurisdição em dado limite territorial, passa a atinar segundo a lógica de organizações internacionais e regimes reguladores com plena autonomia perante a jurisdição dos Estados-nação e os tratados internacionais firmados por eles. Em suas palavras: “[l]a fragmentación sectorial se superpone ahora a la diferenciación nacional del Derecho” (TEUBNER, 2005, p. 120).

Para Teubner, uma explicação desse novo *Direito Global* (distinto do *Direito Internacional*) prescinde de uma teoria pluralista do direito que mude seu foco de análise “from groups and communities to discourses and communicative networks” (TEUBNER, 1996, p. 5-6) e preste atenção nos complexos normativos - ‘bodies of law’ - emergentes em “multiple sectors of civil society independently of the laws of the nation states” (TEUBNER, 1996, p. 2). Especialmente, o que precisa ser estudado são os regimes jurídicos privados - onde se destaca a *lex mercatória* (TEUBNER, 2005, p. 121) -, pois “son precisamente estos regímenes los que han producido el denominado ‘Derecho global sin Estado’” e, portanto, são os “principal[es] responsable[s] de las múltiples dimensiones del pluralismo jurídico global” (TEUBNER, 2005, p. 120).

É importante lembrar aqui que Teubner define o pluralismo jurídico, simplesmente como a “multiplicity of diverse communicative processes in a given social field that observe social action under the binary code of legal/illegal” (TEUBNER, 1996, p. 10) - o referido *Recht/Unrecht*. Isso justamente porque esse será o critério utilizado por ele para diferenciar empiricamente o Direito de outros sistemas normativos como, por exemplo, a moral.²⁹ Para não ser acusado de cruzar as fronteiras da divisão ontológica entre fatos e normas, esclarecemos que Teubner não trata aqui de meras regras factuais de comportamento, mas de regimes normativos.

O exemplo que nos traz Teubner, na sua *Global Bukowina*, para ilustrar o seu argumento é o da *lex mercatória*. Despercebidamente, Teubner se deslancha a responder a mesmíssima questão fundamental acerca da origem do direito que foi proposta por Ehrlich como objeto da sua sociologia jurídica. A saber, a “instituição real” em tela “que se transforma em relação jurídica” é o próprio discurso da “*lex mercatória*” e o “processo

29 “The multiple orders of legal pluralism always produce normative expectations, excluding, however, merely social conventions and moral norms since they are not based on the binary code legal/illegal” (TEUBNER, 1996, p. 11).

social que conduz a isto” é a desparadoxização do paradoxo da *autovalidação do contrato* (ou da *autorreferência contratual*).

Teubner argumenta que a *lex mercatória* tem no contrato a sua única fonte de referência normativa. Uma vez que os próprios contratos internacionais não têm o lastro jurídico de um direito estatal que lhe forneça validade, eles recorrerem aos procedimentos de *construção hierárquica de cláusulas intracontratuais*,³⁰ os de *temporalização do paradoxo*³¹ e uma *técnica de externalização*³² que asseguram sua validade dentro do âmbito de vigência de um discurso “jurídico” desligado de qualquer Estado-nação. Assim ele evidencia empiricamente um sistema normativo – e vai adiante e o define como jurídico – muito mais convincentemente do que a pressuposição ehrlichiana da própria *economia* enquanto um sistema normativo.

O exemplo da *lex mercatória* é um caso paradigmático para Teubner pois, segundo ele, se trata de uma “guerra de fé” que corre por décadas o problema de esclarecer se esse *body of law* em particular é uma ordem positiva por conta própria ou se depende do reconhecimento do direito dos Estados-nação para que seja juridicamente válida – positivada, validada (TEUBNER, 1996, p. 5). Para Teubner (1996, p. 8), “[t]he war of faith could come to a peaceful end – on the condition that the ‘global reach’ of law is no longer treated as a question of doctrinal definition but as an empirical question which allows for variation”. Mas com essa sentença ele inadvertidamente se posiciona de modo similar a como Ehrlich o fizera antes dele, de maneira a sustentar que o conceito de direito é um que se pode aduzir empiricamente – no caso de Teubner, através do reconhecimento do emprego do código binário *recht/unrecht*.

30 “[...] these contracts establish an internal hierarchy of contractual rules. They contain not only “primary rules” [...] but also ‘secondary rules’ which regulate the recognition of primary rules, their identification, their interpretation and the procedures for resolving conflicts. Thus, the paradox of self-validation still exists, but it is concealed in the separation of hierarchical levels [...]” (TEUBNER, 1996, p. 12).

31 “[...] these contracts temporalize the paradox and transform the circularity of contractual self-validation into an iterative process of legal acts, into a sequence of the recursive mutual constitution of legal acts and legal structures. [...] It refers to a pre-existing standardization of rules and it refers to the future of conflict regulation and, thus, renders the contract into one element in an ongoing self-production process in which the network of elements creates the very elements of the system” (TEUBNER, 1996, p. 12).

32 “It [the contract] externalizes the fatal self-validation of contract by referring conditions of validity and future conflicts to external ‘noncontractual’ institutions which are nevertheless “contractual” since they are a sheer internal product of the contract itself. The most prominent of these self-created external institutions is arbitration which has to judge the validity of the contracts, although its own validity is based on the very contract the validity of which it is supposed to be judging” (TEUBNER, 1996, p. 12).

• SANDRA REGINA MARTINI
• MATEUS DI PALMA BACK

5.

Indiscutivelmente, há uma relutância em se aceitar a metodologia do direito vivo por parecer fundada numa má distinção entre fatos e normas. Tal tem realmente sido o argumento para a desconsideração desse método científico. Mesmo Van Klink, que se esforça por um resgate teórico de três vias do direito vivo³³ – um resgate que admite ser falho –, acaba sucumbindo aos padrões kelsenianos de cientificidade³⁴ quando atribui ao direito vivo uma função meramente retórico-política (KELSEN, 2006, p. 33-34) e ignora o potencial empírico de constatar regras eficazes que podem ser rastreadas à sistemas normativos autônomos que às validem (sendo inclusive a razão *causal* de sua eficácia), dada a circunstancia evidenciada de que tais sistemas autonomizaram-se ocultando *procedimentalmente* – ou como Ehrlich preferiria, através de “processos reais” – os paradoxos de sua autoconstituição.

Ainda no fim de sua exposição, Van Klink reconhece a importância científica de Ehrlich, dentre outras razões, pelo fato de este haver demonstrado que...

[...] the driving force behind the creation and the development of law has to be located on society, not in higher ranks of the State: most legal norms are either created by non-governmental actors or inspired by norms created by non-governmental actors [...] (VAN KLINK, 2006, p. 34).

O que isso deveria significar? Certamente não é o caso de estar titubeando Van Klink quanto à crítica ao método. Esse discurso mais tem que ver com a defesa que Tamanaha faz de Ehrlich: a de que o grande legado deixado por Ehrlich não foi o direito vivo (*the living law*), mas a ideia de que o direito está vivo (*the law is alive*) na sociedade.³⁵

³³ Uma de ceticismo conceitual (p.11 e ss.), uma de essencialismo valorarivo (p.18 e ss.) e uma sociológica-positivista (p.25 e ss.).

³⁴ “If the living law is indeed a mere addition to the State’s law and becomes indistinguishable from it, as soon as it is added to the State’s law, it may be asked whether there is a scientific need for the concept of living law. Strictly speaking, there is not. From a normative perspective, law is either valid or not valid, to be determined by legal science. From an empirical perspective, law is either effective or not effective, to be determined by social science. Depending on the perspective taken, ‘living law’ is synonymous either with valid law or with effective law. Therefore, in scientific terms, the concept has no added value” (VAN KLINK, 2006, p. 33).

³⁵ “Ehrlich still holds a singular place in the pantheon of outstanding jurists—a place he was denied in his own lifetime. No other jurist then and since, no other single book, so vividly conveys that law is alive in society, and that it must be so. The enduring brilliance of his work lies in this message. To grasp intellectually that law is alive is a precious realization, essential to understanding law” (TAMANAHA, 2010, p. 28-29).

Isso não passa de uma afirmação de que nas determinações do corpo social estão as fontes (factuais) de mudança das instituições jurídicas.³⁶

A nossa proposição com o presente trabalho foi justamente tentar libertar Ehrlich de ser liberto do direito vivo³⁷ ao inutilizar a ferramenta argumentativa do dualismo metodológico que manteve esse debate parcialmente silenciado. Para isso, recorremos ao trabalho de Teubner que demonstrou, com certo grau de eficácia, que um sistema normativo autônomo pode ser demonstrado empiricamente. Primeiro, a observação de uma regularidade comportamental (que era o que preconizava o estudo do direito vivo) e, após, a demonstração dos procedimentos de ocultamento do paradoxo de autovalidação da ordem, que são os “processos reais” que instituem essa ordem normativa como autônoma perante o direito estatal – que, como vimos, era a questão fundamental para a sociologia do direito idealizada por Ehrlich.

Não obstante, concessões devem ser feitas. Teubner, diferentemente de seu predecessor teórico Niklas Luhmann (que identificava o direito numa sociedade funcionalmente diferenciada através da função desempenhada pelo direito enquanto sistema), propõe que identifiquemos direito não pela sua função desempenhada no complexo social, mas exclusivamente por aqueles discursos fragmentários que referem suas observações sob o binômio *Recht/Unrecht*.³⁸ Isso satisfaz, claro, a condição de definir o Direito independentemente de referenciá-lo ao Estado e diferenciá-lo de outros discursos normativos que é o que se exige de uma teoria pluralista do direito,³⁹ mas uma vez não possamos reconhecer o direito através de sua diferença funcional, como atribuímos esse código aos discursos especificados pela observação empírica?

36 Dito de outra forma: “New laws are enacted daily, adding to or altering the preexisting body of law. This is obvious. Less obvious are the sources of legal change that occur outside of legislation, sources which often pass unobserved yet have a greater cumulative impact than legislation” (TAMANAHA, 2010, p. 27).

37 Fazemos referência ao propósito de Tamanaha (2010, p. 24 ss.) de libertar Ehrlich do direito vivo e de seu inconveniente conceitual. O que significa isso? “To avoid misunderstanding, I must emphasize that this argument is not made to discredit Ehrlich by questioning his originality, but instead to free him from the conceptual problem that has clung to him. His contribution was in putting forth a sophisticated account of the interrelations between law and society and in his identifications of the factors at play in legal change. All of Ehrlich’s observations on these points remain valid even if we discard his concept of living law. Nothing of substance in his account rides upon his determined insistence that these really are forms of law” (TAMANAHA, 2010, p. 25).

38 “It is neither structure nor function but the binary code which defines what is the *lex proprium* in local or global legal pluralism” (TEUBNER, 1996, p. 11).

39 “[...] legal pluralists stumble over their insistence that the legal includes the non-legal [...]. The only apparent solution to this problem is to come up with a definition of law independent of the state, yet able to differentiate law from other forms of normative order” (TAMANAHA, 1993, p. 193).

• SANDRA REGINA MARTINI
• MATEUS DI PALMA BACK

E mais: por que chamar o pluralismo jurídico de Teubner de pluralismo *jurídico* ao invés de pluralismo *normativo*⁴⁰ como Tamanaha (1993, p. 211), pragmaticamente, sugeriu aos pluralistas jurídicos? Por consequência, essa é uma pergunta válida para Ehrlich também. Por que *direito vivo*, afinal?

Essa sequer é uma pergunta que a ciência tenha legitimidade de responder? Fora de uma pretensão *crítica*, o pluralismo jurídico e o direito vivo podem ambos perderem-se na expectativa vã de encontrar uma noção culturalmente descontextualizada de um Direito desvinculado da figura do Estado⁴¹ – ou um Direito *em si*. A demonstração de um sistema normativo autônomo não traz a necessidade de que esse sistema normativo seja *direito*. Por outro lado: para além das fronteiras didáticas, que diferença faz essa confusão denotativa? A sugestão de se alterar a nomenclatura do pluralismo de *jurídico* para *normativo* não surge realmente de uma incoerência *lógica* do pluralismo jurídico, mas de uma necessidade de enfrentamento prático da resistência e confusão (TAMANAHA, 1993, p. 211) suscitada pelo termo.

Contudo, esse era um tema acessório nesse trabalho que se ocupou tão somente de resgatar, na medida do possível, o direito vivo de seu acusado sincretismo metodológico.

Quanto à relação entre Estado e o conceito de direito, nossa sugestão aos que reparam irrefletidamente o que acusam por ideologia do “centralismo estatal” ou aos que se satisfazem com a nossa incapacidade de concretizar o projeto de nação internacional e organização político-jurídica cosmopolita é que se lembrem que “O enorme significado do Estado para o direito repousa no fato de que a sociedade se utiliza do Estado, como seu órgão, quando se trata de dar um respaldo consistente ao direito que dela emana” (EHRlich, 1986, p. 120).

E, principalmente, que “A sociedade serve-se do Estado como órgão através do qual consegue impor sua ordem às associações que a constituem” (EHRlich, 1986, p.121).

Então, se é verdade que o Estado perde a capacidade de impor-se perante as diversas ordens que compõem o complexo social e regem nossa vida, também é parcialmente verdade que nós perdemos o nosso controle sobre nós mesmos.

40 “Granted that normative ordering or social control are universal characteristics of social groups, the question remains, why must we [...] attach to this phenomenon the label ‘law’? Why ‘legal’ pluralism rather than ‘normative’ pluralism or ‘rule system’ pluralism?” (TAMANAHA, 1993, p. 199).

41 “The root source of the unbudging barrier subverting all attempts at formulating a universal scientific or cross-cultural definition of law lies in the goal itself. This goal is based upon the faith of the scientific or theoretical attitude that there is something beneath the culturally generated, state-linked notion of law – that law is a fundamental category which can be identified and described, an essentialist notion which can be internally worked on until a pure (de-contextualized) version is produced. Unsettling as it may be, there is nothing beneath the culturally-generated notion” (TAMANAHA, 1993, p. 201).

FROM AUSTRIAN TO GLOBAL BUKOWINA: RESCUING LIVING LAW FROM IT'S METHODOLOGICAL SYNCRETISM

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. *Direito e poder*. Tradução Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2006.
- EHRlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München; Leipzig: Duncker & Humblot, 1913. Disponível em: <<https://archive.org/details/grundlegungderso00ehrl>>. Acesso em: 16 jun. 2015.
- EHRlich, E. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Tradução René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1967.
- EHRlich, E. Rettifica. In: FEBBRAJO, A. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Tradução Alberto Febrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010a.
- EHRlich, E. Replica. In: FEBBRAJO, A. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Tradução: Alberto Febrajo. Milano: Giuffrè Editore, 2010b.
- EHRlich, E. Tradução: Alberto Febrajo. In: FEBBRAJO, A. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2010c.
- FARIA, J. E. O *Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HERTOGH, M. *What is Non-State Law? Mapping the Other Hemisphere of the Legal World*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008451>. Acesso em: 18 fev. 2015.
- KELSEN, H. Una fundamentación de la sociologia del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 12, 1992.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, H. Una “fondazione” dela sociologia del diritto. In: FEBBRAJO, A. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2010a.
- KELSEN, H. Replica. In: FEBBRAJO, A. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2010b.
- KELSEN, H. *Epilogo*. In: FEBBRAJO, A. *Verso un concetto sociológico di diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 2010c.
- PAULSON, S. *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- TAMANAH, B. Z. The folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*, v. 20, n. 2, p. 192-217, 1993.
- TAMANAH, B. Z. *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, local to Global*. Disponível em:

- SANDRA REGINA MARTINI
- MATEUS DI PALMA BACK

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010105>. Acesso em: 18 fev. 2015.

TAMANAH, B. Z. *A vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from “living law”*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1689669>. Acesso em: 18 fev. 2015.

TEUBNER, G. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896478>. Acesso em: 18 fev. 2015.

TEUBNER, G. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Tradução Manuel Cancio Meliá. Lima: ARA Editores, 2005.

TWINING, W. *Normative and legal pluralism: a global perspective*. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol20/iss3/8/>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

VAN KLINK, B. *Facts and Norms. The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980957>. Acesso em: 18 fev. 2015.