

## O Método na Sociologia do Direito: Ehrlich visitado por Pachukanis. (Sociology os Law's Method: Ehrlich visited by Pachukanis)

*Júlio da Silveira Moreira<sup>1</sup>*

**Resumo:** Este artigo propõe um enfoque teórico-metodológico sobre a Sociologia Jurídica, e se constrói a partir da definição dessa disciplina e da contribuição de Eugen Ehrlich, analisado à luz do método materialista dialético do qual faz parte Evgeni Pachukanis. O contexto introdutório do artigo leva em consideração a explicação, por Alysson Mascaro, dos três caminhos do pensamento jurídico contemporâneo. A concepção de Ehrlich se opõe ao normativismo mais tradicional do pensamento jurídico, sedimentado por Hans Kelsen, pois busca encontrar o direito nas instituições sociais e não no formalismo das normas. Pachukanis aponta o direito como um fenômeno específico da sociedade capitalista, que introduz as noções de igualdade e liberdade no plano jurídico abstrato para sustentar relações de circulação e produção de mercadorias, chegando aos conceitos de sujeito de direito e de relação jurídica. A estrutura do artigo se baseia, portanto, na crítica de Ehrlich a Kelsen e na crítica de Pachukanis a ambos, concluindo com uma contribuição relevante para que o jurista sociólogo possa captar a realidade por trás da abstração das relações jurídicas.

**Palavras-chave:** Sociologia Jurídica. Positivismo. Direito Vivo. Crítica marxista do direito, Pachukanis.

**Abstract:** This paper proposes an theoretical and methodological approach on Sociology of Law, which is constructed parting from the definition of this discipline and the contribution of Eugen Ehrlich, analyzing these on the light of the dialectical materialist method constructed by Evgeni Pachukanis. The introductory context of the article takes account of the explanation, by Alysson Mascaro, of the three paths of contemporary legal thought. Ehrlich's conception opposes to the most traditional normativism, settled by Hans Kelsen, after this, it advances on finding the social institutions of Law and not the formalism of norms. Pachukanis points towards Law as a specific phenomenon of capitalist societies, that introduces the notions of equality and liberty in the abstract legal plane in order to sustain the necessary relations for the production and circulation of merchandise, arriving at the concepts of legal subject and of legal relation. The paper's structure is based, in this manner, in Ehrlich's critique to Kelsen and Pachukanis' critique on both Kelsen and Ehrlich, concluding in a relevant contribution through which the legal sociologist can capture the reality behind of legal relation's abstraction.

**Key-words:** Legal Sociology, Positivism, Live Law, Marxist Legal Critique, Pachukanis.

---

<sup>1</sup> Pesquisador Visitante no Centro de Investigaciones sobre América Del Norte (CISAN-UNAM), México, Bolsista da Fundação Capes, Ministério da Educação, Brasil, Doutorando em Sociologia, Universidade Federal de Goiás (Brasil). Mestre em Direito, Relações Internacionais y Desenvolvimento, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Professor de Direito Internacional, Autor do livro *Direito Internacional: para uma crítica marxista*, pela Editora Alfa-Omega, São Paulo, Vice-Presidente da Associação Internacional dos Advogados do Povo (IAPL), e membro da Associação Brasileira dos Advogados do Povo (ABRAPO). Membro da Comissão Jurídica do Tribunal Internacional de Consciência dos Povos em Movimento e do Eixo sobre Migração, Refúgio e Deslocamento Forçado do Tribunal Permanente dos Povos, Capítulo México. Colunista da *Revista Crítica do Direito* ([www.criticadodireito.com.br](http://www.criticadodireito.com.br)), [direcciondecorreolectronico@mail.com](mailto:direcciondecorreolectronico@mail.com), recibido en 10 de octubre de 2012, aceptado el 14 de noviembre de 2012.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Os caminhos do pensamento jurídico contemporâneo; 3. Conceito e objeto da Sociologia do Direito; 4. O Direito Vivo de Eugen Ehrlich; 5. O positivismo sociológico e o método de Ehrlich; 6. Marx e o método nas Ciências Sociais; 7. A teoria do direito de Pachukanis; 8. Considerações finais.

## 1. Introdução

A **Sociologia Jurídica** é um campo fundamental da formação de estudantes de Direito e juristas. É uma das disciplinas que indicam as bases do pensamento jurídico, chamadas de “propedêuticas” exatamente porque propiciam ao estudante um conhecimento preliminar e necessário para compreender cada campo específico, para que não se torne um mero memorizador de códigos. Estudar Direito não é apenas compreender os mecanismos e silogismos petrificados no ordenamento jurídico, mas sim compreender seus fundamentos. Só assim um jurista pode ser mais que um profissional ou burocrata, tornando-se um agente de transformação da sociedade. Daí a importância dos autores analisados de maneira crítica e integrada neste artigo: Kelsen, Ehrlich, Marx e Pachukanis.

Discutiremos neste artigo alguns fundamentos teóricos da Sociologia Jurídica, ou, em outras palavras, a tratamos como **ciência** e concebemos o seu método. Partimos de uma concepção de ciência baseada na totalidade, que rejeita a fragmentação do conhecimento. A única maneira de abordar a realidade e os campos do saber que dela emanam é a partir da totalidade concreta ou totalidade histórico-social (MARX, 1987a; LUCKÁCS, 2003; MASCARO, 2007; ALMEIDA, 2006). Não se trata meramente da interdisciplinaridade, que, ao buscar a complementação de um campo do saber por outros campos, não apreende os laços internos que entramam todos eles, sobretudo as relações sociais marcadas por contradições e conflitos de interesses, que encontram no capitalismo o motor fundamental, no qual a vida é mercantilizada e constitui relações baseadas no valor de troca. A totalidade a que nos referimos concebe que não há uma ciência para cada campo do conhecimento, mas apenas uma ciência do conhecimento abstraído da realidade, “uma ciência histórico-dialética, única e unitária, do desenvolvimento da sociedade como totalidade” (LUCKÁCS

*apud* ALMEIDA, 2006, p. 45). As divisões e ramificações, como a Sociologia Jurídica, só têm espaço como uma divisão didática para focar determinados aspectos e permitir uma exposição.

A totalidade na observação de um fenômeno é também uma totalidade espaço-temporal, ou seja, um fato ou objeto deve ser analisado não apenas com base em sua forma aparente, mas conforme a história de sua constituição e o seu devenir. Em outras palavras, seu passado e seu futuro.

A compreensão de um fenômeno não se dá pela imagem que ele faz de si mesmo, mas das relações concretas que o caracterizam, sendo a prática social o único critério para conhecimento da verdade. A definição de um objeto por si próprio não reflete sua essência, mas sim as ideias predominantes no momento em que ele é definido, a sua imagem visível (MOREIRA, 2011:19-20).

O que expressamos por **método** vai além de instrumentos imediatos para aplicar normas ou expor análises acadêmicas. Nos referimos a um “procedimento racional para o conhecimento seguindo um percurso fixado” (Marilena Chauí, *apud* OLIVEIRA, 2001:17). Assim, o método se insere na teoria do conhecimento, como um conjunto de estratégias orientadas para a racionalização do real. É definido pela visão de mundo do pesquisador, por sua experiência de vida e pelas opções teóricas que realiza de acordo com essa experiência.

Em geral, qualquer discussão sobre a visão de mundo dos juristas começa pela oposição entre jusnaturalismo, como pensamento predominante no século XVIII na Europa ocidental, e positivismo jurídico, que surge numa outra fase e coloca em relevo o pensamento de Hans Kelsen. Atualmente, as visões de mundo no Direito, ou são positivistas, ou são críticas ao positivismo. Isso é o que explicaremos no primeiro tópico deste artigo, ao tratar dos caminhos do pensamento jurídico contemporâneo de acordo com a exposição da Mascaro (2010).

Em seguida, introduzimos Sociologia Jurídica a partir de seu conceito doutrinário, e em seguida analisamos um de seus autores

clássicos, Eugen Ehrlich, e sua concepção sobre o Direito Vivo, que se coloca como crítica ao juspositivismo, mas que, como demonstraremos, não se trata de uma ruptura essencial.

A crítica marxista na Sociologia Jurídica é a que aponta para essa ruptura essencial com o juspositivismo. Para demonstrá-lo, faremos análises sobre as concepções de método e de direito em Marx, passando em seguida ao jurista soviético Evgeni Pachukanis, contemporâneo de Lênin.

Portanto, a dinâmica deste trabalho consiste em abordar duas críticas ao juspositivismo, a de Ehrlich e a de Pachukanis, apontando a essência de cada uma. Em outras palavras, consiste em colocar à prova o método de Ehrlich para a Sociologia Jurídica, à luz do que concebemos sobre as contribuições de Pachukanis.

## **2. Os caminhos do pensamento jurídico contemporâneo**

É Alysson Mascaro (2010) quem logra constituir um modelo teórico completo para caracterizar as vertentes do pensamento jurídico contemporâneo e as colisões entre elas. As balizas que determinam essas vertentes são

[...] as visões do mundo *conservadoras*, que legitimam o direito positivo estatal como única vertente de compreensão filosófica possível ao direito, ou as visões *críticas*, que desnudam os limites do juspositivismo (2010, p. 311, grifos do original).

Não poderemos, neste apartado, aprofundar em cada autor trazido como exemplo. Pretendemos traçar as linhas gerais de cada vertente, demonstrando a abrangência e coerência desse modelo, que serve de base para fundamentar, mais adiante, as concepções jurídicas de Ehrlich e de Pachukanis.

A tendência dominante é o juspositivismo, uma “visão estatal, formalista, institucional, liberal” (MASCARO 2010, p. 311) do direito, voltada para a legitimação exclusiva do Direito estatal, sacralizado

nas normas escritas, e para a redução da ciência do direito à técnica de criação e aplicação dessas normas. Uma tal “ciência” caracteriza o direito como dever-ser, cabendo a ela estudar as relações das normas entre si, e não explicar a realidade. Hans Kelsen (1992), a principal referência dessa vertente, afirma que essa “ciência” *“tiene como tarea conocer no lo que de hecho es sino lo que debe ser con arreglo al derecho, esto es una ciencia valorativa y no explicativa, en otras palabras, una ciencia del derecho normativa”* (1992, p. 214). Em seguida, aponta que *“no se puede reprochar la falta de contacto con la realidad a una ciencia que desde un principio nunca ha pretendido ser una explicación de la realidad”* (1992, p. 217).

Buscando a autonomia do campo jurídico, Kelsen trabalha sobre um sistema lógico segundo o qual o fundamento de uma norma só pode ser outra norma, e não uma relação social, o que leva à concepção de uma estrutura abstrata, uma pirâmide de normas que se relacionam formando o ordenamento jurídico. Assim, os fatos jurídicos e os sujeitos de direito só se caracterizam como tal se estiverem inseridos em um sistema normativo. Essa concepção encontra plausibilidade num raciocínio lógico formal ou, também podemos dizer, mecânico ou idealista, no sentido filosófico, como demonstra Celso Kashiura Júnior (2009, p. 76):

A conclusão de Kelsen, não se pode negar, é logicamente perfeita. Mas a perfeita coerência lógica leva à conclusão pouco plausível de que não é a existência de uma estrutura social que, por sua organização específica, demanda uma forma de direito, mas uma forma de direito que, por sua existência, determina a organização social.

Não é sem razão que essa forma de pensar encontre amplo espaço nos cursos de Direito, por traçar um esquema tão simples e de fácil reprodução quanto a afirmação incauta de que “o direito é um conjunto de normas”. Porém, essa concepção precisa ser desnudada como um fetichismo da norma jurídica, que tem como base o fetichismo da mercadoria na sociedade capitalista, conforme demonstra Michel Miaille (1979, p. 90):

É aqui que entra a fetichização: atribuo à norma jurídica uma qualidade que parece intrínseca (a obrigatoriedade, a imperatividade), justamente quando esta qualidade pertence não à norma mas ao tipo de relação, da relação social real de que esta norma é a expressão. Da mesma maneira que a mercadoria não cria valor mas o realiza no momento da troca, a norma jurídica não cria verdadeiramente a obrigação: realiza-a no momento das trocas sociais.

Algumas outras correntes de pensamento se levantaram sobre a crítica dessa concepção analítica reducionista, chamada de normativismo. Muitas delas, porém, não podem ser tratadas como críticas ao juspositivismo, porque ao fim retornam à concepção essencial de Kelsen. Em outras palavras, criticam o arcabouço teórico mas reproduzem sua essência, ou, usando expressões de Miaille (1979), constituem teorias com críticas e não teorias críticas. Na construção de Mascaro (2010), essas correntes são o juspositivismo eclético e o juspositivismo ético.

O eclétismo é uma “resistência romântica” (MASCARO, 2010, p. 314) à redução total do direito à norma. Sua linha é de criticar o normativismo, inserindo outros elementos no fenômeno jurídico. Aqui está fundamentalmente a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale (2009), segundo a qual o direito não é apenas um conjunto de normas, mas uma integração de normas, fatos e valores, ou, em outras palavras, uma apreciação normativa de fatos segundo os valores dos sujeitos envolvidos na criação, interpretação e aplicação das normas. Assim, não pode haver um reducionismo à norma, que seria normativismo, mas tampouco reducionismo aos valores, que seria moralismo, ou aos fatos, que seria determinismo social.

O esquema de Miguel Reale pode parecer bastante atrativo como uma crítica inteligente ao reducionismo. Insere na explicação outros elementos que operam numa relação jurídica, mas sua base segue uma concepção positivista, permanecendo no velho esquema lógico-formal segundo o qual o direito se aplica pela subsunção do fato à norma. A autonomia e o fetichismo da norma jurídica seguem presentes: “os fatos e as relações sociais só têm significado jurídico quando inseridos numa

estrutura normativa” (REALE, 2009, p. 215). A estrutura normativa é o critério que qualifica certos fatos sociais como fatos jurídicos e certas relações sociais como relações jurídicas, e ainda:

Quando falamos, todavia, em fato jurídico, não nos referimos ao fato como algo anterior ou exterior ao Direito, e de que o Direito se origine, mas sim a um fato juridicamente qualificado, um evento ao qual as normas jurídicas já atribuíram determinadas consequências, configurando-o e tipificando-o objetivamente (REALE, 2009, p. 200).

Já o juspositivismo ético tem como característica essencial um normativismo renovado (e chancelado) pela moral, que legitima o ordenamento jurídico estatal como justo e moralmente adequado. Em outras palavras, apresenta-se crítico por ressaltar conceitos como justiça e democracia dentro do aparato estatal vigente, reforçando sua legitimação. Isso só é possível com um método baseado no dever-ser —na imaginação de um direito ideal, afastada da análise de como é na realidade. Dworkin, Alexy e Rawls, com matizes distintas, são alguns exemplos dessa corrente.

Ao lado das críticas limitadas ao normativismo, que acabamos de abordar, existem outras correntes que podem ser consideradas críticas reais, rupturas, frente ao juspositivismo desde suas características essenciais. Essas críticas vão para dois caminhos, delimitados pela base marxista ou não, dessa ruptura. Indo mais além, cada um desses caminhos não é homogêneo, e se espalham por diferentes referenciais teóricos.

Passemos ao primeiro desses caminhos da crítica, caracterizado pelo desnudamento das relações sociais, expondo fatores que marcam mais essas relações que o próprio direito, ou seja, derrubando as crenças ou ilusões de que as normas jurídicas possam tornar-se reais pela sua simples existência e afirmação. Sua base epistemológica não é a norma jurídica, e sim o poder. O direito é uma expressão de poder, logo, não é a norma em si quem regula a sociedade. O poder regula o direito, e não o contrário. A norma não tem vida própria, ela é um instrumento manejado na disputa política.

Os principais referenciais dessas críticas são Carl Schmitt, Michel Foucault e Martin Heidegger, cada qual com um tipo de pensamento autônomo ao qual se aderem outros autores clássicos. Estão em questão, por exemplo, o poder soberano que pode decidir sobre a vigência ou suspensão da norma, no caso de Schmitt, bem como as relações intersubjetivas de poder e o controle social, no caso de Foucault.

Esse caminho crítico é paradoxal, pois, ao mesmo tempo que permite criticar a sociedade e apontar seus problemas reais, acaba naturalizando esses problemas, gerando um conformismo consciente. Em outras palavras, se o juspositivismo hesita em admitir a opressão do poder, caminhando para a neutralidade e o tecnicismo, a crítica do poder não vai pelo mesmo caminho. Admite essa opressão, de um modo que ela é tão real e inquebrantável que não permite ver mais além.

Passemos então à crítica marxista —fundada no materialismo histórico e dialético. O direito é sim uma expressão de poder, mas esse poder não é universal, abstrato e atemporal, mas sim caracterizado histórica e socialmente, desde os interesses sociais antagônicos fundados nas condições materiais de existência de cada sujeito. Enquanto o outro tipo de crítica transfere a autonomia do campo normativo para o campo do poder, a crítica marxista não admite a autonomia nem da norma nem do poder, pois os enraiza nas relações sociais historicamente determinadas. Resolve a divisão entre dever-ser e ser tomando a ciência como totalidade, pensando o direito a partir das estruturas do todo histórico-social. Embora a crítica marxista do direito seja seguida por muitos autores clássicos, neste artigo vamos focar na análise do jurista soviético Evgeni Pachukanis.

Assim expusemos os vários matizes do pensamento jurídico contemporâneo no modelo abrangente do Professor Alysson Mascaro (2010). Mais que isso, pretendemos aplicar esse tipo de análise crítica a um campo sobre o qual ela tem sido pouco explorada, que é a Sociologia Jurídica, onde, por outro lado, entra um autor pouco conhecido em outros ramos, Eugen Ehrlich. Façamos então um corte para entrar no conceito doutrinário dessa disciplina.



### 3. Conceito e objeto da Sociologia do Direito

É fácil perceber que as definições do conceito e do objeto de estudo da Sociologia do Direito seguem as vertentes do pensamento jurídico acima expostas. Trabalhemos com as doutrinas mais conhecidas nos cursos de Sociologia Jurídica no Brasil. A definição de Henry Lévy-Bruhl (1997, p. 20) demonstra a permanência do juspositivismo no seu conceito “sociológico” de direito: “o direito é o conjunto das normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo momento pelo grupo ao qual se pertence”. O conceito de Cavalieri Filho (2007, p. 30) ratifica essa órbita:

[...] conjunto de normas de conduta, universais, abstratas, obrigatórias e mutáveis, impostas pelo grupo social, destinadas a disciplinar as relações externas do indivíduo, objetivando prevenir e compor conflitos.

Examinando os dois conceitos, pode-se perceber que a particularidade do conceito sociológico em relação ao conceito geral e positivista de direito fica apenas na menção ao grupo social. A disciplina foca na gênese do fenômeno jurídico a partir das relações sociais e da influência do grupo social sobre o indivíduo.

Citando Sabadell, Dimitri Dimoulis (2010, p. 50) traz uma definição mais completa e estrutural:

A sociologia jurídica estuda o direito positivo sob o prisma da *eficácia social* das normas jurídicas (dimensão *fática* do conhecimento do direito). Mais concretamente examina a dimensão real do fenômeno jurídico, isto é, a *facticidade* do direito, analisando as relações entre a sociedade e os ordenamentos jurídicos [...]. (grifos do original)

O foco da Sociologia Jurídica nas relações sociais e não na norma em si não significa necessariamente uma ruptura com o positivismo, assim como o positivismo não desqualifica a Sociologia Ju-

rídica como ciência. É o próprio Kelsen quem afirma que não existe apenas uma “ciência” do direito, pois a “ciência pura” do direito (a jurisprudência normativa) e a sociologia jurídica (a jurisprudência sociológica) possuem objetos distintos. E sua base teórica para tanto é a definição de Max Weber (*apud* KELSEN, 1998, p. 254):

Quando nos ocupamos com “Direito”, “ordem jurídica”, “regra de direito”, devemos observar estritamente a distinção entre um ponto de vista jurídico e um sociológico. A jurisprudência pede as normas jurídicas idealmente válidas. Ou seja... qual significado normativo deverá ser vinculado a uma sentença que aparenta representar uma norma jurídica. A sociologia investiga o que efetivamente está acontecendo na sociedade porque existe certa possibilidade de que os seus membros acreditem na validade de uma ordem e adaptem a sua conduta a essa ordem.

O objeto da Sociologia fica então na análise da validade (ou eficácia) da ordem jurídica, o que não choca com o objeto da jurisprudência normativa. Regressando a sua característica mais típica, Kelsen (1998, p. 258) submete a mesma sociologia jurídica, que admite ser uma ciência própria, ao normativismo: “a jurisprudência sociológica pressupõe o conceito jurídico de Direito, o conceito de Direito definido pela jurisprudência normativa”.

Ehrlich erguerá sua teoria criticando a concepção de Kelsen. Para o seu Direito Vivo, a concepção sociológica é a única ciência do direito pois a jurisprudência normativa não é nada mais que a prática jurídica.

#### **4. O Direito Vivo de Eugen Ehrlich**

Eugen Ehrlich nasceu em 1862, na cidade de Czernowitz, que fazia parte do império austro-húngaro, e hoje faz parte da Ucrânia. Em Viena, formou-se em Direito e exerceu a advocacia, retornando a Czernowitz como professor universitário, chegando a ser reitor da universidade local. No advento da Primeira Guerra Mundial, encontrou profundas dificuldades em sua atividade acadêmica, devido à perseguição anti-semita.

Em 1913, publicou sua obra mais conhecida, *Fundamentos da Sociologia do Direito* (1986). Assim como Kelsen, procurava uma ciência pura do direito, mas esta não poderia continuar refém do pragmatismo jurídico, estudando apenas a técnica de aplicação do direito:

O dilema da jurisprudência é o seguinte: apesar de ser somente uma doutrina prática do direito, continua sendo ao mesmo tempo a única ciência do direito. E isso significa que aquilo que ela ensina a respeito de direito e de condições jurídicas, não vai além do que a doutrina prática do direito pode fornecer em termos de orientação, objeto e método (EHRlich, 1986, p. 11).

E acrescenta: “o lugar da apreciação científica foi tomado pela apreciação prática” (1986, p. 15). A jurisprudência prática (ou normativista), ao se basear num método abstrato e dedutivo, “se contrapõe frontalmente a toda ciência autêntica, onde predomina o método indutivo, que procura aprofundar o conhecimento da essência das coisas através da observação de fatos e da coleta de experiências” (1986, p. 14).

Estava claro, para Ehrlich, que o estudo das normas aplicadas pelos juízes não preenchia a totalidade do fenômeno jurídico, pois as pessoas, no dia-a-dia, não agem levando em conta as regras do direito formal estatal: “os homens nem sempre agem segundo as regras que são aplicadas nas decisões referentes às suas querelas” (1986, p. 14). Essas práticas sociais encaradas como um direito do dia-a-dia são chamadas de Direito Vivo, independente do direito formal vigente e positivo: “o direito vigente não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida” (1986, p. 377). O Direito Vivo se trata das regras que efetivamente são reconhecidas e praticadas nas relações sociais em cada localidade, cultura e período histórico, como, por exemplo, as disposições dos contratos. As pessoas se voltam muito mais à observação do conteúdo dos contratos — cumprir os compromissos assumidos — do que dos seus pressupostos de constituição e validade.

Os órgãos judiciais e administrativos do Estado, em suas decisões, pressupõem que o direito vigente é o único válido porque, mesmo que não corresponda ao direito vivido pelas pessoas, sua im-

posição continuada fará com que elas se conformem a essas normas, assentando assim o fundamento do *dever ser*, o que, para Ehrlich, é uma “falácia lógica”: “não se pode negar que as decisões dos tribunais têm influência sobre o agir dos homens, mas deveria averiguar-se primeiro em que medida isto acontece e de que circunstâncias depende” (1986, p. 15). Assim, vai expressando o objeto e método da Sociologia Jurídica.

Ehrlich é influenciado pela Escola Histórica do Direito, notadamente Savigny e Puchta, sobretudo por sua concepção do sentimento de justiça do povo, que, ainda que abstrato, leva ao direito consuetudinário. Os historicistas, assim como seus precursores, os jusnaturalistas,

[...] têm em comum a recusa em aceitar cegamente como direito tudo aquilo que o Estado lhes apresenta como tal; procuram chegar à essência do direito por via científica. E ambos localizam a origem do direito fora do Estado (EHRlich, 1986, p. 19).

Com a crença no monopólio estatal da administração da justiça e da criação do direito, o direito estatal é elevado a fonte única do direito e, pelo processo de codificação, pretende abranger todo o universo jurídico, tornando supérfluo o direito consuetudinário.

Colocando em destaque os teóricos que buscaram a origem do direito fora do Estado, Ehrlich, por sua vez, influencia a concepção do pluralismo jurídico, tendo Gurvitch como teórico fundamental, e podendo-se citar, no Brasil, Luís Fernando Coelho (1991) e Antonio Carlos Wolkmer (1997).<sup>2</sup>

Por outro lado, os historicistas e jusnaturalistas, segundo Ehrlich, ainda que busquem a origem do direito fora do Estado, são incapazes de visualizar um ordenamento jurídico independente do Estado, e,

---

2 A vertente pluralista, a partir da constatação da existência de sistemas jurídicos diversos do estatal, projeta um cenário de conflito entre eles, que leva à afirmação dos direitos fundamentais do povo, e neutraliza a concepção do Judiciário como instrumento de controle e repressão. O Judiciário pode ser visto como “instância futura de absorção dos conflitos coletivos, desde que descentralizada e controlada democraticamente pelo poder dos movimentos sociais e demais corpos comunitários intermediários” (WOLKMER, 1997, p. 93).

ao fim, clamam por uma legislação estatal. Ou seja, fazem a correta constatação, mas, ao chegar aos termos práticos, regressam (ou, melhor dizendo, conduzem) ao positivismo: “assim, apesar de Savigny e Puchta, a jurisprudência continuou sendo aquilo que é desde o surgimento do cargo de juiz estatal: uma doutrina da aplicação do direito estatal” (EHRlich, 1986, p. 21).

O Direito Vivo propõe um próprio método de pesquisa do direito. Propõe que o direito não seja captado nas normas oficiais, e sim nas relações concretas, no agir humano que nem sempre tem como referência as normas estatais. Assim, um método de investigação do direito só pode ser indutivo, baseado na observação de fatos e coleta de experiências.

Em 1915, dois anos após a publicação de Fundamentos da Sociologia do Direito, Kelsen publica um artigo respondendo e insurgindo-se contra a teoria de Ehrlich. Aponta que não se pode confundir numa mesma ciência o estudo das normas e o estudo das ações e comportamentos humanos frente às normas. São objetos distintos. A Sociologia do Direito de fato é uma ciência do ser e não do dever-ser, mas, assim sendo, não é capaz de estudar as normas, de interpretar os direitos, ou, em nossas palavras, de apreender a lógica abstrata do discurso jurídico. Ainda que uma tal ciência social possa existir,<sup>3</sup> não pode ser chamada de ciência *do direito*, por ser incapaz de estudar as normas, pois estas importam, necessariamente, um juízo de valor que constitui uma ciência própria. A Sociologia Jurídica pode se ocupar dos comportamentos humanos frente à normas, mas não pode se ocupar da definição de qual comportamento seja lícito ou ilícito. Ao submeter a ciência do dever-ser à ciência do ser, Ehrlich estaria afirmando que uma ação humana não é apenas uma constatação fática, mas também uma regra sobre como se deve agir. O que está incorreto, frente à ciência do direito, que caracteriza as normas como heterônomas: o fato de serem descumpridas não significa que deixam de existir, prescrevendo obrigações, permissões e proibições.

---

<sup>3</sup> “Sólo en la medida en que se atribuye el carácter de social a una regla que expresa un determinado comportamiento similar de los hombres en su convivencia, se puede caracterizar como ciencia social o, si se quiere, como sociología, una ciencia que se preocupa de determinar las reglas de la vida jurídica o las reglas jurídicas. Que una sociología así caracterizada sea teóricamente posible, así como deseable para la explicación de la convivencia humana, no se va a poner en duda” (KELSEN, 1992, p. 214).

Em nossa análise, a crítica de Kelsen a Ehrlich serve para engrandecer trabalhos de ambos os teóricos. De um lado, expõe o reducionismo que o atual “estudo” do direito, baseado em apostilas, aplica à teoria de Kelsen, supondo que ele não via nada no horizonte além de textos normativos e códigos, e impedindo uma crítica correta. De outro lado, mantém válida a crítica de Ehrlich ao normativismo, a qual convida para uma abordagem do direito que olha para a realidade, para as causas das relações sociais, que não estão nas prescrições jurídicas.

O problema está na lógica fragmentária do positivismo, que é o oposto da totalidade concreta ou histórico-social à qual nos referimos no início deste artigo. Ao fragmentar direito e sociologia em ciências autônomas, o positivismo fragmenta a si mesmo em positivismo jurídico (Kelsen) e positivismo sociológico (Durkheim), permitindo uma disputa entre ambos que não chega à essência problema. Vamos demonstrar isso analisando Ehrlich à luz do método de Durkheim (2004).

## **5. O positivismo sociológico e o método de Ehrlich**

A teoria de Ehrlich está atada ao conceito de Sociologia como ciência, dentro do qual se incorporam, entre outras relações sociais, as relações jurídicas. Seu método, portanto, está ligado ao método sociológico, mais precisamente, à concepção metodológica dominante, da qual fazem parte Auguste Comte e Émile Durkheim. É a sociologia, tal como definida por estes autores, que estrutura e define o direito como ciência social.<sup>4</sup>

Durkheim (2004), um autor clássico para abordar o positivismo na Sociologia, sintetiza assim as regras do seu método sociológico, chamado de método comparativo ou experimental:

- (1) Tratar os fatos sociais como coisas (observação e experimentação);
- (2) Reconhecer a exterioridade e coercibilidade dos fatos sociais em relação ao indivíduo;

---

<sup>4</sup>“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” (EHRlich, 1986, p. 26).

(3) Afastar sistematicamente da ciência todas as noções prévias;

(4) Agrupar os fatos segundo as suas características exteriores comuns;

(5) Distinguir entre o normal e o patológico em determinado estágio de desenvolvimento de dada sociedade, formando um tipo médio;

(6) Classificar as sociedades mais simples e mais complexas e iniciar o estudo pelas mais simples.

Em Ehrlich, também se verifica o tratamento dos fatos sociais como coisas, partindo para a experimentação. Seu método sustenta que a investigação só pode partir do concreto para o genérico: “inicialmente ela concentrará sua atenção sobre o concreto e não sobre o genérico. Afinal, observar só se pode o concreto” (1986, p. 384). E prossegue:

Por isto não é verdade que na investigação do direito vivo se trate somente de investigar o “direito consuetudinário” ou os “costumes sociais”. Mesmo que se possa imaginar algo sob estes conceitos —o que nem sempre é o caso—, não se trata de algo concreto, mas de generalizações já efetuadas (1986, p. 384).

O “concreto”, para a ciência do direito de Ehrlich, são principalmente os documentos legais, entre os quais se destaca a sentença judiciária. E às relações jurídicas concretas correspondem os hábitos, as relações de dominação, contratos, estatutos, declarações de última vontade.

O direito comercial é um campo privilegiado para a demonstração do método proposto, pois é “a única área do direito que parte regularmente, e não só ocasionalmente, daquilo que realmente se pratica” (1986, p. 377). Isso porque, em vez de buscar o direito a partir das prescrições jurídicas, deve-se partir dos modelos jurídicos, do seu conteúdo que se consolida pela repetição ao longo do tempo. Todos os contratos de comércio, por exemplo, “contêm, além do conteúdo

individual, válido somente para a transação específica, um conteúdo típico que se repete em todos eles” (1986, p. 379). Se os juristas pretendem escrever sobre assuntos jurídicos, deviam partir desse conteúdo e não das prescrições jurídicas abstratas; além disso, os documentos estão mais de acordo com as circunstâncias regionais e culturais do grupo social do que as normas. Mais que as regras dos tribunais, esses modelos jurídicos expressam o que as partes de fato observam como sendo direito.

Todavia, o documento não esgota todas as relações jurídicas, pois existe aquilo que não é registrado. Nesse caso, “não há outro meio do que abrir os olhos, instruir-se através da observação atenta do dia-a-dia, inquirir as pessoas e registrar suas manifestações” (1986, p. 382), onde se vê a preocupação de Ehrlich com o empírico. Podem-se inferir, a partir daí, as técnicas quantitativas e qualitativas de pesquisa da sociologia, como a análise documental e a observação direta por meio de entrevistas.

Então, o que diferencia a pesquisa jurídica da pesquisa social em geral, ou, melhor dizendo, o que diferencia as relações jurídicas, objeto da sociologia jurídica, das demais relações sociais?

Primeiramente, Ehrlich considera que os grupos humanos se desenvolvem em associações (ou organizações sociais), que são “um conjunto de pessoas que em seu relacionamento mútuo reconhecem algumas regras como determinantes para seu agir e em geral, de fato agem de acordo com elas” (1986, p. 37) —trata-se, portanto de uma explicação contratualista da sociedade. A ordem interna dessas associações é determinada pelas normas jurídicas. O funcionamento das organizações sociais encontra algum paralelo com a divisão do trabalho social da qual fala Durkheim.

Mais que em normas, o direito se expressa em instituições: “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). O direito é uma ficção da consciência humana, ele só existe porque existe uma concepção de direito nas pessoas, moldada a partir da realidade palpável e perceptível.



Didaticamente, os **atos jurídicos** podem ser reduzidos aos seguintes: o **hábito**, a **dominação**, a **posse** e a **declaração de vontade**. Essas são, para Ehrlich, as formas jurídicas que permitem diferenciar as relações jurídicas das demais relações sociais.

Assim como em Durkheim, o método de Ehrlich parte das sociedades mais simples para as mais complexas, o que fica claro no recurso ao relato histórico para demonstrar suas teses. Argumenta, ademais, que “a ordem interna das associações humanas não só é a primeira forma do direito, mas é, até hoje, a fundamental” (EHRlich, 1986, p. 36). O direito, portanto, existe desde as primeiras associações humanas.

É fundamental, ante o exposto, criticar tanto Ehrlich quanto Durkheim, apontando as limitações do empírico tal como exposto pelo positivismo, na Sociologia, como supervalorização do dado imediato.

O método indutivo puro acaba se revelando como uma observação parcial da realidade, pois leva em conta apenas o que foi diretamente experimentado pelo pesquisador, e não toda a experiência humana acumulada, que dá à ciência o caráter de totalidade. É a teoria que condensa e expressa o acúmulo de conhecimento das gerações anteriores, elemento que liga e relaciona os vários objetos específicos e concretos de cada observação empírica.

Fundamentar a pesquisa exclusivamente na observação direta do concreto leva a um resultado que Lígia Martins (2009) chama de **empíria fetichizada da sociedade capitalista**:

[...] ao conferir tamanha importância ao mundo empírico, os modelos qualitativos de pesquisa acabam por preterir a análise da empíria fetichizada que caracteriza a sociedade capitalista. Descentrandando suas análises das metanarrativas, os percursos qualitativos aprisionam-se ao empírico, ao imediato, furtando-se ao entendimento essencial dos fundamentos da realidade humana.

Duarte (*apud* MARTINS, 2009) acrescenta que “as pessoas só vêem aquilo que está imediatamente presente e não conseguem anali-

sar o fato imediato à luz da totalidade social. O fetichismo é um fenômeno próprio do mundo da cotidianidade alienada”.

Tal crítica serve para introduzir o método marxista, ou seja, como ele compreende a questão do dado imediato, empírico, concreto. Explica Adorno:

[...] justamente o não factual, o que não pode ser diretamente convertido em percepção sensorial, não é dotado de um grau menor de realidade efetiva, mas sim maior; isto é, determina a vida das pessoas mais do que os chamados concreta, com que nos deparamos de imediato (ADORNO, 2008, p. 140).

Ao suscitar “o que não é visível, para explicar o visível”, o pensamento crítico “se recusa a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível” (MIAILLLE, 1979, p. 18). Afinal, “os fios escondidos do direito muitas vezes o determinam mais que as suas camadas visíveis aos olhos do jurista” (MASCARO, 2010, p. 16).

O método de Pachukanis, de que vamos tratar em seguida, encontra algumas diferenças fundamentais com os pressupostos de Ehrlich. Primeiro que tudo, é preciso compreender o que Marx propõe para enxergar o concreto a partir do abstrato (o concreto pensado); começar o estudo a partir das sociedades mais complexas, que trazem em si a compreensão das sociedades mais simples; e assim caracterizar o direito desde a concepção de forma jurídica, que só se encontra com suas características plenamente desenvolvidas sob o capitalismo, sendo, ademais, o que sustenta a forma mercadoria, que é a sua célula.

## **6. Marx e o método nas Ciências Sociais**

Após expor as linhas gerais do pensamento de Ehrlich, considerado o “pai” da Sociologia Jurídica, cabe tratar do método de pesquisa e da crítica marxista do direito. Com isso, pretende-se contribuir com uma concepção marxista para a sociologia e a pesquisa no campo jurídico.

A essencialidade das relações de produção da vida social já fazia parte do método de Marx desde seus trabalhos iniciais de crítica da ideologia alemã, tal como exposto na 6ª tese sobre Feuerbach (1987b, p. 162): “a essência humana não é abstrata residindo no indivíduo único. Em sua efetividade é o conjunto das relações sociais”. Após décadas de estudos e luta prática, sintetizou seu método na seguinte exposição (insistimos na conhecida passagem da obra *Para a crítica da economia política* – MARX, 1987a, pp. 29-30 —para que seja compreendida em seus estritos termos):

Na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes da sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência.

Portanto, o conhecimento é algo mais que a observação direta dos fatos e relações sociais. Existe uma relação de mão dupla entre a ação prática e o pensamento. A **produção social** da existência humana diz respeito à sua própria história em sentido amplo —a vida do homem ao longo da história, obtendo da natureza os meios de sobrevivência e relacionando-se com os outros em sociedade.

Mao Tsetung amplia a noção de prática social em três tipos: luta pela produção, luta de classes e experimentações científicas. No começo do processo de uma atividade prática, os homens só vêem o aspecto exterior dos fenômenos, a “ligação externa dos fenômenos isolados” (TSETUNG, 2011, p. 41) —trata-se do conhecimento sensível. Apenas com a repetição da prática é que se processa um salto para o conhecimento racional —a formação de conceitos, que já não ficam no aspecto exterior aparente dos fenômenos, mas captam sua essência.

Essa repetição na prática põe à prova os conceitos, validando apenas aqueles que correspondem à realidade material. O contato reiterado com a prática transforma o conhecimento sensível em conhecimento racional, e o acúmulo de experiências na história da humanidade torna esse conhecimento racional cada vez mais complexo e completo.

O conhecimento se dá em saltos da matéria à consciência, e da consciência à matéria —sendo que o segundo salto é o principal— e é por isso que o único conhecimento verdadeiro é aquele que está ligado à atividade humana de transformação da matéria.

Analisando a repetição do processo de conhecimento, Marx aponta que o método correto de investigação consiste em partir das categorias do conhecimento racional, para compreender o plano concreto, material, uma vez que essas categorias tenham sido fruto de um processo anterior que vai do concreto ao racional: “o concreto aparece no pensamento como o processo da síntese, como resultado, não como ponto de partida, ainda que seja o ponto de partida efetivo”. Assim, “o **método que consiste em elevar-se do abstrato ao concreto** não é senão a maneira de proceder do pensamento para se apropriar do concreto, para reproduzi-lo como concreto pensado” (1987a, pp. 16-17, grifo nosso).

Embora pareça correto partir das características aparentes e concretas do objeto, o concreto só pode ser tomado em sua totalidade como fruto da racionalização do sujeito. Em outras palavras, o processo do conhecimento permite sair de uma apreensão parcial e aparente do objeto para uma compreensão totalizante.

O concreto é concreto porque é a síntese de muitas determinações, isto é, unidade do diverso. Por isso o concreto aparece no pensamento como o processo da síntese, como resultado, não como ponto de partida, **ainda que seja** o ponto de partida efetivo e, portanto, o ponto de partida também da intuição e da representação (MARX, 1987a, p. 16, grifo nosso).

O concreto, portanto, é a síntese. “Ainda que seja” indica que partimos dela, mas não exatamente sabíamos: saberemos com

a síntese. O concreto que atua como ponto de partida é o concreto-determinado existente na realidade, e que é apreendido imediatamente na consciência humana. O processo do conhecimento reconstrói essa realidade anterior como concreto-pensado.

Esse método permite compreender um fenômeno em sua realidade e concretude histórica, evitando-se abstrações generalistas. Categorias como o dinheiro e o trabalho, por exemplo, não podem ser explicadas fora de uma delimitação histórica:

[...] até mesmo as categorias mais abstratas [...], apesar de sua validade para todas as épocas, são, contudo, na determinidade desta abstração, igualmente produto de condições históricas, e não possuem plena validade senão para estas condições e dentro dos limites destas (1987a, p. 20).

Delineando e demonstrando o método, Marx aponta enfim que o estudo de uma categoria, além de ser historicamente situado, deve partir da expressão historicamente mais desenvolvida e complexa dessa categoria, pois ela traz em si a explicação de suas expressões anteriores: “o chamado desenvolvimento histórico repousa em geral sobre o fato de a última forma considerar as formas passadas como etapas que levam a seu próprio grau de desenvolvimento” (1987a, p. 20).<sup>5</sup>

Aplicando esse método à sociedade capitalista, e buscando sua expressão mais totalizante, abstrata e nuclear, encontra-se a mercadoria, ou forma mercantil. Assim como, nas ciências naturais, “o átomo invisível explica a matéria visível na sua estrutura e na sua evolução” (MIAILLE, 1979, p. 23), pois traz em si os elementos essenciais que caracterizam a matéria, o mesmo acontece com a mercadoria na Economia Política.

---

5 No mesmo trabalho, Marx (1987a, p. 20) complementa: “A sociedade burguesa é a organização histórica mais desenvolvida, mais diferenciada da produção. As categorias que exprimem suas relações, a compreensão de sua própria articulação, permitem penetrar na articulação e nas relações de produção de todas as formas de sociedades desaparecidas, sobre cujas ruínas e elementos se acha edificada, e cujos vestígios, não ultrapassados ainda, leva de arrastão desenvolvendo tudo que fora antes apenas indicado que toma assim toda a sua significação, etc. A anatomia do homem é a chave para da anatomia do macaco. O que nas espécies animais inferiores indica uma forma superior não pode, ao contrário, ser compreendido senão quando se conhece a forma superior”.

A troca de mercadorias revela o conceito de **equivalência**: para serem trocadas,  $x$  medidas de um produto devem valer o mesmo tanto (equivaler) que  $y$  medidas do outro produto, ou seja, devem conter o mesmo tempo de trabalho abstrato.

A equivalência é a primeira expressão do direito no capitalismo mercantil: a troca de mercadorias deve ser proporcional, equivalente, e, portanto, justa.<sup>6</sup> A forma jurídica acompanha o capitalismo desde seu elemento nuclear, expressa na medida de equivalência ou igualdade.

No primeiro capítulo de nosso livro *Direito Internacional: para uma crítica marxista* (MOREIRA, 2011), tentamos fazer uma revisão contextualizada da concepção de Marx sobre o Direito. É inteiramente falso dizer que Marx não possuía uma concepção desenvolvida e específica sobre o direito, senão que é preciso compreender que, de acordo com seu próprio método, aborda o direito no bojo da análise da história e da sociedade, ou seja, como uma totalidade histórico-social.

Seu livro *A questão judaica* (2004) desnuda o significado dos direitos expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, aplicados sobre uma concepção burguesa de homem como indivíduo genérico, universalizado abstratamente, fora do seu contexto social, projetado a partir da visão que os políticos burgueses tinham de si mesmos. Essa é a noção de um indivíduo “membro ilusório de uma soberania imaginária, despojado da sua vida real individual, e dotado de universalidade irreal” (MARX, 2004, p. 22), e “separado dos outros homens e da comunidade” (MARX, 2004, p. 31). No contexto da sua crítica da Filosofia do Direito de Hegel, mostrava que um indivíduo só se pode emancipar com a emancipação de toda a humanidade. E da mesma maneira que, na história, o Estado laico não significou a superação de uma concepção de mundo fundada na religião, a afirmação de direitos abstratos, como liberdade e igualdade, não significava um caminho para atingir liberdade e igualdade reais.

A crítica das noções de liberdade e igualdade, como elementos nucleares de todo o arcabouço jurídico, é completada em *O Capital*

---

6 “Uma vez estabelecida a forma de troca de equivalentes, estabelece-se igualmente a forma do direito” (PACHUKANIS, 1988, p. 28). “É a idéia de equivalência decorrente do processo de trocas mercantis que funda a idéia de equivalência jurídica” (NAVES, 2000, p. 58). “A equivalência das mercadorias na troca demanda a equivalência dos sujeitos que trocam” (KASHIURA JÚNIOR, 2009, p. 89).

(MARX, 1988). Com a compreensão dos mecanismos econômicos da sociedade capitalista, alcança perceber que a afirmação abstrata dos direitos de liberdade, igualdade (e propriedade) não só não significa sua realização, mas, como elementos necessários à exploração da força de trabalho assalariada, significam o próprio mecanismo de reprodução do capitalismo e a condição para impedir que hajam liberdade, igualdade e propriedade reais. A caracterização de como esse mecanismo de produção constitui capitalistas e trabalhadores em sujeitos de direito abstratamente iguais, e assim permite a submissão dos segundos pelos primeiros, está bem resumida na seguinte passagem:

Para que seu possuidor [da força de trabalho] venda-a como mercadoria, ele deve poder dispor dela, ser, portanto, **livre proprietário** de sua capacidade de trabalho, de sua pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro se encontram no mercado e entram em relação um com o outro como possuidores de mercadorias, **iguais** por origem, só se diferenciando por um ser comprador e o outro, vendedor, sendo portanto ambos **pessoas juridicamente iguais** (MARX, 1988, p. 135, grifos nosos).

Na prática, caída a máscara do direito abstrato, o que se revela desse processo é, de um lado, o capitalista, “cheio de importância, sorriso satisfeito e ávido por negócios”, e, de outro, o trabalhador, “tímido, contrafeito, como alguém que levou a sua própria pele para o mercado e agora não tem mais nada a esperar, exceto o – curtume” (MARX, 1988, p. 141).

É nesse contexto que o autor **Evgeni B. Pachukanis** precisa ser considerado referência obrigatória para os estudos do Direito, por ter desenvolvido e aplicado ao direito o método marxista, onde o mecanismo de reprodução da sociedade capitalista é base para compreensão da vida social.

## 7. A teoria do direito de Pachukanis

Evgeni B. Pachukanis nasceu em 1891 na Rússia, e desde os primeiros anos de escola secundária exerceu atividade política contra o regime

czarista, vindo a integrar, ainda jovem, as fileiras do Partido Operário Social Democrata da Rússia (POS DR). Foi preso em 1910, e levado ao exílio na Alemanha, onde terminou seu curso de Direito. De volta a Rússia, participou intensamente do processo revolucionário e da experiência socialista. Juntamente com Stutchka, foi o principal jurista da época de Lênin.

Travou intenso debate com as correntes teóricas do pensamento jurídico em vigência dentro e fora da União Soviética, desde as teorias clássicas do direito, chegando ainda dar importantes contribuições aos desafios de abordar o direito na nova fase de construção socialista. Sua obra fundamental é a *Teoria Geral do Direito e Marxismo* (1988), de 1924. Na Introdução, aborda a discussão entre as reduções sociológicas e jurídicas do fenômeno jurídico, ou seja, o debate entre Ehrlich e Kelsen que trouxemos até aqui. Sem citar diretamente Ehrlich, indaga: “Seria a jurisprudência capaz de evoluir para uma teoria geral do direito sem que por isso viesse a dissolver-se seja na Psicologia ou ainda na Sociologia?” (PACHUKANIS, 1988, p. 17).

A oposição simplificada entre Ser e Dever-Ser, e a fragmentação do conhecimento em uma ciência do Ser (explicativa) e outra do Dever-Ser (valorativa) leva a lógicas autônomas, que não explicam a si mesmas. Kelsen leva essa metodologia ao absurdo, em que a categoria “pura” do Dever-Ser não encontra determinações de natureza racional, em que a própria finalidade da norma é excluída da definição do jurídico. Arremata Pachukanis (1988, p. 19):

Uma tal teoria geral do direito, que nada explica, que a priori volta as costas às realidades concretas, ou seja, à vida social, e que se preocupa com as normas sem se importar com sua origem [...] ou com suas relações com quaisquer interesses materiais, não pode ter pretensões ao título de teoria senão unicamente no sentido em que, por exemplo, se fala popularmente de uma teoria do jogo de xadrez. Uma tal teoria nada tem a ver com a ciência.



Mais adiante, prossegue:

Finalmente, o extremo formalismo da escola normativa (Kelsen) exprime, sem sombra de dúvida, a decadência geral do mais recente pensamento científico burguês, o qual, glorificando o seu total afastamento da realidade, se dilui em estéreis artificios metodológicos e lógico-formais (1988, p. 34).

Já em relação às correntes sociológicas e psicológicas no direito, diz, se pode exigir muito mais, pelo fato de que seu método pressupõe o contato com a realidade. O jurista crítico mais facilmente se volta para elas, especialmente quando reage às teorias jurídicas idealistas e moralistas. Mas a limitação das correntes sociológicas e psicológicas está no fato de que não trabalhar com conceitos jurídicos, impedindo de ver que o direito tem um significado mais amplo que meramente ideológico.

Um exemplo disso vem quando Pachukanis ataca a teoria psicológica de Rejsner, para quem, sendo o direito estritamente parte da superestrutura, não é mais que ideologia de dominação, não existindo para além do campo psíquico. Que dizer então das finanças, do exército, da administração, das fronteiras alfandegárias? Seriam puros espectros ideológicos? Obviamente que não, pois “a natureza ideológica de um conceito não suprime a realidade e a materialidade das relações por ele expressas” (PACHUKANIS, 1988, p. 39). E ainda:

A perfeição formal dos conceitos de “território nacional”, de população, de “poder do Estado”, não reflete somente uma determinada ideologia, mas também a realidade objetiva da formação de uma esfera de domínio concentrado e, portanto, antes de tudo a criação de uma organização administrativa, financeira e militar real com um aparelho humano e material correspondente (1988, p. 40).

O primeiro capítulo, por sua vez, trata de suas concepções metodológicas. Cada conceito da ciência deve ser tomado por sua construção histórica. O direito não é apenas uma expressão pensamento, se trata de “um sistema particular de relações que os homens realizam em consequência não de uma escolha consciente, mas sob pressão das relações de produção” (PACHUKANIS, 1988, pp. 32-33).

Pachukanis coincide com Ehrlich ao conceber o direito como um fenômeno histórico, mas longe de ter a mesma concepção dos historicistas. Em sua especificidade, o direito não está relacionado a um genérico “sentimento de justiça do povo”, tampouco se manifesta da mesma maneira em todos os períodos da história; “a evolução histórica não implica apenas uma mudança no conteúdo das normas jurídicas e uma modificação das instituições jurídicas, mas também um desenvolvimento da **forma jurídica** como tal” (1988, p. 35, grifo nosso). Aqui está uma chave para compreender sua teoria: o conteúdo das normas não lhes caracteriza histórica e funcionalmente tanto quanto sua forma. A tendência de juristas atuais, mesmo no campo do marxismo, em conceber as normas e seu desenvolvimento histórico comparando seus conteúdos, pode levar a uma reafirmação do normativismo de Kelsen, que nada mais é do que o fetichismo da norma jurídica, acima exposto, e que impede ver os verdadeiros laços de poder e submissão dos quais o direito é parte.<sup>7</sup>

Aplicando o método de investigação marxista, Pachukanis (1988, p. 35) afirma que se deve partir da “análise da forma jurídica na sua configuração mais abstrata e mais pura”, para se chegar ao seu “concreto histórico”. Em decorrência, concebe que “apenas a sociedade burguesa capitalista cria todas as condições necessárias para que o momento jurídico esteja plenamente determinado nas relações sociais” (1988, p. 24). É nessa sociedade que o direito realiza sua forma completa, quando atinge “máxima diferenciação e precisão”, estando as relações sociais e econômicas inteiramente determinadas (1988, p. 36). O conhecimento da forma jurídica, portanto, deve partir da sua configuração na sociedade capitalista, para, a partir de seu elemento nuclear, alcançar as formas correspondentes às sociedades anteriores.

---

7 “[...] não resta dúvida de que a teoria marxista não deve apenas examinar o conteúdo material da regulamentação jurídica nas diferentes épocas históricas, mas dar também uma explicação materialista sobre a regulamentação jurídica como forma histórica determinada.” (PACHUKANIS, 1988, p. 21).

Isso não significa dizer que antes do capitalismo não havia direito, o que seria uma simplificação indevida do pensamento de Pachukanis. Em outros contextos histórico-sociais, as normas não possuem a mesma forma jurídica, não exercem o mesmo papel que exercem na sociedade capitalista, mas sim se encontram em um “estado embrionário com uma leve diferenciação interna e sem delimitação no que concerne às esferas próximas (costume, religião)” (1988, p. 35). Os dois ciclos em que o direito aparece como um sistema jurídico com totalidade orgânica são Roma, com seu sistema de direito privado, e a Europa dos séculos XVII e XVIII, “quando o pensamento filosófico descobriu a significação universal da forma jurídica como potencialidade que a democracia burguesa era chamada a realizar” (1988, p. 36).

Em outras formas de produção, como o escravismo e o feudalismo, não é o direito quem atua diretamente como forma de dominação. O homem escravizado é submetido pela força física, pela coação direta. O homem submetido à servidão feudal é coagido pela hierarquia social e pelo monopólio hereditário da terra.

No estrito momento da relação de produção capitalista, não há coerção extra-econômica, ou, em outras palavras, o vínculo de submissão se realiza estritamente pelo contrato de trabalho, que é a forma jurídica de uma relação econômica que tem como núcleo a forma mercadoria (seja a mercadoria como realização do produto, já na esfera da circulação, seja a própria força de trabalho transfigurada em mercadoria, na esfera da produção). A **liberdade** de vender a força de trabalho aparece ao mesmo nível da liberdade que tem o capitalista em comprar força de trabalho alheia para produzir mercadorias, portanto trabalhador e capitalista são **iguais**.

O salário corresponde a um **equivalente**, uma relação de troca, de proporcionalidade. Essa proporção é medida pelo valor da força de trabalho,<sup>8</sup> e não pelo lucro realizado na venda do produto. No plano da abstração, o que se passa é uma troca objetiva e justa de equivalentes. Essa medida “justa” é a própria forma jurídica representada no contrato. Os fundamentos de liberdade, igualdade e propriedade,

---

<sup>8</sup> O valor da força de trabalho, como de qualquer outra mercadoria, é medido pelo tempo de trabalho abstrato invertido no processo de sua produção. Todavia, o processo de produção capitalista leva a um incremento crescente da exploração do trabalhador, representado nas crises de superprodução (a lei geral da acumulação capitalista) e no conceito de **mais-valia relativa**, que faz com que o salário corresponda ao mínimo para que o trabalhador apenas continue vivo e mantenha sua família (que assegura a reprodução da força de trabalho), sem que se perca a equivalência abstrata representada no salário.

no plano abstrato, não só estão contidos nessa dinâmica, são ainda pressupostos para que ela se realize e seja perpetuada.

Essa condição de “livres proprietários” “juridicamente iguais” constitui os homens em **sujeitos de direito**, e as relações entre eles correspondem às **relações jurídicas** específicas do capitalismo. No mercado, ao se relacionarem como possuidores de mercadorias, os sujeitos de direito que operam valor de troca são, assim como as mercadorias, formas abstraídas de suas características particulares.<sup>9</sup> Como já havia observado Marx, o sujeito de direito aparece despojado de sua vida real enquanto pessoa, como indivíduo atomizado, “um proprietário de mercadorias abstrato e transposto para as nuvens” (PACHUKANIS, 1988, p. 78).

Para efetivar a troca, a única coisa que interessa é que as duas partes queiram dispor livremente de suas mercadorias, e haja equivalência. À forma mercadoria corresponde uma forma jurídica: “a mercadoria e o sujeito de direito são duas faces do mesmo fenômeno social, a relação de troca” (KASHIURA JUNIOR, 2009, p. 61), sendo, assim, a mercadoria como aspecto objetivo, e o sujeito de direito como aspecto subjetivo dessa relação.

Transpondo a análise do abstrato ao concreto, a partir dessas considerações, se completa a crítica marxista do direito. No contexto aqui tratado, os direitos de liberdade, igualdade e propriedade, em sentido abstrato, estão longe de representar reivindicações éticas e de dignidade humana, e tratá-los assim seria reproduzir as ilusões dadas a partir do fetichismo da norma jurídica. Retomamos o método de Pachukanis (1988, p. 49):

Para afirmar a existência objetiva do direito não é suficiente conhecer apenas o seu conteúdo normativo, mas é necessário igualmente saber se este conteúdo normativo é realizado na vida, ou seja, através de relações sociais.

---

<sup>9</sup> “Do mesmo modo que a diversidade natural das propriedades úteis de um produto não aparece na mercadoria senão sob a forma de simples embalagem do valor e assim como as variedades concretas do trabalho humano se diluem no trabalho abstrato, como criador de valor, assim também a diversidade concreta da relação do homem com a coisa surge como vontade abstrata do proprietário e todas as particularidades concretas, que diferenciam um representante da espécie *Homo sapiens* de um outro, se diluem na abstração do homem em geral, do homem como sujeito jurídico” (PACHUKANIS, 1988, p. 72)..

Em outras palavras, os direitos de liberdade, igualdade e propriedade devem ser entendidos não a partir do conteúdo de normas a eles relacionadas, mas a partir de quais relações sociais correspondem. A redução do sujeito à condição de livre proprietário abstrato é a redução à condição de livre proprietário de si mesmo, podendo se oferecer como mercadoria ao possuidor de dinheiro. A troca de mercadorias depende da relação de produção baseada no trabalho assalariado com a separação entre produtor e proprietário dos meios de produção. Logo, a desigualdade material entre as partes é um pressuposto. Em outras palavras, a igualdade jurídica corresponde (e sustenta) a desigualdade real. O proprietário da força de trabalho só vai ao mercado como tal porque não tem nenhuma propriedade e depende do salário para sobreviver. E a liberdade abstrata de vender sua força de trabalho significa nada mais que a necessidade de sobrevivência.

Compreendido como opera o direito a partir das relações de produção capitalista, resta compreender se o mesmo se dá nas outras esferas do direito e da vida social. Observemos a explicação de Ellen Meiksins Wood (2001, p.12):

O capitalismo é um sistema em que os bens e serviços, inclusive as necessidades mais básicas da vida, são produzidos para fins de troca lucrativa; em que até a capacidade humana de trabalho é uma mercadoria à venda no mercado; e em que, como todos os agentes econômicos dependem do mercado, os requisitos da competição e da maximização do lucro são as regras fundamentais da vida.

É fácil perceber como, no capitalismo, inclusive na sua forma atual, as pessoas condicionam suas decisões profissionais, familiares, seu lazer e até suas decisões afetivas à sua situação econômica e profissional. Quando Marx (1988) explica o fetichismo da mercadoria, demonstra que, assim como as mercadorias se apresentam como coisas com propriedades inerentes e mágicas, e não como fruto do trabalho, também as relações sociais se fetichizam e se apresentam como relações entre coisas.

Observando esse fenômeno na forma jurídica, Kashiura Júnior (2009, p. 72) acrescenta que opera uma “assimilação da forma subjetiva da relação de troca”: “as relações sociais que possuem conteúdos outros que não o intercâmbio de mercadorias podem assumir uma forma jurídica na medida em que se constituem como relações entre sujeitos de direito”. Em outras palavras, os sujeitos de direito assim constituídos na relação de troca mercantil seguirão atuando como sujeitos de direito em outros campos da vida social. O direito moderno, em sua qualidade e quantidade formadoras, onde quer que chegue, “chegará por meio da lógica mercantil que lhe é própria” (MASCARO, 2007, p. 21).

Isso não significa, por outro lado, que a forma jurídica deva ser dada como um dogma, como uma definição geral para um capitalismo genericamente definido e universalmente aplicado: “a regulamentação, ou a normatização das relações sociais só aparece homogênea e totalmente jurídica para uma reflexão superficial ou puramente formal” (PACHUKANIS, 1988, p. 43). Lénine logrou demonstrar, com dados históricos e estatísticos, como o capitalismo entrou, na transição do século XIX para o século XX, em sua fase monopolista, que, ao invés de suprimir os laços coloniais, os reforçava (LÉNINE, 1984; SEGAL, 1946). Baseados nisso, outros autores demonstraram como o capitalismo, para se manter nas regiões em que estava desenvolvido, precisa manter relações pré-capitalistas nas regiões que explora, travando o seu desenvolvimento, daí a importância do conceito de capitalismo burocrático (v. MOREIRA, 2011). A importância de estudar Pachukanis, ao contrário de sugerir uma explicação única para qualquer expressão idealizada de direito, está em captar o método, que permite caracterizar a forma jurídica em cada contexto histórico e social, abrindo espaço para trabalhos essenciais, como a análise que Alysson Mascaro (2003) faz do direito brasileiro, ou estudos, atualmente desenvolvidos no México, sobre o direito e o trabalho em sociedades indígenas (VILLAVICENCIO PEÑA, 2012).

## 8. Considerações finais

Este artigo tentou, em primeiro lugar, oferecer uma contribuição inédita à Sociologia do Direito, e, em segundo lugar, cumprir um importante papel na aplicação do método marxista à teoria do direito em geral. Ao contrário de um método supostamente atrasado, anacrônico, reducionista, etc., é o método mais adequado para fugir dos reducionismos e simplificações, e mais completo para explicar um objeto, tratando da totalidade histórico-social, e, além disso, permite submeter a si próprio a crítica.

A opção por estudar um autor como Ehrlich se deveu à necessidade de trazer referenciais teóricos clássicos e críticos para a Sociologia do Direito, que não deve ser apenas uma disciplina de estudos práticos, tampouco uma reprodução de conceitos extraídos de apostilas de Sociologia Geral.

Os três caminhos do pensamento jurídico contemporâneo, explicados por Alysso Mascaro (2010), não se tratam de uma simples classificação de autores, mas de uma forma original de ver a teoria do direito com base na crítica do positivismo que leva até a crítica marxista. Portanto, é importante conhecer cada caminho para dominar o sentido da crítica, percebendo que ela deve romper com a essência do objeto criticado e não apenas lhe agregar adornos (caso dos juspositivismos ecléticos e éticos).

Submetendo a teoria de Ehrlich ao modelo de Mascaro, haveria alguma tendência a caracterizá-la como não juspositivismo, por criticar frontalmente Kelsen. Mas não é o que compreendemos. Conforme adiantamos em nossa exposição, Ehrlich critica o positivismo jurídico sem romper com o positivismo sociológico, recuperando, em seu método, aproximações ao método sociológico de Durkheim. A fragmentação do conhecimento é um traço marcante do positivismo. O próprio Kelsen não exclui a possibilidade de uma sociologia que se diferencie da sua ciência “pura” do direito, pois as duas “ciências” podem coexistir, cada qual com seus objetos próprios. Ehrlich procura elevar a sociologia jurídica à única “ciência” do direito, afirmando que a doutrina prática não tem um caráter científico. Embora tenha um

método diferente, a sociologia de Ehrlich não se opõe à normatividade jurídica do capitalismo, aliás, ela é “como toda ciência, só tem de registrar os fatos e não de avaliá-los” (1986, p. 298).

Ehrlich parece possuir uma concepção funcionalista sobre a formação das sociedades, partindo de algo como a divisão do trabalho social, chega ao conceito de organizações sociais, que possuem uma ordem interna que é exatamente a expressão do direito, mais que as leis formais. Esta concepção dá uma definição de direito que pode estar presente em qualquer grupo social, portanto, não capta a especificidade histórica da forma jurídica. Quanto ao método, Ehrlich aponta o método indutivo e experimental para a análise jurídica, sustentando que a observação só pode se dar no objeto concreto e particularizado, e a partir dele se podem fazer generalizações.

Mirando os três caminhos, seu pensamento é mantido dentro do juspositivismo, pois mantém a concepção de uma sociedade regulada pela norma, e não oferece uma concepção realista sobre o poder, tampouco sobre a divisão da sociedade conforme a posição nas relações de produção e a luta de classes. Por outro lado, diferencia-se da redução total do direito à norma. Numa tentativa ainda pouco madura, poder-se-ia caracterizar o pensamento de Ehrlich dentro do juspositivismo eclético.

A crítica do positivismo jurídico de Kelsen só pode ser completada com o caminho marxista, do qual faz parte Pachukanis. Este, assim como Ehrlich, está preocupado em tratar do fenômeno jurídico na realidade social, e não nas normas abstratas, e aborda os conceitos levando em conta suas origens históricas. Mas, exatamente em consequência disso, reconhece a especificidade da forma jurídica na sociedade capitalista, sendo esta uma sociedade desigual e conflituosa, em que o direito assegura sua perpetuação e cria um sentido de liberdade, propriedade e igualdade que só existe no plano formal.

Pachukanis aporta o método materialista histórico e dialético, em que o plano abstrato expressa o nível do conhecimento racional, que é uma etapa superior do conhecimento. O concreto imediato e particular não é suficiente para compreender o fenômeno jurídico, que está inserido num contexto abstrato e geral anterior à sua própria formação.



A investigação deve levar em conta a totalidade, observando o movimento incessante, contraditório, e transformador da matéria.

A partir da crítica da economia política, aponta o caráter abstrato e a contradição na forma jurídica no capitalismo: igualdade jurídica implica em desigualdade material; a liberdade formal é condicionada pela carência econômica; a propriedade abstrata implica na redução do trabalhador à condição de mercadoria.

Este método revela-se plenamente aplicável à Sociologia Jurídica. A partir dele, há que se considerar que a sociedade não é um agrupamento homogêneo de indivíduos, e que seus comportamentos não são determinados pelo conteúdo de normas escritas em textos oficiais (leis, códigos, portarias, etc.), mas por relações sociais que envolvem desigualdade de poder e submissão, mas que, sob o capitalismo, assumindo a forma de relações jurídicas, ocultam essa submissão apoiando-se no caráter impessoal de uma lei ou contrato, conformando os seres humanos em seres ou sujeitos abstratos que operam a todo tempo uma troca de mercadorias também abstrata. Trabalhando com o princípio da contradição, o jurista sociólogo consegue captar as relações reais que se passam por trás dessas relações abstratas e idealizadas. Arrancando a máscara do sujeito de direito, a crítica jurídica se revela como um instrumento de transformação.

## Referencias

ADORNO, Theodor W. **Introdução à sociologia**. São Paulo: Ed. Unesp, 2008.

ALMEIDA, Sílvio Luiz. **O direito no jovem Luckács: a filosofia do Direito em História e consciência de classe**. São Paulo: Alfa-Omega, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris (Ed.). 1991.

- DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução René Ernani Gertz. Brasília, Ed. UnB, 1986.
- KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. **Crítica da Igualdade Jurídica: contribuição ao pensamento jurídico marxista**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- KELSEN, Hans. “Una fundamentación de la sociología del derecho”. **Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho**. N. 12. Alicante, Espanha: Universidad de Alicante, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LÉNINE, V.I. “O imperialismo, fase superior do capitalismo”. In: \_\_\_\_\_. **Obras escolhidas**. Tomo 2, p. 291-404. Lisboa: Ed. Avante!, 1984.
- LÉVY-BRUHL, Henri. **Sociologia do direito**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LUKÁCS, György. **História e consciência de classe: estudos sobre a dialética marxista**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARTINS, Lígia Márcia. **As aparências enganam: divergências entre o materialismo histórico dialético e as abordagens qualitativas de pesquisa**. UNESP/Bauru, GT Filosofia e Educação, 2009.
- MARX, Karl. “Para a crítica da economia política”. In: Karl Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. Tradução José Carlos Bruni (et al.). Vol. I. 4. ed.. São Paulo: Nova Cultural, 1987a. P. 1-157 (Os pensadores).
- \_\_\_\_\_. “Teses contra Feuerbach”. In: Karl Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. Tradução José Carlos Bruni (et al.). Vol. I. 4. ed.. São Paulo: Nova Cultural, 1987b. P. 159-163. (Os pensadores).
- \_\_\_\_\_. **O capital: crítica da economia política**. Livro Primeiro. O processo de produção do capital. Tradução Regis Barbosa e

- Flávio R. Kothe. 3. ed.. São Paulo: Nova Cultural, 1988. Tomo I. (Os economistas).
- \_\_\_\_\_. “A questão judaica”. In: Karl Marx. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao Direito**. Tradução Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1979.
- MOREIRA, Júlio da Silveira. **Direito Internacional: para uma crítica marxista**. São Paulo: Alfa-Omega, 2011.
- OLIVEIRA, Paulo de Salles. “Caminho de construção da pesquisa em ciências humanas”. In: OLIVEIRA, Paulo de Salles, org. **Metodologia das ciências humanas**. São Paulo: UNESP & HUCITEC, 1998.
- PACHUKANIS, Evgeni B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva 2009.
- SEGAL, Luís. **Noções fundamentais de economia política**. Volume II. Tradução J. Z. de Sá Carvalho. Rio de Janeiro: Editorial Calvino, 1946.
- TSETUNG, Mao. “Sobre a prática”. In: TSETUNG, Mao. **Obras Escolhidas**. Vol. I, p. 499-523. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011.
- VILLAVICENCIO PEÑA, Amanda, 2012
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.
- WOOD, Ellen Meiksins. **A origem do capitalismo**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.