

EUGEN EHRLICH E HANS KELSEN: UMA RECONCILIAÇÃO POSSÍVEL?¹**EUGEN EHRLICH AND HANS KELSEN: A POSSIBLE RECONCILIATION?****Vicente de Paula Ataíde Junior♦****RESUMO**

Empreende-se um apanhado das visões do direito vivo de Eugen Ehrlich e da teoria pura do direito de Hans Kelsen, apontando-se a particular hermenêutica jurídica de Kelsen como um ponto de contato entre as duas visões, possibilitando uma reconciliação entre os dois pensamentos, como meio para construir uma teoria jurídica que compreenda o direito orientado pela norma, mas que não desconheça a realidade e as exigências da justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Eugen Ehrlich – Hans Kelsen – Positivismo Jurídico – Sociologia do Direito – Direito Vivo – Teoria Pura do Direito – Interpretação.

ABSTRACT

This text undertakes a summary of Eugen Ehrlich's living Law and Hans Kelsen's pure theory of Law, pointing to Kelsen's particular legal interpretation as a contact point between the two opinions, allowing a reconciliation between the opinion of the two authors, as a means to build a legal theory which includes the Law targeted by the legal norm, but not ignorant of the realities and demands of Justice.

KEY-WORDS: Eugen Ehrlich - Hans Kelsen - Legal Positivism - Sociology of Law – Living Law - Pure Theory of Law - Interpretation.

¹Artigo recebido em 28 de maio de 2010.

♦Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Juiz Federal em Curitiba.

E-mail: vpa@jfpr.gov.br

1. INTRODUÇÃO

Há quem diga que um dos pontos de partida de toda a vasta e proeminente obra de Hans Kelsen (1881-1973), consolidando o positivismo jurídico, foi o vívido desejo de combater as propostas elaboradas por Eugen Ehrlich (1862-1922), fundador da sociologia do direito².

A Ciência do Direito deve tributos tanto a Ehrlich, quanto a Kelsen.

O Direito lhes foi a razão da vida, mas a razão pela qual concebiam o Direito diferia substancialmente em cada um: a norma era a razão do Direito para Kelsen; o fato para Ehrlich.

Visões diferentes de um mesmo objeto não podem conviver e, talvez, se complementar? A reconciliação entre as idéias formalistas de Kelsen e as sociológicas de Ehrlich não podem favorecer uma concepção mais ampla e holística do fenômeno jurídico?

O objetivo deste artigo é revisar, em poucas linhas, o pensamento dos dois autores sobre o Direito, para depois apontar um ponto de contato entre as duas grandes obras, ensaiando-lhes uma reconciliação póstuma.

O Direito não é apenas norma, como não é puro fato.

Reconciliar Kelsen com Ehrlich talvez seja a chave para reconciliar a norma com os fatos, o direito com sua verdadeira essência.

2. O DIREITO VIVO DE EUGEN EHRLICH

Ehrlich não é tão inocente nesta disputa. Ele se coloca, francamente, como um antiformalista. Ele denuncia que a ciência jurídica dominante dá tanto destaque à prescrição jurídica como objeto de pesquisa”, porque parte do pressuposto que “todo o direito se encontra guardado e subsumido nas prescrições jurídicas”. Assim, o método tradicional de investigação do direito se limita à “compilação do material a partir das leis e na determinação do seu conteúdo através de interpretação própria e na aplicação da interpretação na bibliografia e na administração da justiça³.

Mas adverte que o campo de investigação do cientista do direito é muito mais amplo, dado que as prescrições jurídicas não conseguem oferecer um quadro completo das condições jurídicas⁴.

Assim, Ehrlich diferencia o direito vivo do direito vigente.

Sua antológica frase: O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida⁵.

Para demonstrar a existência de um direito vivo – além dos parágrafos dos códigos – Ehrlich cita alguns exemplos, extraídos da observação direta: a realidade do casamento no campesinato austro-alemão, cujo regime de comunhão de bens nada tem a ver com a comunhão de bens de que trata o código civil austríaco e por isso as determinações do código civil nunca são aplicadas, porque sempre são excluídas do contrato matrimonial⁶; fenômeno semelhante se daria com o contrato de arrendamento agrário, cujas prescrições jurídicas são substituídas pelas determinações dos próprios contratos, tais como estes hoje são firmados entre arrendador e arrendatário, dependendo do grau de desenvolvimento de nossa agricultura, das modernas condições sociais e econômicas⁷; quanto ao direito de família, assevera que o direito vigente não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida⁸; destaca, por fim, a realidade do direito comercial, a única área do direito que parte regularmente, e não só ocasionalmente, daquilo que realmente se pratica⁹.

²MALISKA, Marcos Augusto. Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. Curitiba: Juruá, 2001, p. 03.

³EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: UnB, 1986, p. 373

⁴Ehrlich, Op. Cit. p. 374

⁵ Ehrlich, Op. Cit. p. 378

⁶ Ehrlich, Op. Cit. p. 376

⁷ Ehrlich, Op. Cit. p. 376

⁸ Ehrlich, Op. Cit. p. 377

⁹ Ehrlich, Op. Cit. p. 377

As fontes para conhecer o direito vivo 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 ilegais¹⁰. Mas destaca, entre todas essas fontes, a sentença judiciária, porém, ressaltando que a sentença não é testemunho do direito vivo, mas é parte da bibliografia jurídica, utilizada para a correção da interpretação das leis e construções jurídicas nela contidas¹¹. Segundo Ehrlich, o método sociológico, portanto, exige que os resultados obtidos a partir das decisões dos órgãos estatais sejam complementados pela observação direta da vida¹². Falando adiante, do documento comercial, acrescenta que 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 vivo¹³. Ressalva, porém, que direito vivo no conteúdo de um documento não é aquilo que os tribunais no caso de uma disputa jurídica declaram como obrigatório, mas comente aquilo que as partes, na vida real, de fato observam¹⁴.

Caso o método sociológico do direito fosse aplicado, reconhecendo a existência do direito vivo, teríamos então mais monografias sobre o vendedor de cervejas ou o contrato de fornecimento de beterrabas às fábricas de açúcar ou sobre a venda de um consultório médico do que sobre o conceito de pessoa jurídica ou sobre a construção do direito de penhora¹⁵, mais próximo do que faziam os juristas romanos.

Aprofundando a diferença entre direito vivo e direito vigente, Ehrlich aponta que este, entendido como 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 processo¹⁶.

Ehrlich revela um método para o direito que passa a exigir trabalho de campo para o jurista, obrigando-o a se servir das ferramentas típicas da sociologia para a observação atenta do dia-a-dia. Sei que significa exigir muito dos juristas quando se lhes pede para procurarem aprender através da percepção direta e não através dos parágrafos; mas isto é inevitável e por aí ainda há muita novidade a ser detectada¹⁷. Em decorrência desse método, o autor defende que a evolução do direito não coincide, necessariamente, com a mudança das leis ou dos códigos, mas no fato de surgirem novas instituições jurídicas e outras já existentes gradativamente serem preenchidas por um conteúdo novo¹⁸.

Segundo Ehrlich, é com a investigação do direito vivo que a sociologia do direito deve iniciar. Isso significa partir do concreto (hábitos, relações de dominação e jurídicas, contratos, estatutos, declarações de última vontade), para se chegar ao genérico, ou seja, verificar ou não sua validade geral. Ehrlich defende que é a partir do concreto que surgem as regras de agir, pelas quais as pessoas se orientam, e destas é que partem as normas de decisão dos tribunais e as determinações legais.

Mas Ehrlich ressalta que o direito vivo não demonstra sua importância apenas como informador da jurisprudência ou da prescrição jurídica. Seu significado científico abrange também o valor intrínseco de ele ser a base da ordem legal da sociedade humana, ou seja, que cada agrupamento, cada forma de vida, mantém uma ordem que deve ser pesquisada, esteja ela regulamentada pela lei ou não. Segundo ele, a fábrica, o banco, o trem, o latifúndio, as associações operárias e milhares de outras formas de vida possuem também uma ordem e esta ordem possui o seu lado jurídico da mesma forma como a casa comercial, regulamentada pelo código comercial¹⁹.

O trabalho do jurista é pesquisar uma das facetas desses fenômenos sociais: sua regulamentação e suas conseqüências jurídicas.

¹⁰Ehrlich, Op. Cit. p. 378

¹¹Ehrlich, Op. Cit. p. 378

¹²Ehrlich, Op. Cit. p. 379

¹³Ehrlich, Op. Cit. p. 379

¹⁴Ehrlich, Op. Cit. p. 381

¹⁵Ehrlich, Op. Cit. p. 380

¹⁶Ehrlich, Op. Cit. p. 381

¹⁷Ehrlich, Op. Cit. p. 382

¹⁸Ehrlich, Op. Cit. p. 383

¹⁹Ehrlich, Op. Cit. p. 385

As críticas dirigidas contra as idéias de Ehrlich provêm, segundo Billier e Maryioli, do campo dos juristas ‘puros’, como Kelsen, que lhe censuram por não ter sido capaz de distinguir entre o que é (na realidade) e o que deve ser (em direito), em suma, entre o descritivo e o normativo²⁰.

3. A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

A pretensão de Hans Kelsen foi produzir uma teoria universal do direito.

Mais do que isso, uma teoria pura do direito.

Nas palavras do famoso prefácio à primeira edição, Kelsen proclama: há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objecto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objectividade e exactidão²¹.

A obra de Kelsen parte desse princípio: pensar o jurídico a partir do jurídico, sem preocupação com as considerações éticas, políticas, históricas, sociológicas ou psicológicas²².

O objeto das investigações da Ciência do Direito é a norma jurídica.

Assim, o cientista do direito deve-se ocupar exclusivamente da norma posta. Os fatores interferentes na produção da norma, bem como os valores que nela se encerram são rigorosamente estranhos ao objeto da ciência jurídica²³.

Nada de fatos e valores, apenas normas.

Por outro lado, o conhecimento jurídico para ser científico deve ser neutro, no sentido de que não pode emitir qualquer juízo de valor acerca da opção adotada pelo órgão competente para a edição da norma jurídica²⁴.

A pureza da Ciência do Direito, segundo Kelsen, decorre, portanto, dessas duas considerações: pura definição do seu objeto (a norma) e pura investigação, ou seja, neutralidade axiológica.

4. O PONTO DE CONTATO: A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA EM KELSEN

A teoria kelseniana do direito é objeto de debates e discussões desde sua publicação, por todos os cantos do mundo. Porém, a hermenêutica por ele proposta é praticamente inexplorada.

Interessante para este trabalho é notar que contrariando o perfil legalista e conservador atribuído a ele pela maior parte dos juristas, Kelsen criou uma teoria da interpretação que estava, de certo modo, à frente do seu tempo²⁵.

Conforme adiante se demonstrará, a teoria da interpretação de Kelsen, objeto da última parte da sua maior obra, vem por resgatar o autor vienense do mar de críticas tradicionalmente a ele dirigidas, quebrando, de certa forma, a rigidez conservadora da sua concepção do fenômeno jurídico, sem, no entanto, comprometer o rigor metodológico da sua epistemologia do direito.

E, assim procedendo, mesmo sem querer, abre a guarda para uma reconciliação com as teses do sociologismo jurídico de Ehrlich.

²⁰BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé. História da Filosofia do Direito. Barueri-SP: Manole, 2005, p. 288

²¹KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 07

²²BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé, Op. Cit., p. 195

²³COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 22

²⁴COELHO, Op. cit., p. 22

²⁵KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito. In: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, ano 23, n. 84, 2006, p. 167

Confira-se adiante.

4.1. A ESSÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO

Kelsen não foge do padrão comum de compreender a interpretação como a fixação do sentido das normas. Para ele, a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior²⁶.

Em outras palavras, interpretar significa determinar o conteúdo da norma de hierarquia inferior – a norma individual representada pela sentença ou pela decisão administrativa – deduzida da norma de hierarquia superior na sua aplicação a um caso concreto.

4.2. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA E NÃO AUTÊNTICA

A chave da hermenêutica de Kelsen reside na diferenciação que faz entre interpretação autêntica e interpretação não autêntica.

O conceito de interpretação autêntica em Kelsen não é o mesmo trazido pela doutrina tradicional, ou seja, aquela realizada por via de um provimento legislativo²⁷.

Para Kelsen, interpretação autêntica é a procedida pelo órgão jurídico competente para aplicar o direito, enquanto que a não autêntica é a que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica²⁸.

Portanto, ambas as categorias de interpretação partem do critério do sujeito intérprete, o órgão aplicador do direito ou não, levando em considerando o poder para aplicar o direito.

Assim, a interpretação que o Legislativo faz da Constituição, ao editar leis ordinárias, a do Executivo relativamente a estas últimas, ao baixar o decreto regulamentar, e a do Judiciário pertinente às normas gerais em vigor, para proferir decisões (editar normas individuais), têm natureza substancialmente diversa da interpretação doutrinária, a cargo da ciência do direito. Essa última, por sua vez, tem a mesma natureza da interpretação que as pessoas fazem das normas jurídicas, para as obedecer²⁹.

4.3. A RELATIVA INDETERMINAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS: A MOLDURA NORMATIVA

Pela Teoria Pura do Direito se sabe que as normas de hierarquia superior determinam a produção das normas de hierarquia inferior, seja determinando o processo de produção normativa, seja estabelecendo o conteúdo provável da norma inferior ou o ato de execução a realizar.

Porém, Kelsen assevera que essa determinação é relativa, posto que jamais pode ser completa. A norma superior não consegue dar conta de todas as possibilidades de conteúdo das normas inferiores.

Nas palavras do autor, a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o acto através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao acto de produção normativa ou de execução que a aplica, o carácter de um quadro ou moldura a preencher por este acto. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer³⁰.

A metáfora da moldura normativa bem representa essa impossibilidade de determinação absoluta das normas inferiores pela normas superiores: compete à norma superior fixar as balizas, os limites, o quadro ou moldura em que serão produzidas as normas jurídicas inferiores.

²⁶KELSEN, Op. cit., p. 463

²⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 136

²⁸KELSEN, Op. cit., p. 464

²⁹COELHO, Op. cit., p. 61

³⁰KELSEN, Op. cit., p. 464

Kelsen aponta que essa indeterminação pode ser intencional, quando, implicitamente, se concede à autoridade, com competência para aplicar a norma interpretanda, o poder para resolver certas questões³¹.

Como exemplo, aponta o caso das leis sanitárias, as quais determinam, no caso de epidemia, que os habitantes se comportem de determinada maneira para prevenir o alastramento da doença. A autoridade administrativa é autorizada a realizar essa determinação através de diversas maneiras, conforme sejam os diversos tipos de doenças³².

Mas a indeterminação relativa também pode ser não intencional, quando derivada da pluralidade de significações de uma palavra ou de uma seqüência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis³³, no que se inclui a eventual discrepância entre a vontade do legislador e a expressão verbal da norma. Mas essa indeterminação não intencional também pode derivar de antinomias, quando duas normas que pretendem valer simultaneamente se contradizem total ou parcialmente³⁴.

Parece que o pensamento de Kelsen, nessa particular constatação da indeterminação relativa não intencional das normas, pela plurissignificação lingüística das palavras que as definem, é similar à idéia de textura aberta do direito, desenvolvida por Herbert L. A. Hart, em seu *O Conceito de Direito: a textura aberta do direito* significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais e pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso a caso³⁵.

Hart, na mesma linha de Kelsen, enfatiza que os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade³⁶.

Assim, Kelsen arremata que o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível³⁷.

Como conseqüência lógica dessa argumentação, a interpretação de uma lei não pode conduzir a apenas uma única solução possível. Impossível uma interpretação única e absoluta. Ao contrário, a interpretação pode gerar várias soluções jurídicas possíveis, com igual valor de direito, na medida que apenas sejam aferidas pela moldura normativa.

Portanto, é bom esclarecer, dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral³⁸.

Kelsen, portanto, nega que a atividade de aplicação do direito seja apenas uma atividade racional, baseada no silogismo jurídico. A aplicação do direito não é apenas uma ato intelectual, mas sobretudo um ato de vontade.

O autor de *Teoria Pura do Direito* é incisivo em afirmar que não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta³⁹.

4.4. A NATUREZA DO ATO DE INTERPRETAR E O PODER DE CRIAR O DIREITO

³¹COELHO, Op. cit., p. 61

³²KELSEN, Op. cit., p. 465

³³KELSEN, Op. cit., p. 465

³⁴KELSEN, Op. cit., p. 466

³⁵HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2005, p. 148

³⁶HART, Op. Cit., p. 141

³⁷KELSEN, Op. cit., p. 467

³⁸KELSEN, Op. cit., p. 467

³⁹KELSEN, Op. cit., p. 468

Kelsen repudia a doutrina tradicional que afirma o ato de interpretar as normas como puro ato de conhecimento.

Há, certamente, um momento cognoscitivo na interpretação autêntica, mas ela é essencialmente ato de manifestação da vontade, pelo qual o órgão aplicador escolhe uma das diversas possibilidades possíveis. O problema se desloca do direito positivo para a política do direito.

Em função disso, Kelsen reconhece o poder criativo do direito para além da atividade legislativa: a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito.(...) Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando crie Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção⁴⁰.

E Kelsen leva sua teoria às últimas conseqüências, afirmando, inclusive, que em função da prevalência da atividade volitiva do órgão aplicador sobre a atividade intelectual, esse órgão pode, eventualmente, atribuir à norma até mesmo um sentido não compreendido na moldura delineada pela ciência jurídica, desde que o acto deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado⁴¹.

O autor reconhece, como parece acontecer na prática forense nacional, que pela via da interpretação autêntica desse tipo último, muitas vezes é criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância.

Nesse ponto, Kelsen parece muito se aproximar do realismo jurídico norte-americano, na esteira do pensamento de autores como Holmes e Cardozo.

4.5. A INTERPRETAÇÃO E A CIÊNCIA DO DIREITO

A tarefa da Ciência do Direito é apenas a de elencar os possíveis sentidos da norma jurídica, superando a ficção da única interpretação correta.

Não compete ao cientista do direito decidir qual a “única” interpretação correta. A interpretação científica do direito não é ato de vontade, é pura atividade intelectual. Não há criação do direito, tarefa apenas dos órgãos de aplicação jurídica.

Assim, o preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por órgão aplicador do mesmo⁴².

Aliás, essa colmatação da moldura normativa, realizada pelo órgão de aplicação do direito, caso implique em atividade cognoscitiva, não se tratará de cognição do direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse de Estado, progresso, etc⁴³.

5. A RECONCILIAÇÃO

Nota-se, pelo exposto, que a pureza da teoria kelseniana não alcança a interpretação autêntica do direito, pois esta é atividade de vontade do órgão aplicador, o qual pode se utilizar de fontes metajurídicas para escolher a solução do caso concreto.

Com isso, não se pode negar a função política da atividade do aplicador, no que se insere a atividade jurisdicional. Política, como afirmada por Kelsen, porque envolve escolha e decisão autônoma, evidenciando o significado de poder que envolve a atividade de aplicação do direito.

Ora, não há como dissociar a norma da sua interpretação, ambos consistindo em facetas (ou momentos) do mesmo fenômeno.

Se no processo de criação jurídica, pela interpretação autêntica, podem ter incidência normas de

⁴⁰KELSEN, Op. cit., p. 470-471

⁴¹KELSEN, Op. cit., p. 471

⁴²KELSEN, Op. cit., p. 472

⁴³KELSEN, Op. cit., p. 470

Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais, certamente é possível cogitar que o juiz, na realização do direito pela interpretação autêntica, investiga o direito vivo, aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida.

A norma jurídica não esgota o fenômeno jurídico. Ela é parâmetro de aplicação. É a base para a “moldura normativa” que orienta, mas não exaure, a atividade judicial na concretização do direito. A norma enquanto direito posto não é vida. A vida revela-se quando nasce o caso concreto a ser decidido pelo juiz. A cognição judicial usa, mesmo sem querer, o método sociológico, porque exige a observação direta da vida.

Não basta Kelsen para o juiz, como não basta Ehrlich. Não só um, não só outro.

A reconciliação que se propõe é a complementaridade entre o gênio de ambos os escritores: um direito orientado pela norma, mas que não desconhece a realidade e as exigências da justiça. Nesse contexto, com a maestria que sempre lhe foi peculiar, Ovídio Baptista da Silva ensina que é uma graça divina que a lei não tenha uma vontade, mas inúmeras vontades, a serem descobertas pelo intérprete, para expressá-las na sentença, segundo as suas circunstâncias históricas e as exigências políticas e sociais de seu tempo, de modo a harmonizar o texto, que é a imperfeita expressão gráfica da norma, com as expectativas humanas existentes no momento em que o julgador a deva aplicar⁴⁴.

Reconciliar Kelsen e Ehrlich é tarefa não só para cientistas, mas também para juízes. Novos Juízes. O novo juiz, a par de sua formação técnico-jurídica, desfruta de uma formação interdisciplinar que lhe permite ir além, conhecendo da realidade social, econômica e mesmo psicológica envolvida na lide em julgamento⁴⁵.

A interpretação é a chave dessa reconciliação: é nela que o direito pulsa e vive, como é nela que se pode melhor reconhecer o Direito.

REFERÊNCIAS

- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. Aplicação do direito e contexto social. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BILLIER, Jean-Cassien, MARYIOLI, Aglaé. História da Filosofia do Direito. Barueri-SP: Manole, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: UnB, 1986.
- HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Lisboa: Gulbenkian, 2005.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Uma análise crítica da interpretação na teoria pura do direito. In: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil, ano 23, n. 84, 2006, p. 167-175.
- MALISKA, Marcos Augusto. Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich. Curitiba: Juruá, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19 ed. Rio: Forense, 2003.
- MOUFFE, Chantal. O regresso do político. Lisboa: Gradiva, 1996.
- NOJIRI, Sérgio. A interpretação judicial do direito. São Paulo: RT, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. v. 1. 7 ed. Rio: Forense, 2005.
- STEINBECK, John. As vinhas da ira. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- WEBER, Max. Ciência e política: duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2003.

⁴⁴SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. v. 1. 7 ed. Rio: Forense, 2005, p. 08

⁴⁵ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006