

A CONTROVÉRSIA FILOSÓFICA ENTRE EUGEN EHRLICH E HANS KELSEN NO COMEÇO DO SÉCULO XX SOB O PRISMA DO DIREITO CIVIL ATUAL

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo a análise da controvérsia filosófica entre Ehrlich e Kelsen sob o prisma do Direito Civil atual, em especial a parte de direito de família. Ehrlich em seu pensamento, interpretava a atividade legiferante como influência direta da consciência social e que em determinadas condições legítimas, a norma criada pela sociedade poderia ser tratada como lei, o que contraria o sistema de pensamento de Kelsen, tendo em vista que seu entendimento era de que a norma jurídica só pode ser válida se imposta e aplicada pelas autoridades estatais. Pela perspectiva moderna, podemos observar que a norma emanada pelo Estado pode sofrer mutações de acordo com a evolução da sociedade, cabendo ao Direito acompanhar essas mudanças, sob pena da norma perder o objetivo.

Palavras Chave: Hans Kelsen; positivismo jurídico; Eugen Ehrlich; Direito Vivo.

THE PHILOSOPHICAL CONTROVERSY BETWEEN EUGEN EHRLICH AND HANS KELSEN IN THE BEGINNING OF THE 20TH CENTURY UNDER THE PRESENCE OF CURRENT CIVIL LAW

Abstract: This paper aims to analyze the philosophical controversy that exists between Ehrlich and Kelsen from the current civil law. Ehrlich in his thought, interpreted the legiferous activity as a direct influence of the social conscience and that in certain legitimate conditions, the norm created by society could be treated as law, which is contrary to Kelsen's system of thought, considering that his understanding was that the legal norm can only be valid if imposed and applied by state authorities. From the modern perspective, we can observe that the rule issued by the state can undergo mutations according to the evolution of society, and it is up to the law to accompany these changes, otherwise the rule will lose its purpose.

Keywords: Hans Kelsen; legal positivism; Eugen Ehrlich; Alive Right.

1. Introdução

Na história da formação do pensamento jurídico poucos foram os debates que tiveram a importância e o fervor daquele travado ainda nas primeiras décadas do século XX, entre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen, em uma série de sucessivas publicações no periódico austríaco *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*.

O debate reflete o dissenso entre as perspectivas desenvolvidas pelos autores acerca daquele que deveria ser o objeto e o âmbito de cognição da Ciência do Direito.

De um lado Ehrlich tem por concepção a Ciência do Direito enquanto Ciência Social, ou seja, mantém que a constatação das regras de *dever-ser* jurídicas se dá a partir da observação do que acontece na realidade, sendo tais regras aquelas que efetivamente dominam a conduta humana¹ e, a partir daí, criou o conceito de “Direito Vivo”.

Kelsen, por sua vez, constrói a Ciência do Direito enquanto “ciência pura”, ou seja, restringe o objeto da cognição da Ciência do Direito a considerações unicamente jurídicas, circunscrevendo-a na medida em que delimita seu objeto à descrição do Direito enquanto norma, proposição de *dever-ser*, cuja validade, diferentemente do que sustenta Ehrlich, se abstrai de qualquer verificação no plano material, mais que isso, a norma jurídica nada diz a respeito da realidade em si, representando, apenas, descrições de *dever*.

Uma importante decorrência da oposição conceitual entre os autores é a visão mantida por cada um deles em relação à identificação do Direito com as normas estatais. Afinal, se para Ehrlich o componente central se identificava nas regularidades das relações sociais verificadas empiricamente, a definição do Direito para Kelsen, em decorrência de sua estrutura para a validade da norma, se reflete nas normas estatais.

É nesta seara de discussão que Ehrlich nos apresenta o exemplo da Bukowina, sua cidade natal, à época uma província do império Austro-húngaro formada por uma pluralidade de povos, cada qual com suas regras consuetudinárias distintas a reger suas relações sociais, regras estas que sob aspectos diferentes conflitavam diretamente com o direito estatal, o Código Civil. A intenção era demonstrar, por meio do que ocorria na Bukowina, que as relações sociais observáveis regularmente não correspondiam às descrições de dever que compunham o direito estatal. Nesse sentido, Ehrlich ressalta a especial ineficácia das disposições de Direito Familiar

¹EHRlich, E. *Replik*. *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, n. 42, p. 609, 1917. Tradução: Henrique Sagebin Bordini, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

do Código Civil austríaco,² sendo as regras empiricamente observáveis, importante manifestação de seu “Direito Vivo”. Ao que responde Kelsen, apontando para a validade do direito estatal e descartando o aspecto empírico da eficácia da norma, em fervorosa crítica:

“Será que o senhor professor Ehrlich, se fosse advogado ou juiz, responderia: estás juridicamente obrigado a aceitar que teus pais disponham dos teus rendimentos sem o teu consentimento? Eu não duvido que o senhor professor Ehrlich, como juiz ou advogado, ajudaria esse filho, com fundamento no código civil, a fazer triunfar o seu direito, inclusive na Bukowina!”³

Se na Bukowina de Ehrlich era possível constatar a manifestação do Direito Vivo e seu embate com o direito positivo, posto também na atualidade, como no nosso Direito e em especial o que abordamos neste estudo, no Direito Civil de Família, em constante evolução, permanece vívida essa discussão entre normas que se fazem pelos costumes e normas positivadas.

O ponto nevrálgico do debate entre Ehrlich e Kelsen é tão atraente justamente porque trata sobre a validade e a eficácia das regras diante do dinamismo da sociedade e como os costumes de fato que acompanham essa evolução se transmudam em verdadeiras regras rigorosamente seguidas por seus integrantes, podendo, inclusive, tornar ineficazes as normas emanadas pelo ente estatal, se contrapostas.

Levando-se em consideração essa polêmica sobre as normas emanadas pelo ente estatal, normas oriundas dos costumes locais de cada comunidade e mutação do direito, será abordada a temática do Direito Vivo e do Positivismo Jurídico voltado à evolução da sociedade, especificamente no direito de família, onde se dará ênfase às questões não positivadas pelo Estado, mas pelo Poder Judiciário por meio de recentes decisões, como a multiparentalidade e parentalidade socioafetiva, a liberdade das uniões e sobre os alimentos compensatórios, tendo em vista a mutabilidade que estes temas vêm sofrendo no que diz respeito à evolução da sociedade e aos costumes observados empiricamente, a fim de demonstrar a atualidade do tema e sua importância para o Direito Civil.

² KELSEN, H. *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, n. 39, p. 839-876, 1915. Tradução: Henrique Sagebin Bordini, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

³ KELSEN, H. *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, n. 39, p. 839-876, 1915. Tradução: Henrique Sagebin Bordini, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

2. DIREITO VIVO E POSITIVISMO JURÍDICO

Apesar do presente estudo ser direcionado para o Direito Civil, especificamente com abordagem sobre casos de Direito de Família, vale distinguir os conceitos que envolvem o positivismo jurídico e o *direito vivo*.

2.1 Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico trata da teoria do direito onde somente a norma criada pelo ser humano pode ser considerada positiva, ou seja, a norma criada pelos seres humanos que representam o Estado.

Para que as normas jurídicas possam ser válidas, o elemento da conduta humana deve estar presente na criação da Lei, sem esse elemento de vontade a norma seria inválida.

No positivismo jurídico, os costumes da sociedade não são suficientes para que sejam considerados como normas, uma vez que não essas regras não teriam partido do processo legislativo iniciado pelo Estado.

As condutas humanas podem ser entendidas como fatos sociais, sendo que essas condutas poderiam ser transformadas em normas pelas pessoas que detinham o poder para criá-las.

Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito*, revela seu pensamento sobre a criação da norma⁴:

“Somente quando estes atos se repetiram durante certo tempo surge no indivíduo a ideia de que se deve conduzir como costumam conduzir-se os membros da comunidade e a vontade de que também os outros membros da comunidade se comportem da mesma maneira. Se um membro da comunidade se não conduz pela forma como os outros membros da comunidade se costumam conduzir, a sua conduta é censurada por esses outros por que ele não se conduz como estes querem. Desta forma, a situação fática do costume transforma-se numa vontade coletiva cujo sentido subjetivo é um dever-ser. Porém, o sentido subjetivo dos atos constitutivos do costume apenas pode ser interpretado como norma objetivamente válida se o costume é assumido como fato produtor de normas por uma norma superior. Visto o fato do costume ser constituído por atos de conduta humana, também as normas produzidas pelo costume são estabelecidas por atos de conduta humana e, portanto, normas postas, isto é, normas positivas, tal como as que são o sentido subjetivo de atos legislativos.”

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Tradução: João Baptista Machado, 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 7.

O positivismo jurídico em sentido amplo não admite a existência de um direito natural, sendo uma teoria monista e oposta ao dualismo que define que pode existir um direito natural em conjunto com a norma positiva criada pelo ser humano.

Podemos observar ainda que o positivismo jurídico pode ser compreendido em sentido estrito, onde direito e moral podem ser separados. A avaliação moral não está inserida nesta perspectiva, pois não precisa estar em conformidade com o justo e correto, sendo relevantes apenas a forma e a validade.

Esta corrente teórica se atenta com o que está escrito na norma e a forma como é emanada para que possa existir validade.

2.2 O Direito Vivo de Eugen Ehrlich

O pensamento de Ehrlich é completamente antagônico ao de Kelsen, porque entende que os costumes direcionavam as vidas das pessoas e dessa forma, poderiam ser considerados normas legítimas pelos populares e profissionais do direito em determinadas circunstâncias.

Daniele Michalowski Cosechen e Marcos Augusto Maliska explicam bem o pensamento do fenômeno jurídico de Ehrlich:

“Eugen Ehrlich desenvolveu um modo próprio de compreender o fenômeno jurídico, o qual poderia ser resumido na ideia de que o direito não se encontra preso na legislação, mas está na dinâmica da vida, nas práticas sociais. Ehrlich dá ênfase ao aspecto fático-normativo do direito, ou seja, ele não entende o direito como um processo meramente normativo dedutivo, mas agrega à normatividade inerente ao direito a dimensão fática.”⁵

Logo, podemos entender que o convívio social exige certas condutas, tornando o Direito não aprisionado aos textos e descrições legais, o que torna de fato o Direito vivo diante da constante mutação da sociedade e suas necessidades e dos seus costumes.

3. O DEBATE NA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA

⁵ COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. O Direito Vivo das Famílias Contemporâneas na Perspectiva de Eugen Ehrlich. Revista Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, N. 35, Vol. Esp., p.231. Acesso em 16/12/2019.

A inovação nas relações sociais se deu com tal dinamismo que a ocorrência de incompatibilidade entre o direito positivo e as regras sociais a determinar as dinâmicas da sociedade se tornaram incompatíveis, caracterizando verdadeiras “Bukowinas” modernas.

Por meio do Poder Judiciário, a sociedade busca incessantemente por reconhecimento do direito que entende deter, como por exemplo, a admissão da multiparentalidade, onde é possível coexistir dois pais e uma mãe ou duas mães e um pai, sem exclusão do parente biológico, aprovando que o afeto pode ser o fato gerador do vínculo que trará consequentemente direito e, como não poderia ser diferente, obrigações. Isso ocorreu porque muitas famílias brasileiras são reconstituídas por enteados que se tornam, com o tempo e pelo afeto, reconhecidamente filhos de suas madrastas ou de seus padrastos, que, por sua vez, de forma subjetiva e recíproca exercem não somente o papel de pai ou de mãe, mas se entendem na relação como pais.

Outro caso analisado é sobre a liberdade das uniões e a busca por reconhecimento de uniões simultâneas, tese recentemente rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão que, por maioria de votos, considerou ilegítima a existência paralela de duas uniões estáveis, ou de um casamento e uma união estável, inclusive para efeitos previdenciários.

E por fim, a questão sobre os alimentos compensatórios, também sem norma positivada, encontram respaldo na situação fática apresentada por cada caso concreto, mas pendente de questionamento, formulado com base na teoria de Ehrlich, acerca do destino do reconhecimento de sua existência e possibilidade, na medida em que as relações materiais que o sustentam deixam de existir, e, portanto, o comportamento social do qual se abstrairia a norma jurídica deixasse de ser observado na sociedade.

3.1 - A Multiparentalidade

A filiação socioafetiva trata de espécie de parentalidade sem vínculo consanguíneo, baseada pura e simplesmente no afeto e tendo como lastro a realidade fática existente naquela relação familiar específica, sem que essa relação tenha qualquer ligação com o casamento.

Ana Carolina Schimicoski e Paulo César Colombo nos trazem um entendimento interessante sobre o tema⁶:

⁶ SCHIMICOSKI, Ana Carolina; COLOMBO, Paulo César. Paternidade Socioafetiva. Revista Âmbito Jurídico, Santa Fé do Sul, N. 154, Novembro de 2016, p. 5. Acesso em 16/12/2019.

“A filiação afetiva, diz respeito a uma verdade aparente e que decorre do direito à filiação, essa verdade deverá ser consolidada nos laços de afeto que são desenvolvidos entre a imagem paterna e o menor, nesse sentido tem-se a existência da previsão legal do art. 1.593 do Código Civil “art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, onde traz em seu texto a existência da possibilidade de tipos variados de filiação, dentre eles a filiação afetiva.

A ideia da paternidade socioafetiva, é estabelecida com base no Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, princípio este, que é previsto e elencado na Constituição Federal de 1988. De acordo com esse princípio, é possível compreender que a paternidade socioafetiva é uma situação a qual um indivíduo passa a assumir o papel de pai e outro sujeito passa a assumir o papel de filho.”

A parentalidade socioafetiva é exemplo típico do direito brasileiro (não reconhecida pelos países europeus e muitos outros), mas que apenas há pouco passou a ser objeto de positivação, ainda que exclusivamente decorrente de decisões judiciais, em especial o Recurso Extraordinário n. 898.060 e da repercussão geral 622, conforme julgado pelo Supremo Tribunal Federal – fundamentado basicamente em princípios do Direito e nos hábitos e costumes da sociedade brasileira atual.

O instituto da multiparentalidade foi reconhecido, a despeito da contrariedade com o ordenamento jurídico positivo brasileiro. Nesse sentido, a observação empírica do comportamento das famílias brasileiras trouxe à tona a incidência da modalidade desse parentesco e a necessidade de sua regulação, embora contrária à regra legal positivada. Criou-se, portanto e recentemente, o instituto da parentalidade socioafetiva reconhecido pelo Poder Judiciário, comumente encontrado nos modelos atuais de família, ainda que não dotado de norma estatal.

Sumariza o conceito da multiparentalidade, o Ministro Luiz Fux:

[...] Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobre princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. [...]”⁷

⁷ RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017

Vê-se que, neste caso, a observação do “Direito Vivo” de Ehrlich identificara em tais comportamentos repetidos e aceitos pela sociedade como Direito, como norma jurídica válida, afinal, imanente da sociedade em constante evolução. Ao mesmo tempo, pela leitura do julgado acima, entende-se que nossa Suprema Corte reconheça, tal como aponta Kelsen em sua crítica ao exemplo de Ehrlich sobre a Bukowina, a posição fundada no reconhecimento da validade do direito positivo, de forma a resguardar o direito ao reconhecimento da parentalidade assegurando o direito dos filhos a mecanismos para a vinculação de sua filiação.

Ainda sobre este mesmo aspecto, importa destacar a corrente que vem em caminho contrário, a verdadeiro exemplo da construção do Direito trazido por Ehrlich. Corrente esta que reconhece nas relações familiares de afeto, constatadas empiricamente, considerando-a fonte de Direito na qualidade de princípio jurídico, sem que, contudo, este encontre sustentáculo no direito positivo.

Isso porque, reconhecem autores e cortes⁸ que, em decorrência da alteração nas dinâmicas sociais a configurar a família, passou a afetividade a ocupar a posição de dominador central para a caracterização da unidade familiar, servindo este de parâmetro para a sua constituição. Sendo necessária, em decorrência de tais alterações empíricas, a reorganização da estrutura jurídica, norma de *dever-ser*, a respeito do próprio objeto do *dever*, ou seja, daquilo que deve constituir uma família para o ordenamento jurídico. Tal linha de raciocínio não é a abstração a partir da realidade material observada do Direito Vivo, como defendeu fervorosamente Ehrlich.

Com efeito, alguns autores sustentam o reconhecimento da parentalidade socioafetiva a partir da decisão acima explicitada e o fazem expressamente com inspiração no conceito do Direito Vivo de Ehrlich⁹.

3.2 - A Liberdade das Uniões

Especificamente no Brasil, a maioria das famílias já é composta por casais que optaram pela informalidade da união para fins de constituição da família ao não se casarem. Desde a

⁸ CARVALHO D. *Parentalidade Socioafetiva e a Efetividade da Afetividade*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Pgs. 311-335.

⁹ É este o caso de CUNHA PEREIRA, R. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 33-39

Constituição de 88, a união estável como é denominada foi reconhecida como legítimo modelo de família criado então a partir de uma união de fato, com destaque que há pouco tempo, referidas uniões eram segredadas pela sociedade ao serem nominadas pejorativamente de concubinato.

O casamento, por sua vez, é instituto formal e solene que prescinde de requisitos positivados em nosso Direito, e, portanto, exige maior preparação nos atos para sua celebração. Até pouco tempo atrás, a família reconhecida em nosso Direito, era apenas aquela decorrente do casamento, deixando à margem e desprotegidas as uniões informais, crescentes inicialmente nas classes sociais de baixa renda.

A questão da liberdade das uniões se tornou objeto de grande notoriedade, primeiro em 2011 com o julgamento simultâneo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”) 132, bem como da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Ambas acatadas por unanimidade de votos, determinaram a expansão da esfera de reconhecimento, das uniões válidas em nosso ordenamento jurídico, servindo a atualizar o conceito radical dos elementos constituidores de família, e, portanto, definidores da possibilidade da regular formação da família composta por casais homoafetivos.

É evidente que até o ano de 2011, a observação das atividades socialmente desenvolvidas levaria qualquer um à constatação de que as regras vigentes demonstrariam a existência repetida da formação de uniões homoafetivas nos moldes de uma família, com consequências na vida diária desses casais de tal sorte arraigadas que seriam virtualmente indistinguíveis.

Com relação à liberdade das uniões, outra linha importante de transformação social deve ser observada, qual seja, a possibilidade ainda não reconhecida da constituição de famílias simultâneas (aquelas compostas por integrantes casados ou conviventes em uniões estáveis com mais de uma pessoa). Ou seja, exsurge nova alteração no conceito de unidade familiar de forma a abarcar também contrariamente os preceitos da ordem jurídica positiva, a família eudemonista, tendo esta por preceito fundador de sua unidade sociológica, o sentimento de afeto, empiricamente observado nas relações sociais.

Também o conceito de famílias simultâneas tem por fundamento as relações de afeto entre os seus integrantes, concordes ou não com a situação fática existente, mas sem espaço de reconhecimento pelo direito positivo.

Em sessão virtual, em 18/12/2020, o Plenário do STF negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 1045273, com repercussão geral reconhecida, que envolvia a divisão da pensão por morte de um homem que tinha união estável reconhecida judicialmente com uma mulher, com a qual tinha um filho, e, ao mesmo tempo, manteve uma relação homoafetiva durante 12 anos.

Prevaleceu o entendimento de que o reconhecimento do rateio da pensão acabaria caracterizando a existência de bigamia, situação proibida pela lei brasileira.

Neste caso, ensejou recurso do companheiro do falecido, a decisão do Tribunal do Estado de Sergipe que reconheceu a existência da união homoafetiva, mas negou o direito à metade da pensão por morte, por considerar a impossibilidade jurídica de dupla união estável, com base no princípio da monogamia, que não admite a existência simultânea de mais de uma entidade familiar, independentemente da orientação sexual das partes.

Para a corrente majoritária liderada pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes, o fato de haver uma declaração judicial definitiva de união estável impede o reconhecimento, pelo Estado, de outra união concomitante e paralela. Contudo, o Ministro ponderou que o STF, ao reconhecer a validade jurídico-constitucional do casamento civil ou da união estável por pessoas do mesmo sexo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, não chancelou a possibilidade da bigamia, mas sim conferiu a plena igualdade às relações, independentemente da orientação sexual.

A decisão está fundamentada no Código Civil (artigo 1.723) que impede a concretização de união estável com pessoa já casada, sob pena de se configurar a bigamia (casamentos simultâneos), tipificada como crime no artigo 235 do Código Penal. E a Constituição da República, em seu artigo 226, parágrafo 3º, se baseia no princípio da exclusividade ou da monogamia como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva.

Houve polêmica no julgamento do recurso, pois divergentes o voto do Ministro Edson Fachin, seguido pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. Fachin entende que o caso não se refere ao Direito Civil ou de Família, mas ao Direito Previdenciário e que o Regime Geral da Previdência Social (Lei 8.213/1991, artigo 16, inciso I) reconhece o cônjuge, o companheiro e a companheira como beneficiários, pois se enquadram como dependentes do segurado, o que permitiria a divisão da pensão, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva. Segundo o Ministro Fachin, uma vez não comprovado que os

companheiros concomitantes do seguro estavam de má-fé, ou seja, ignoravam a simultaneidade das relações, deve ser reconhecida a eles a proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes.

A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".

Nesse sentido, embora a realidade retrate a ocorrência de famílias constituídas em modelo não monogâmico, não há amparo legal para o reconhecimento de uniões simultâneas em nosso ordenamento jurídico, não constituindo o *dever-ser* jurídico, mas sim constatação exclusiva do mundo do *ser*, similar ao argumento de Kelsen levantado acerca do exemplo da Bukowina já discutido no mencionado acórdão:

“abandonem a tentação de implementar o que poderia ser tida como a justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais”.

Novamente temos o processo que na opinião de Ehrlich retrata a formação de uma norma jurídica com relação ao “dever-ser” a partir de sua observação do núcleo empírico e um processo de abstração para a sua inclusão no sistema jurídico. Este processo de abstração seria passível de ser realizado por meio da positivação do “novo direito” se houvesse o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da equivalência das uniões simultâneas.

Como resultado, vê-se a alteração do conceito familiar no direito e na sociedade brasileira, ou seja, em decorrência de apelos trazidos para o reconhecimento das unidades familiares constituídas sem o casamento e daquelas compostas exclusivamente por pessoas do mesmo sexo, já que é recente o reconhecimento de união homoafetiva. Tal mudança, como já apontado acima, traz o elemento a demonstrar o argumento de Ehrlich acerca do método da formação do Direito.

3.3 - Os Alimentos Compensatórios

Por fim, nosso último tópico de estudo analisa a questão dos alimentos compensatórios entendidos verbas de natureza indenizatória voltados à recomposição de uma situação de

equilíbrio econômico e social entre os cônjuges ou companheiros¹⁰ após a dissolução do vínculo de união (separação, divórcio ou dissolução de união estável), sendo a sua principal hipótese de aplicação a recomposição de situação de equilíbrio econômico quando do rompimento da relação entre cônjuges ou companheiros, que viviam, especialmente, sobre o regime separação de bens. Isso porque, sob regimes dessa espécie, não há comunhão de bens e a partilha pode resultar em situação extremamente desfavorável a um dos membros do casal, que durante a união ou o casamento ostentava e usufruía de padrão de vida demasiadamente superior em razão de condição econômica muito superior à condição do ex-consorte ou do companheiro.

Essa situação se agrava se tomarmos como exemplo pessoas casadas sob o regime da separação de bens em que um dos membros é extremamente rico e o outro dele depende exclusivamente e, separados, aquele dependente economicamente não encontra meios para se manter, ou mesmo se aproximar do padrão de vida de antes.

Assim como os demais exemplos apontados neste estudo, o surgimento dos alimentos compensatórios como prática social precedeu sua posição enquanto instituto jurídico, mas encontrou barreiras nas construções do Direito vigente, tendo como ponto de partida a constatação de que esta prática se fazia necessária para solucionar problemas de justiça observados na realidade social, atendendo, assim, ao esquema de criação do direito proposto por Ehrlich.

Ocorre que, o conceito de alimentos compensatórios caminha no sentido inverso dos elementos até aqui apresentados, isso porque, em decorrência das mudanças sociais, especialmente no que diz respeito ao papel da mulher na família, as condições que justificavam a atribuição dos alimentos compensatórios como forma de reequilíbrio vem se esvaindo, no modelo tradicional de família atual. Afinal, hoje, em especial no que diz respeito a cônjuges e companheiros mais jovens, tem-se a criação de unidade familiar em que ambos os seus participantes trabalham e percebem rendimentos e, assim, contribuem para a formação do patrimônio da unidade familiar.

¹⁰ Na acepção de Madaleno: *“uma prestação periódica em dinheiro, efetuada por um cônjuge em favor do outro na ocasião da separação ou do divórcio vincular, onde se produziu um desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial, compensando deste modo a disparidade social e econômica com a qual se depara o alimentando em função da separação, comprometendo suas obrigações materiais, seu estilo de vida e a sua subsistência pessoal”* ADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 725

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é profícua em negar a aplicação do Direito como decorrência da alteração das condições da realidade social. A título de exemplo, o AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.128 - SP (2019/0292277-6)¹¹, oportunidade em que o juízo acerca das condições fáticas serviu a demonstrar que, observada a capacidade dos cônjuges/companheiros, não haverá que se falar em recomposição do equilíbrio financeiro entre eles.

Cabe levantar, porém, um último ponto acerca dos alimentos compensatórios, a possibilidade de prisão em decorrência do não pagamentos de verbas efetivamente devidas, estipuladas conforme a necessidade de recomposição do equilíbrio vigente entre o casal antes da separação. Isso porque, a natureza jurídica de tais “alimentos” difere daquela da pensão. Na medida em que a segunda tem por natureza jurídica a verba alimentar e a primeira a de pagamento a título de indenização, com o objetivo de recomposição de um determinado padrão. O que, a despeito da técnica jurídica da distinção, vê-se pela observação da realidade social, a procura frequente pelo aprisionamento do devedor, sem que, contudo, este seja devidamente autorizado. Destituído, portanto, de validade jurídica para Kelsen, e restando, em nossa opinião, uma questão em aberto do ponto de vista da sociologia de Ehrlich.

4. CONCLUSÃO

A discussão entre Hans Kelsen e Eugen Ehrlich no começo do século XX, quando estes tratavam de redefinir a Ciência do Direito, permanece absolutamente atual, sendo que as ramificações deste debate, ainda que de forma inconsciente, se fazem sentir em todas as esferas do Direito, em especial aqui tratadas na seara do Direito Civil, especificamente do Direito de Família, em constante mutação pela evolução da sociedade.

A argumentação de Ehrlich significa e justifica a exclusão da norma pela perda de sua eficácia, enquanto para Kelsen, estaríamos, futuramente, diante de uma situação similar à aquela apresentada em sua crítica ao exemplo da Bukowina, afinal, para ele a questão da validade da norma não é decorrência de sua eficácia.

¹¹ STJ – AgInt no REsp: 1593873 SP 2016/0079618-1, Relator Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/11/2016, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2016 RT vol. 977 p.445.

5. REFERÊNCIAS

BARALDI, C. Medios de Comunicación Simbólicamente Generalizados. In: CORSI, G. et al. Glossário Sobre La Teoria Social de Niklas Luhmann. México, DF: Antropos, 1996.

BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka; GASTRUMP, Erik Frederico. A Liberdade das Uniões à Luz do Princípio da Igualdade Familiar. Curitiba: Appris, 2019.

CAHALI, Francisco José. Contrato de Convivência na União Estável. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARLOTTI, Danilo Panzeri. O Debate Entre Ehrlich e Kelsen: A Convergência Filosófica Entre Positivismo Jurídico e Sociologia do Direito No Começo do Século XX. *Quaestio Iuris*, vol. 08, no. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. p. 2287-2303.

CARVALHO, Dimas Messias de. Parentalidade Socioafetiva e a Efetividade da Afetividade. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/307.pdf>.

COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Mascos Augusto. O Direito Vivo das Famílias Contemporâneas na Perspectiva de Eugen Ehrlich. *Revista Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, N. 35, Vol. Esp., p.231. Acesso em 16/12/2019.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo. Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Maria Berenice. Filhos do Afeto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KELSEN, Hans. Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, n. 39, p. 839-876, 1915, trad. BORDINI, Henrique Sagebin. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 1, 2019, p. 775-835, jan. 2019.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, Tradução: João Baptista Machado, 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONZEN, Lucas P.; BORDINI, Henrique Sagebin. Sociologia do Direito Contra Dogmática: Revisitando o Debate Ehrlich-Kelsen. Rev. Direito Práx. Rio de Janeiro, Vol. 10, N.1, 2019, p. 303-334, jan. 2019.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PORTANOVA, Rui. Ações de Filiação e Paternidade Socioafetiva: Com Notas Sobre a Legislação Belga e Corte Europeia dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SCHIMICOSKI, Ana Carolina; COLOMBO, Paulo César. Paternidade Socioafetiva. Revista Âmbito Jurídico, Santa Fé do Sul, N. 154, Novembro de 2016, p. 5. Acesso em 16/12/2019.

SILVA, Rodrigo Barbosa Oliveira e. A Teoria do Direito Vivo de Ehrlich e os Impactos do Neoconstitucionalismo. ConJur, Edição de 12 de julho de 2019, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-12/rodrigo-oliveira-direito-vivo-ehrlich-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 16 de dezembro de 2019.

STF. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-03 PP-00611 RTJ VOL-00206-02 PP-00865 RDDP n. 69, 2008, p. 149-162 RSJADV mar., 2009, p. 48-58 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 129-160.

STF. RE 1045273. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAIS, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2020, DJe-1 DIVULG 07-01-2021.

STF. RE 898060, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

STJ. AgInt no REsp: 1593873 SP 2016/0079618-1, Relator Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/11/2016, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2016 RT vol. 977 p.445.

TARTUCE, Flávio. Possibilidade de Alimentos Compensatórios. JusBrasil, Edição de 15 de abril de 2013, Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822614/possibilidade-de-alimentos-compensatorios>. Acesso em 16 de dezembro de 2019.

TRANJAN, Eliete. Brasil Já Adota Teoria dos Alimentos Compensatórios. ConJur, Edição de 06 de outubro de 2013, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-06/eliette-tranjan-brasil-adota-teoria-alimentos-compensatorios>. Acesso em: 16 de dezembro de 2019.