

Elenco: Ghita Nørby; Asta Esper Hagen Andersen; Thomas Antoni; Gert Bastian; Viggo Bentzon; Vibeke Hastrup; Therese Hojgaard Christensen; Pouel Kern; Cay Kristiansen; Lars Lohmann

Duração: 102 min.

II. Procure identificar nos filmes:

01. A influência dos fatores sociais no modo de ser dos indivíduos.
02. Algumas questões teóricas postas por Durkheim como: anomia, crime e criminalidade, coesão social.
03. A questão da solidariedade social.
04. Debates.

3.2 ÉMILE DURKHEIM E O DIREITO: UM CONTRAPONTO COM O CONCEITO KELSENIANO

Glauco Barsalini

O Capítulo 2 deste livro pretendeu mostrar como a maneira de se pensar a sociedade precisou se tornar científica a partir da Revolução Industrial, dadas as sérias conturbações sociais que se instalaram em uma sociedade que, como apregoa o marxismo, se por um lado repete a afirmação jurídica e filosófica de que todos os seres humanos são iguais, são livres, têm direito à propriedade, direito de morar, de acessar a assistência à saúde e à educação, de ir e vir, enfim, direito à vida, por outro, as condições materiais de vida não permitem a todos o acesso a tais direitos, pois está instalada na sociedade capitalista a desigualdade social.

Frente a essa sociedade extremamente conflituosa, em que a promessa jurídica não se efetiva na prática, o que coloca constantemente em risco a manutenção do status quo dos que detêm poder político, econômico e religioso, é que surge a necessidade de se compreendê-la cientificamente. A Filosofia não basta para controlar tais conflitos, dado o seu caráter eminentemente especulativo. Faz-se necessária uma ciência que compreenda a sociedade de modo objetivo, descrevendo-a, dissecando-a, na medida do possível, e elaborando remédios para curá-la dos males gerados pelos conflitos.

Surge, então, historicamente, a primeira escola sociológica, a Escola Positivista, encabeçada por Auguste Comte e, posteriormente, por Émile Durkheim, inaugurando o campo científico do estudo da sociedade, ou seja, o universo das ciências humanas e sociais. Os positivistas, como já foi visto, são evolucionistas, organicistas e acreditam na neutralidade do cientista social.

Na tradição da conceituação do Direito como esfera das regras naturais e positivas, que remonta da Filosofia clássica, com Platão e Aristóteles, passando

pela tradição do Direito Romano – tendo no Digesto de Justiniano importantes exemplos da distinção entre Direito Natural e Direito Positivo – ao pensamento medieval, com Abelardo e Santo Tomás de Aquino, e ao Jusnaturalismo de Grócio, finalmente culminando com o período transitório entre a teoria jusnaturalista e o chamado positivismo jurídico, pode-se dizer que este último, o positivismo jurídico, foi elaborado enquanto sistema filosófico no período de construção dos Estados Modernos, nos séculos XVIII e XIX (Bobbio, 1996, p. 15-29).

Norberto Bobbio destaca, em seu trabalho intitulado *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, as origens do positivismo jurídico na Alemanha, na França e na Inglaterra. Mas o que nos interessa, em especial neste pequeno texto em que se procura situar o pensamento de Durkheim no universo do positivismo jurídico, é a compreensão de alguns aspectos dessa doutrina, em particular a elaborada pelo filósofo, sociólogo e jurista judeu-alemão Hans Kelsen, pai do chamado Normativismo Jurídico. Como nos chama a atenção Fábio Ulhoa Coelho, em trabalho didático de divulgação do pensamento kelseniano (Coelho, 2001, p. XIV), Kelsen teria criado uma metodologia que deveria significar, no futuro, a única forma possível de conhecimento autônomo do Direito. Para o espanhol Luis Legaz y Lacambra, a doutrina de Kelsen é referência fundamental do pensamento jurídico do século XX.¹

Hans Kelsen vem, no contexto das discussões próprias às ciências sociais dos séculos XIX e XX, sobretudo deste último, atribuir ao Direito o caráter de organismo vivo, buscando afirmá-lo como uma ciência autônoma. Em seu texto *Jurisprudência normativa e sociológica* (1966), apesar de reconhecer que o Direito é um fato social, em conformidade, aliás, nesse aspecto, com o pensamento de Durkheim, Kelsen afirma que tal ciência, a jurídica, é autônoma e independente, possuindo objeto próprio, que é a lei. Diz ele:

Somente as normas, disposições que estabelecem como os indivíduos devem comportar-se, são objeto de Jurisprudência² (estudo jurídico – nota nossa), nunca a conduta real dos indivíduos (p. 16-17).

E continua:

Se dizemos que uma norma “existe”, entendemos significar que uma norma é válida. As normas são válidas para aqueles cuja conduta regulam. Dizer que a norma é válida para um indivíduo significa que esse indivíduo deve comportar-

1. Legaz y Lacambra afirma que a teoria jurídica do século XX haveria de ser “um permanente diálogo com Kelsen” (Coelho, 2001, p. XIV).

2. Até meados do início do século XX, época em que o texto foi elaborado, o termo “jurisprudência” em Direito não era utilizado com a mesma conotação que nos dias de hoje. Significava estudo, ciência. Hoje, “jurisprudência” significa entendimento dos Tribunais, fruto de reunião de acórdãos que apontam num mesmo sentido.

-se como a norma prescreve; não significa que o indivíduo necessariamente se comporte de tal maneira que sua conduta real corresponda à norma. Esta última relação se expressa dizendo que a norma é eficaz. Validade e eficácia são duas qualidades completamente distintas [...] (p. 17).

O que Kelsen está afirmando é que há uma ciência, a ciência jurídica, cujo estudioso é o jurista, que possui um objeto próprio, e por isso é autônoma, não se confundindo com qualquer outra ciência social, como a Sociologia, por exemplo. O objeto da ciência jurídica é a lei, e deve o jurista estudar a sua validade, que não se confunde com sua eficácia, devendo ser entendida no âmbito normativo, vale dizer, como elemento integrante do conceito de validade do ordenamento jurídico. Tal ideia enseja o próprio Normativismo Jurídico, ou, nas palavras de seu criador, a Teoria Normativa do Direito, escola da ciência jurídica que lhe atribui plenas características de ciência, na medida em que define claramente qual é o seu objeto, e que funda toda a estrutura do pensamento jurídico dogmático, corrente fortemente presente no ensino jurídico ocidental do século XX.

Para Kelsen, o estudo da validade da lei corresponde ao estudo do “dever ser”, e cabe ao jurista apenas descrever o “dever” embutido na norma jurídica. Aqui também se apresentam os elementos metodológicos do positivismo sociológico de neutralidade do cientista e descrição imparcial dos conteúdos do objeto que investiga, circunstância que aproxima, portanto, Kelsen e Durkheim.

O Normativismo Jurídico, a autêntica ciência do Direito,³ segundo Kelsen (1966), distingue o objeto da ciência jurídica do objeto da Sociologia, e, então, ele traça as linhas do que, na sua perspectiva, venha a ser a Sociologia Jurídica. Afirma:

Esta classe de Jurisprudência (ciência jurídica – nota nossa) há de ser claramente distinta dessa outra que possa ser chamada sociológica. Esta última pretende descrever os fenômenos do Direito não em proposições que enunciem como os homens devem comportar-se sob certas circunstâncias, mas em proposições que digam como se comportam em realidade [...]. Assim, o (sic.) objeto (sic.) da Jurisprudência Sociológica (Sociologia Jurídica – nota nossa) não são as normas jurídicas em seu específico sentido de “afirmações de dever ser”, mas a conduta jurídica (ou antijurídica) dos homens [...]. A Jurisprudência Sociológica mantém-se paralela à Jurisprudência Normativa e nenhuma pode substituir a outra porque cada uma trata com problemas completamente diversos [...]. A Jurisprudência Normativa versa sobre a validade do Direito; a Jurisprudência Sociológica sobre sua eficácia [...]. A Sociologia do Direito não pode traçar uma linha entre seu objeto – o Direito – e os outros fenômenos sociais; não pode definir seu especial objeto como distinto do objeto da

3. Sobre a Teoria Normativa do Direito, ele afirma: “Isso é o que se quer significar por visão especificamente ‘jurídica’ do Direito” (Kelsen, 1966, p. 18).

Sociologia Geral – a sociedade – sem que, ao fazer isto, pressuponha o conceito do Direito como definido pela Jurisprudência Normativa [...] (p. 18-19).

E vai mais longe:

A função da norma jurídica para a Sociologia do Direito é a de indicar seu próprio objeto particular, e separá-lo do conjunto dos fatos sociais. Nessa medida, a Jurisprudência Sociológica pressupõe a Jurisprudência Normativa. É um complemento da Jurisprudência Normativa (p. 19-20).

O que Kelsen está dizendo com isso é que a Sociologia estuda o fato, o que acontece na realidade social, o “ser”, ao passo que a Ciência Jurídica (a Jurisprudência Normativa) estuda a validade da lei, o que “deve ser”. Entre a Sociologia e a Ciência Jurídica, todavia, interpõe-se a Sociologia do Direito (a Jurisprudência Sociológica), que estuda a eficácia da lei. O autor defende que, sem a Ciência Jurídica, não há a Sociologia Jurídica, na medida em que esta só pode ter seu objeto (a eficácia: relação lei – vida social), distinto do objeto da sociologia geral (o “ser”, a própria vida social), se existir previamente a Ciência Jurídica, que define a própria norma e fornece os subsídios doutrinários para a sua aplicação e, por via de consequência, sua eficácia. Assim, adotando uma postura, de certo modo, radical, o jurista acaba reduzindo a Sociologia a um mero complemento da Ciência Jurídica.

Tal afirmação de Kelsen rebate a defesa de Durkheim, que privilegia a supremacia da Sociologia como a ciência apropriada ao estudo do Direito, que é um fato social, a partir do conceito que desenvolve de Fisiologia Social. Vejamos, então, a relação da teoria sociológica de Durkheim com o universo do Direito, ou seja, os estudos sociológico-jurídicos deste clássico de Sociologia.

Dirce Maria Falcone Garcia dedica dois itens de seu texto sobre Durkheim a conceitos que abordam a questão do Direito: o de solidariedade e o de estados normais e patológicos. Decorrem da solidariedade os tipos de sanção; e os fatos sociais, como o crime, podem se apresentar em estados de normalidade ou de patologia social, revelando, esta última, condição de anomia.

O pensamento de Durkheim, como esclarece Garcia, é matriz teórica para os estudos realizados por diversos pensadores identificados com a corrente funcionalista. A propósito, no campo do Direito Penal, é nítida a influência do sociólogo francês, para quem o crime acaba sendo um elemento de integração na sociedade, por ameaçar a consciência coletiva, gerando o efeito de união e coesão social. A reação ao crime é a pena, que tem como função básica a reafirmação da consciência coletiva, constituindo mecanismo necessário ao reequilíbrio social. Os funcionalistas modernos, como T. Merton, utilizam a expressão “comportamento desviante”, realçando, assim, o caráter de desvio das normas sociais na conduta humana qualificada como criminosa.

No mundo moderno, quando os clássicos fundamentos da pena – retribuição e prevenção – parecem definitivamente questionados e têm sua validade seriamente contestada – avulta a ideia da função da pena como reafirmadora da consciência coletiva, a satisfazer-se, portanto, com um papel meramente simbólico, de mecanismo reafirmador dos valores sociais vigentes, deixando de lado a eficácia da punição como meio de solução de conflitos. Assiste-se, assim, ao que se chama deslegitimação do Direito Penal, relegado a uma função exclusivamente expressiva em busca de coesão, equilíbrio e respeito ao próprio Direito, descompromissado, portanto, com a busca de resultados concretos para o conflito entre cidadãos, mercê de condutas desviantes, e a própria sociedade.

Ainda no interior de uma concepção funcionalista, registre-se que o pensamento de Durkheim costuma vir associado, modernamente, à chamada teoria sistêmica, em que aparecem os nomes de Jacobs e Luhman. Sustenta-se que a pena criminal deva mesmo assumir uma função de prevenção integradora, que tem como mira a garantia da vigência de valores violados pela ação desviante. A punição revela, de forma clara, a existência de tais valores, tornando-os efetivos e, ao mesmo tempo, abandonando o princípio da ressocialização do criminoso, outrora um ideal do Direito Penal que se teria revelado utópico.

A concepção funcionalista sistêmica deixa, no entanto, de apresentar quaisquer alternativas viáveis ao papel do castigo penal. Bem ao contrário, acaba por reforçar eficazmente o sistema penal, demonstrando uma vocação conservadora inclinada a legitimar sistematicamente o status quo (Molina, 2000, p. 286). Mais do que isso, a função simbólica da reação estatal contra o crime, incorporada na pena, passa a satisfazer-se com uma ilusão de segurança social, de natureza emocional, ou uma aparência de eficácia do sistema penal, livrando o Estado da responsabilidade por seu desempenho na busca de solução para os problemas sociais que contribuem para o aumento da criminalidade.

A par dessa reflexão sobre a criminalidade, importante tema a que Durkheim dedica longo tempo de seus estudos, há uma reflexão que gostaríamos de realizar neste texto, ao estabelecermos comparações entre o pensamento do positivista Durkheim e do positivista jurídico Hans Kelsen, no que toca ao Direito, utilizando dois textos elaborados pelo sociólogo francês: *Divisões da Sociologia: as ciências sociais particulares* (Fernandes; Rodrigues, 1995) e *O direito como símbolo visível da consciência coletiva* (Machado Neto; Machado Neto, 1966, p. 105-107).

No primeiro, Durkheim explicita sua elaboração sobre a divisão da Sociologia, afirmando que existe a Morfologia Social, que estuda a base geográfica dos povos em suas relações com a organização social, a população, seu volume, sua densidade e distribuição geográfica; a Fisiologia Social, que estuda as manifestações vitais das sociedades, ou seja, os fatos sociais; e, finalmente, a Sociologia Geral.

Ora, o Direito é, para o estudioso, um fato social, pois tem as características de todo fato social: a generalidade, exterioridade e coercibilidade. Trata-se de fenômeno coletivo, já que não é feito somente para um indivíduo, além de ser produzido pela coletividade; é exterior, porque se coloca de fora para dentro: o ordenamento posto ou o direito de costumes se impõe sobre os indivíduos, neles sendo introjetados; e, finalmente, é coercitivo, pois o seu descumprimento gera sanções, punições.

Desta feita, há que se criar um ramo da Sociologia adequado ao estudo desse fato social: trata-se da Sociologia Jurídica.

No segundo texto, Durkheim (1966) defende que o Direito se ergue sobre os usos e costumes (*mores*), ou seja, a consciência coletiva. Em suas palavras: Normalmente, os *mores* não se opõem ao Direito, mas, ao contrário, lhe constituem a base (p. 106).

Assim, é possível estudar a consciência coletiva por meio do Direito, que constitui entidade autônoma, independente, tal como um organismo vivo, porém, refletidora de um outro fato social, a própria consciência coletiva, sendo ambos (Direito e consciência coletiva), todavia, meros efeitos da solidariedade social. Nessa medida, o Direito é importante, pois nele se encontram refletidas todas as variedades essenciais da solidariedade social (p. 107).

A respeito da relação entre a consciência coletiva e o Direito, Durkheim (1966) afirma:

[...] Poder-se-ia objetar, é verdade, que as relações sociais podem fixar-se sem tomar por isto uma forma jurídica. Há casos em que a regulamentação não chega a esse grau de consolidação e precisão; elas não ficam indeterminadas por isto, mas, em lugar de serem reguladas pelo Direito, não são mais que pelos *mores*. O Direito não reflete, pois, mais que uma parte da vida social, e, conseqüentemente, não nos fornece senão dados incompletos para resolver o problema. Há ainda mais: ocorre muitas vezes que os *mores* não estão de acordo com o Direito; diz-se sem cessar que eles temperam os rigores, que corrigem os excessos formalísticos do Direito, por vezes, mesmo, que são animados de um espírito inteiramente diverso. Não poderia então ocorrer que eles manifestem outros modos de solidariedade social que os expressos pelo Direito Positivo? (p. 106).

Apesar desse risco, logo abaixo, o sociólogo alerta no mesmo texto:

Mas esta opinião não se produz senão em circunstâncias extraordinariamente excepcionais. É preciso para tanto que o Direito não mais corresponda ao estado presente da sociedade e que, entretanto, se mantenha sem razão de ser, pela força do hábito. [...] Se, pois, há tipos de solidariedade social que os *mores* bastam a manifestar, eles são certamente muito secundários; ao contrário, o Direito reproduz todos os que são essenciais, e estes são os únicos que temos necessidade de conhecer (p. 106).

Com isso, Durkheim demonstra que, muito embora o Direito seja um organismo autônomo, que revela parte da vida social, erguendo-se sobre a consciência coletiva, por sua vez, também autônoma, possui uma dinâmica própria, muitas vezes não estando de acordo com o Direito, servindo, inclusive, para corrigir os seus excessos formalísticos, ele, Direito, reproduz o que há de essencial da solidariedade social, o bastante para que ela seja compreendida.

Dessa forma, tanto o Direito quanto a consciência coletiva constituem formas concretas, ainda que imperfeitas, da solidariedade social, compondo-se como objetos de análise da Sociologia. O fato social Direito, portanto, constitui campo de estudo da Sociologia Jurídica.

Autores como Miguel Reale (2002) classificam a teoria jurídica com fonte durkheimiana como *sociologista*. Segundo ele, os juristas sociologistas pecam pelo enorme valor que dão à consciência coletiva, diminuindo, muitas vezes, a força da norma posta, ao submetê-la às regras morais da sociedade.

Para Hans Kelsen (2000), a tese durkheimiana pecaria pelo enaltecimento da consciência coletiva e da solidariedade social. Kelsen não se preocupa com os valores subjacentes às condutas humanas, que considera subjetivos e relativos, insuscetíveis de apreensão racional, muito embora, efetivamente, não afaste a existência de valores geralmente aceitos dentro de certa sociedade, que acabam compondo o conteúdo das normas jurídicas. A preocupação fundamental do pensamento kelseniano é com a validade do Direito enquanto ordenamento normativo, constituído por técnica específica, que consiste em induzir o indivíduo a se abster de interferência imposta na esfera de interesse dos outros através de meios específicos. Assim, é possível afirmar que, para Kelsen, o Direito vale por si próprio e, para os fins de uma Ciência do Direito, sua eficácia social é menos importante do que sua validade. Segundo afirma,

se os homens se comportam efetivamente ou não de maneira a evitar a sanção com que a norma jurídica os ameaça, e se a sanção é efetivamente levada a cabo, caso suas condições sejam concretizadas, são questões concernentes à eficácia do Direito. Mas não é a eficácia e sim a validade do Direito que se encontra em questão aqui (p. 42).

Não se pode esquecer que Kelsen se filia ao idealismo alemão, inscrevendo-se no neokantismo. Apesar de organicista, o que revela ligações de seu pensamento com a teoria positivista sociológica francesa, o teórico alemão não é um positivista sociológico, mas um pensador do positivismo jurídico.

Durkheim, por sua vez, preocupa-se com a eficácia do Direito. Este nada mais é do que o símbolo da consciência coletiva, e ambos – o Direito e a consciência coletiva – não são mais do que o símbolo da solidariedade social. Dessa forma, o que tem efetivo valor na vida social, na verdade, não é nem o Direito e nem a consciência

coletiva, mas, sim, a solidariedade social. Pode-se, talvez com algum exagero, inferir daí, que se esta última se revela com maior intensidade e amplitude na consciência coletiva, fato social mais dinâmico que o Direito, então é a ela (consciência coletiva) que o juiz deve dar mais importância no momento da aplicação da norma, e não ao próprio Direito.

Logo, enquanto Kelsen, no esforço de definir os limites da ciência jurídica, privilegia a norma, portanto, o “dever ser” e a validade, como objetos primordiais desta ciência, Durkheim, na trilha dos estudos sociológicos, prioriza a eficácia como elemento fundamental dos estudos do Direito. Portanto, não é absurdo concluir que se para Kelsen, a eficácia deve ser estudada pelo jurista, como revelado anteriormente, apenas como elemento integrante da validade da ordem jurídica como um todo,⁴ para Durkheim, ao contrário, não somente a eficácia, como também o próprio Direito, devem ser estudados pelo sociólogo como um fato social, e, mais que isso, como o símbolo visível da própria solidariedade social, objeto de estudo, por excelência, da Sociologia.

Referências

- ARON, R. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996.
- CARDIM, C. H. *Prefácio*. In: DURKHEIM, E. *O suicídio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- COELHO, F. U. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DAHRENDORF, R. *O conflito social moderno*. São Paulo: Jorge Zahar, EDUSP, 1992.
- DURKHEIM, E. O Direito como símbolo visível da consciência coletiva. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Z. *O direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.
- _____. *A divisão do trabalho social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978a. (Os Pensadores).
- _____. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978b.
- _____. Divisões da sociologia: as ciências sociais particulares. In: RODRIGUES, J. A. (Org.). *Durkheim Sociologia*. São Paulo: Ática, 1995. (Coleção Grandes Cientistas Sociais).
- GOLDMANN, L. *Que é sociologia?* São Paulo: DIFEL, 1976.
- KELSEN, H. Jurisprudência normativa e sociológica. In: MACHADO NETO, A. L. Z. *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.
- _____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LÖWY, M. *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. São Paulo: Cortez, 1994.

4. “[...] a Jurisprudência Sociológica pressupõe a Jurisprudência Normativa. É um complemento da Jurisprudência Normativa” (Kelsen, 2000, p. 19-20).

- LUKES, S. *Bases para a interpretação de Durkheim*. In: COHN, G. *Sociologia: para ler clássicos*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977.
- MOLINA A. G. P. *Criminologia*, 3. ed. Tradução: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista de Tribunais, 2000.
- ORTIZ, R. *Ciências sociais e trabalho intelectual*. São Paulo: Olho d'Água, 2002.
- PIZZORNO, A. Uma leitura atual de Durkheim. In: COHN, G. *Sociologia*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977.
- REALE, M. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAX WEBER

4.1 O PENSAMENTO SOCIOLÓGICO DE MAX WEBER

Thales de Andrade

O positivismo do século XIX pretendeu seguir um modelo naturalista de ciência, utilizando métodos e perspectivas analíticas da Física, Biologia e Astronomia, em busca de uma ordem social inabalável e de leis que pudessem prever e controlar as relações entre os homens. A objetividade do conhecimento, a neutralidade do cientista e a confiabilidade dos resultados eram exigências fundamentais do modelo positivo de Sociologia. Augusto Comte e, posteriormente, Émile Durkheim elaboraram, de diferentes maneiras, os pressupostos dessa nova ciência, que prometia adquirir a mesma validade usufruída pelas áreas de exatas e biológicas.

A Sociologia alemã, na passagem para o século XX, questionou essa confiança do modelo positivo em se formular leis sociais. A repetição dos eventos sociais e a capacidade de se controlar e manipular os dados referentes à sociedade deixa de ser algo certo e passa a constituir um desafio para os cientistas.

Max Weber (1864-1920) é o principal representante da Sociologia alemã. Nascido em Efurt, na Alemanha, aos 18 anos iniciou seus estudos universitários, defendendo, em 1889, sua tese de doutorado sobre a história das empresas comerciais medievais. Posteriormente, trabalhou como professor universitário em Berlim, Freiburg e Heidelberg, tendo grande atuação na sociologia alemã. Publicou diversas obras e auxiliou na formação de importantes atividades acadêmicas na área