

**I CONGRESSO DE DIREITO DO
VETOR NORTE**

**DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO
PENAL**

D598

Direito penal, criminologia e processo penal [Recurso eletrônico on-line] organização
Congresso de Direito do Vetor Norte – Belo Horizonte;

Coordenadores: Henrique Abi-Ackel Torres, Marcelo Sarsur e Hudson Oliveira Cambraia
– Belo Horizonte: FAMINAS, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-648-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Perspectivas para o Profissional do Direito no Sec. XXI

1. Direito Penal. 2. Criminologia. 3. Processo Penal. I. I Congresso de Direito do Vetor
Norte (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34



I CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL

Apresentação

A presente obra é fruto dos artigos apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA E PROCESSO PENAL, do I Congresso de Direito do Vetor Norte de Belo Horizonte, realizado entre os dias 28 e 30 de agosto de 2017, na FAMINAS-BH.

Com pungente atividade de pesquisa desenvolvida por todo o país, foram selecionados e objeto de apresentação e debate, neste Grupo de Trabalho, trabalhos científicos relacionados ao tema, os quais sustentam esta obra, apresentando o mais elevado nível de pesquisa desenvolvido nacionalmente.

Como é sabido, é muito difícil a dissociação do Direito Penal do Direito Processual Penal que o instrumentaliza, e, por isso, na maioria dos trabalhos apresentados e debatidos, essa imbricação era não apenas evidente, mas substancialmente indispensável.

Os debates foram realizados logo após o término das exposições em blocos, o que demonstrou envolvimento de todos os presentes, os quais foram responsáveis pelo aprofundamento de temas pontuais dos trabalhos trazidos a todos.

Assim, é com muita felicidade que apresentamos a toda sociedade jurídica a presente obra, que certamente será bastante importante para futuras pesquisas com base nas inúmeras reflexões expostas nas páginas seguintes.

Professor Dr. Henrique Abi-Ackel Torres

Professor Dr. Marcelo Sarsur

Professor: - Hudson Oliveira Cambraia

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E COERÇÃO NO PENSAMENTO SOCIOLÓGICO DE EUGEN EHRLICH

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE RIGHT AND COHERENCE IN EUGEN EHRLICH'S SOCIOLOGICAL DOCTRINE

Daniela Rezende de Oliveira ¹
Laura Bernis Mohallem ²

Resumo

Por meio do estudo acerca dos fundamentos do Sociologismo Jurídico, a presente pesquisa investiga a relação entre direito e coerção na doutrina sociológica de Eugen Ehrlich, buscando demonstrar as razões que permitem esse sociólogo afirmar que a coerção não é elemento essencial e exclusivo do Direito, mas apenas uma de suas características, tendo em vista que a coerção também pode ser exercida pela própria sociedade, uma vez que é ela a real fonte primária do direito.

Palavras-chave: Sociologismo, Coercibilidade, Sociologia do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The present study investigates the relation between law and coercion in the sociological doctrine of Eugen Ehrlich, seeking to demonstrate the reasons that allow this sociologist to affirm that coercion is not an essential and exclusive element of the Law, but only one of its characteristics, given that coercion can also be exercised by society itself, since it is the real primary source of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sociologism, Coercibility, Sociology of law

¹ Autora

² Co-autora

1 INTRODUÇÃO

O direito é um bem cultural, uma vez que é produto da cultura humana, sendo criado e desenvolvido em meio às relações sociais. Segundo Machado Neto, o direito é objeto cultural “porque criação do homem na convivência social”; criador de cultura “porque submete a inteira extensão do planeta a um sistema de regulamentação jurídica e, possibilitador de cultura porque “sem a relativa margem da segurança que o ordenamento jurídico desenvolve e garante, impossível se faria a norma realização da cultura”. (MACHADO NETO, 1979, p. 158-159).

A Sociologia Jurídica é uma disciplina científica que investiga o fenômeno social jurídico diante da realidade social, se ocupando do direito enquanto fato social. Segundo SOUTO & SOUTO, a Sociologia Jurídica é “disciplina que investiga, por meio de métodos e técnicas de pesquisa empírica, o fenômeno social jurídico em correlação com a realidade social.” (SOUTO; SOUTO, 1997, p. 30). A Sociologia Jurídica ocupa-se do relacionamento entre o direito e a sociedade, e por isso, não estuda a norma jurídica como tal, mas a sua eficácia e efetividade no plano do fato social. (REALE, 1984, p. 19).

Dentre os precursores da Sociologia Jurídica, destaca-se o jurista alemão Eugen Ehrlich (1862-1922). A sua principal obra, intitulada *Fundamentos de Sociologia do Direito*, é referência obrigatória para aqueles que se dedicam ao estudo da Sociologia Jurídica, pois nela Ehrlich demonstra a importância de o cientista do direito superar o tecnicismo estatista, formalista e ficcionista e estudar o direito da sociedade e na realidade social.

Em seu pensamento sociológico, Ehrlich faz severas críticas à Ciência Jurídica do início do século XIX, que segundo ele, dá muita relevância à prescrição jurídica como objeto de pesquisa do Direito e preconiza que todo o direito se encontra guardado e subsumido nas prescrições jurídicas. Para Ehrlich, as investigações das Ciências Jurídicas deveriam ir além do estudo da estrutura e conteúdo das normas jurídicas impostas pelo Estado, tendo em vista que o campo de investigação do cientista do direito é muito mais amplo e vai muito além do mero estudo das prescrições jurídicas. Para Ehrlich, o postulado básico das pesquisas jurídicas deve ser o de considerar o direito não como algo estático, ou sob a mera perspectiva da lei, mas como produto da sociedade e do meio social.

Além das críticas feitas às Ciências Jurídicas, o pensamento sócio-jurídico de Ehrlich realiza uma reflexão crítica acerca da relação entre Direito, coerção e Estado frequentemente feita pela doutrina do Direito. Para Ehrlich, a fonte primária dos direitos não é o Estado, e sim a sociedade e as relações sociais humanas. Do mesmo modo, para o sociólogo, as normas jurídicas, em geral, não são cumpridas em razão da possibilidade ou efetivo uso da força aparelhada do Estado, mas por serem reflexo dos anseios e necessidades sociais.

2 PROBLEMA DA PESQUISA

Tradicionalmente, a Teoria Geral do Direito estabelece que dentre as características essenciais do Direito está o elemento da coerção. De acordo com a doutrina tradicional, a coercibilidade se refere a capacidade de o direito ser imposto aos seus destinatários de forma compulsória. Assim, quando o destinatário da regra jurídica não a cumpre espontaneamente são acionadas a intimidação ou a força propriamente dita. Nesse sentido, a coerção seria o elemento que determina a possibilidade do uso da força para se fazer valer o comando da norma jurídica, se necessário.

A problemática da presente pesquisa se centra na investigação acerca da coerção como elemento essencial e exclusivo do direito. Isso porque, embora a coerção seja elemento necessário no momento em que há o descumprimento do preceito normativo, não se pode afirmar, com absoluta certeza, se a grande maioria dos indivíduos que observam e cumprem o direito fazem isso por receio de sofrer a coerção do Estado, ou se agem dessa forma espontaneamente. Em outras palavras, a pesquisa visa compreender se a coerção é elemento exclusivo do Direito e monopólio do Estado, ou se ela é apenas uma característica útil para sua definição e identificação.

3 OBJETIVOS DA PESQUISA

A pesquisa busca investigar a relação entre Direito e coerção no pensamento jusfilosófico de Eugen Ehrlich, e demonstrar quais os motivos que levam esse pensador a acreditar que a coerção não é elemento essencial e exclusivo ao Direito.

4 MÉTODO E REFERENCIAIS TEÓRICO-METODOLÓGICOS:

A metodologia utilizada teve por suporte a análise do contato com a realidade fática e à identificação de elementos que merecem valoração ético-jurídica que, por meio da interpretação e comparação, indicaram o ponto de partida para a formulação de respostas às questões formuladas.

No procedimento metodológico foram utilizados subsídios argumentativos e explicativos de outros trabalhos, almejando-se um melhor detalhamento e aprofundamento dos dados supervenientes à elaboração de resultados objetivos. Para tanto, fez-se uma pesquisa bibliográfica, com a posterior leitura e fichamento das obras selecionadas. Ainda, utilizou-se os métodos de pesquisa descritivo e hermenêutico-compreensivo.

Por fim, no que se refere aos referenciais teórico-metodológicos, o pensamento jurídico-sociológico de Eugen Ehrlich foi analisado e utilizado como marco teórico da pesquisa.

5 DESENVOLVIMENTO

Em sua obra *Fundamentos de Sociologia do Direito*, Ehrlich busca demonstrar que a verdadeira Ciência do Direito deve ser feita por meio da análise do direito no momento de sua aplicação na vida social. Para ele, a dependência total do direito em relação ao Estado e a lógica de que o Direito constitui uma unidade técnica sistemática (centralização estatal) impedem a efetiva e eficaz aplicação do direito.

Para Ehrlich, o verdadeiro direito, ou ainda, o direito como ele realmente é, é o direito “vivido” na sociedade por meio dos fatos sociais, ou seja, o direito da sociedade, independentemente de ser ele legislado, cujo objetivo é a organização social pacífica (MALISKA, 2001, p. 71).

Entendendo que o Direito somente se desenvolve e realiza no meio social, Ehrlich afirma que a única ciência do Direito possível seria a Sociologia Jurídica, pois esta não atenderia somente as palavras, mas também aos fatos sociais. Nesse sentido, Ehrlich estabelece a existência de três perspectivas do direito: o direito vivo (é o direito em ação, criado no seio da sociedade pelas diversas instituições sociais e associações humanas, como também as regras de conduta e as relações intersubjetivas), o direito posto pelos juízes (constituído pelas normas de decisão dos magistrados e pela aplicação das normas jurídicas nos tribunais) e o direito estatal (normas jurídicas impostas pelo Estado de maneira unilateral).

Após identificar essas três categorias de direito, Ehrlich afirma que o verdadeiro direito, aquele que se desenvolve e se modifica diariamente, é o direito vivo. O direito vivo, segundo Ehrlich, é a verdadeira expressão do direito enquanto mecanismo de controle e pacificação social, pois é ele que representa os valores e condutas que a sociedade entende que sejam as mais adequadas e desejáveis. Por isso, Ehrlich afirma que as fontes para conhecermos o direito vivo não são apenas os documentos modernos, mas, sobretudo, a observação diária que podemos fazer do comércio, dos costumes e usos, e também, das associações, tanto as legalmente reconhecidas quanto as ignoradas ou até ilegais (EHRlich, 1986, p. 378).

Ehrlich entende que a Ciência do Direito e a Sociologia Jurídica devem desenvolver os seus estudos em torno do direito vivo, e não por meio da mera análise do direito estatal ou do direito posto pelos juízes nos tribunais. Com isso, Ehrlich quer dizer que é necessário partir do concreto (hábitos, relações de dominação e jurídicas, contratos, estatutos, declarações de última vontade), para se chegar ao genérico, de modo que seja possível verificar a eficácia ou não de uma norma de direito

(EHRlich, 1986, p. 383). Sendo assim, é a partir da realidade social que surgem as normas sociais (morais e jurídicas) pelas quais as pessoas se orientam, e destas é que partem as normas de decisão dos tribunais e as determinações legais.

Portanto, segundo Ehrlich, conhecer o direito não é o mesmo que conhecer o que se deve fazer em um caso concreto, mas conhecer o que o direito de fato é, distinguindo-se a realidade social em que o direito é aplicado da ciência teórica do direito (EHRlich, 1986, p. 09). Segundo Ehrlich, “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). Dito de outra forma, para Ehrlich, a Sociologia Jurídica é uma ciência que tem por objetivo conhecer e descrever o concreto e não o abstrato, os fatos e não as palavras, o que pode ser realizado somente por meio da observação direta da vida social. (TREVES, 2004, p. 119-120).

Nesse entendimento, para Ehrlich, o centro de gravidade do desenvolvimento do direito está na própria sociedade. Afirma o autor que “o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não se encontra na legislação, nem nas ciências jurídicas, nem na jurisprudência, mas na própria sociedade.” (EHRlich, 1986, p. 03). Por isso, o conteúdo de toda norma jurídica de conduta é condicionada pela sociedade, sendo aplicável enquanto e até quando permaneça seu pressuposto social. Por isso, o direito deve sempre responder às exigências e satisfazer as necessidades da sociedade. ((TREVES, 2004, p. 122).

Ehrlich, partindo do pressuposto de que o verdadeiro direito é o direito vivo, e que o direito somente se realiza no plano social, critica o fato de que muitos doutrinadores associam e, por vezes, identificam o direito com a coerção (MALISKA, 2001, p. 51).

Segundo Ehrlich, o direito vige e é observado pela sociedade durante a maior parte do tempo e na maioria dos casos, sem que haja a necessidade de o Estado interferir coativamente nas relações sociais. O sociólogo afirma que, em geral, as relações jurídicas não demandam a aplicação ou a ameaça de qualquer uso coercitivo da força por parte do aparelho estatal. Do mesmo modo, Ehrlich afirma que diversos preceitos jurídicos nascem sem a concorrência do Estado e que a coerção exercida sobre o indivíduo não é atributo exclusivo do Estado, tendo em vista que a própria sociedade é capaz de obrigar coercitivamente que os seus membros observem as regras instituídas (MALISKA, 2001, p. 51).

Ehrlich assevera, pois, que o elemento coercitivo e a necessária presença do Estado no processo de criação das leis não são características essenciais e exclusivas do Direito, mas apenas aspectos importantes para aqueles que lidam com a prática dos tribunais (EHRlich, 1986, p. 25).

Por meio dessa análise, conclui Ehrlich que a característica essencial do direito é ser ele uma ordem, uma organização, ou ainda, uma associação, uma vez que é o direito que determina o lugar de cada membro dentro de uma dada comunidade, distribuindo atribuições e responsabilidades. (EHLICH, 1986, p. 25). Para ele, o direito é uma regra organizadora, ou ainda, o direito é a própria organização das associações humanas.

Ademais, para Ehrlich, uma organização social é uma regra apenas na medida em que tal regra é observada (EHLICH, 1986, p. 37). Esclarecendo-se que o conhecimento destas regras de organização que constitui o direito não deve ser algo apenas teórico, mas deve compreender todo o modo como se dá efetivamente o comportamento dos indivíduos em uma dada associação.

Por outro lado, Ehrlich afirma que o direito não é a única forma de organização social, embora seja a mais complexa e perfeita (EHLICH, 1986, p. 51). Isto porque, toda sociedade é uma organização, eis que a sociedade é "o conjunto das organizações ou associações humanas inter-relacionadas" (EHLICH, 1986, p. 27). Contudo, o que difere o direito dessas outras ordens é a intensidade de sentimentos que as regras de direito provocam e as diversas emoções que surgem no momento em que reagem a sua transgressão (TREVES, 2004, p. 122). Além disso, na perspectiva de Ehrlich, o direito deve ser compreendido como ordem interna das associações humanas, sendo que, quando não está presente a legislação, o direito coincide completamente com a ordem interna dessas associações (EHLICH, 1986, p. 32-35).

Além do fato de a coerção não ser elemento exclusivo do direito, para Ehrlich, o Estado não é a única instituição social capaz de criar o direito. O sociólogo demonstra isso ao afirmar que, ao longo da História humana, o Estado nem sempre foi visto como um legítimo produtor, ou ainda, fonte primária, de direito, e que essa ideia foi difundida somente a partir do final da Idade Moderna.

Segundo Ehrlich, na Roma Imperial e na Idade Média, a ideia de que o Estado era a única fonte do direito não era aceita sem reservas. Para Ehrlich, a crença de que o direito somente é válido quando criado e imposto pelo Estado foi desenvolvida somente ao final da Idade Moderna, quando é instituída a crença de que o direito apenas pode se impor e se fazer cumprir por meio do poder coercitivo do Estado. (EHLICH, 1986, p. 110). Por isso, a crença de que o Estado é a única e verdadeira fonte dos direitos se dá em razão de o Estado ser, essencialmente, uma associação de dominação. (EHLICH, 1986, p. 120).

Nesse entendimento, Ehrlich assevera que o Estado é a única organização social capaz de impor regras comuns a todas as diferentes associações que surgem na sociedade, independentemente de concepções morais e religiosas. Assim é que, o Estado assume a tarefa de impor às diferentes associações humanas (religiosas, profissionais, econômicas, culturais, etc.) regras que lhes sejam

comuns, que emanam da sociedade enquanto uma associação de associações, de modo que as principais regras de organização social não sejam deixadas ao arbítrio de cada associação diferente.

Ehrlich esclarece, ainda, que o Estado não institui os direitos a partir do nada, mas por meio da percepção dos anseios e vontade da maioria da sociedade. O Estado é, pois, um órgão da sociedade, impondo às diversas organizações e associações normas de conduta que lhes sejam comuns e que lhes possibilitem uma convivência pacífica. Nesse sentido, fica claro que o direito não surge da mera vontade do legislador, uma vez que é a sociedade civil que orienta o Estado no processo de produção do direito, de maneira que as normas jurídicas não sejam reflexo da imposição de uma ordem do Estado, mas reflexo dos anseios e interesse social (EHRLICH, 1986, p. 166).

Conclui Ehrlich que as normas jurídicas não são meros resultados da vontade exclusiva dos legisladores, mas seu conteúdo deve ser obtido no seio da sociedade. Assim, a principal característica das normas jurídicas não é a coercitividade estatal, mas a *opinio necessitatis*, o que significa que as normas jurídicas são consideradas obrigatórias e necessárias à organização social não em razão da imposição do Estado, mas pela aceitação e concordância espontânea da sociedade em relação aos preceitos nelas instituídos.

6 RESULTADOS ALCANÇADOS

Em consonância com o pensamento sociológico de Ehrlich, ficou claro que Estado e o Direito são duas instâncias essencialmente distintas, embora intrinsecamente relacionadas. Para Ehrlich, ao contrário do que preconiza o Positivismo Jurídico, o Estado não detém o monopólio da criação jurídica e nem a exclusividade do uso da força para fazer com que as regras sociais sejam cumpridas.

O Estado, segundo Ehrlich, seria apenas um órgão da sociedade (uma organização social) que regula relações sociais que necessitam de certa uniformidade para trazer maior estabilidade à vida social cotidiana.

Ehrlich assevera que há um direito vivo em contraposição a um direito estatal, e ambos são igualmente válidos. Contudo, o direito vivo se aproxima mais da realidade social e, por isso, revela com mais precisão os valores que carecem de maior proteção por parte do próprio Estado. Por esse motivo, para Ehrlich, nem todo direito válido é direito positivo, conforme preconizam os adeptos do Positivismo Jurídico, uma vez que o direito surge a partir da realidade social. Do mesmo modo, em geral, a sociedade observa e cumpre as regras sociais (morais e jurídicas) espontaneamente, e a

possibilidade do uso da força (coação) para que tais regras sejam observadas não é exclusiva do Estado, podendo ser exercida, também, pela própria sociedade.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá, 2001.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *Sociologia do direito: uma visão substantiva*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 80-89.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1984.