

Introdução

Sem dúvida nenhuma, Max Weber e Hans Kelsen representam dois dos mais importantes clássicos para o entendimento da fenomenologia jurídica moderna. Desde o início do século XX, as obras de ambos os pensadores foram incessantemente estudadas, revistas e comentadas nas cátedras de todo o mundo, engendrando novas interpretações e classificações das mais diversas possíveis por onde quer que suas teorias exercessem influência. Enquanto o primeiro se atinha aos bancos da sociologia, da ciência política, ou melhor, das ciências sociais em geral, além de produzir importantes transformações no currículo acadêmico das escolas de Economia, o segundo gerava, de igual modo, severo impacto nas Humanidades, porém mais afeto à seara do direito. Enquanto Weber representou um dos mais altos expoentes da Sociologia jurídica, Kelsen, por sua vez, solidificou a mais expressiva referência no âmbito da dogmática jurídica.

A relação intelectual entre Weber e Kelsen é bastante fluida. Tal proximidade pode ser constatada na medida em que, além de serem autores contemporâneos, ambas as teorias tiveram inúmeros seguidores na Alemanha, bem como seus estudos foram paradigmas de interpretação em diversos pólos intelectuais na Europa positivista. Segundo relatam os comentado-

res, nos anos de 1911 a 1913, época em que Weber desenvolveu sua Sociologia do Direito, Kelsen já havia publicado (em 1911) sua primeira grande obra, intitulada *Hauptprobleme der Rechtsstaatslehre*.¹ Na primeira edição de seu livro, conforme nos assinala Norberto Bobbio (1998, p. 255-6), Kelsen já citava Weber, indicando a acurada leitura do pensamento weberiano que, naquele momento, já se consolidava na Alemanha do início do século XX. Posteriormente, quando a obra póstuma de Weber, *Economia e sociedade*, é lançada em caráter definitivo, Kelsen submete-a a algumas apreciações críticas, tendo inclusive publicado alguns artigos acerca da teoria weberiana.² Por fim, na obra *Teoria geral do Direito e do Estado*, o autor vienense tece algumas considerações a respeito da sociologia jurídica de Weber, contestando alguns posicionamentos assumidos pelo pensador, cujos desdobramentos veremos mais adiante.

A discussão entre Sociologia jurídica e Dogmática jurídica trazida por Weber no seio de *Economia e sociedade* remonta, na realidade, à celeuma engendrada por dois antecessores seus, Herman Kantorowicz e Eugen Erlich, precursores da chamada Escola do Direito Livre e do Movimento Sociológico do Direito, até então com relativa influência nas academias jurídicas alemãs.³ Pregavam estes dois autores, em suma, basicamente a idéia de que a lei não poderia criar efetiva-

mente o direito, visto que tal tarefa era destinada ao órgão vivo, ao elemento subjetivo do direito, o juiz (*giurisprudenzia*). Desse modo, qualquer ciência que fosse válida deveria pautar-se nos acontecimentos da realidade, nos elementos empiricamente constatáveis. Com tais formulações, criticavam severamente a ciência jurídica dos juristas que somente se atinham às leis formalmente criadas pelo legislador. Além do mais, tais pensadores reivindicavam a função judicial como a verdadeira fonte de direito, visto que se tratava de efetivamente aplicar uma norma abstrata ao mundo fático, função esta materializadora do direito e que alcançava, portanto, fins práticos. Propunham, assim, a livre criação do direito por parte do magistrado, além de defenderem a idéia de que a sociologia do direito seria a única e verdadeira ciência de estudo do direito, posto que era a única que atingia o escopo do próprio direito, que é a transformação do mundo fático.

A Postura Weberiana

Max Weber, por sua vez, assumiu postura diferenciada diante de seus predecessores e, na verdade, encerrou posições mais coerentes ante a concepção do caráter autônomo das ciências, já amplamente aceito pelos pensadores na época. Criticou Kantorowicz e Erlich porque tentaram reduzir a ciência do direito a uma disciplina sociológica, tendo, portanto, ambos investido-se de caráter valorativo em suas teorias, tese incompatível com a neutralidade axiológica pregada por Weber (1991), como vemos no capítulo sobre seus ensaios metodológicos. Segundo entendia, a ciência jurídica ou dogmática jurídica e a sociologia do direito não poderiam jamais ser justapostas, uma vez que ambas ocupam lugares distintos, e deviam assim ser isoladamente consideradas.

Tal discussão engendrada por seus antecessores – e posteriormente retomada por Kelsen, só que de maneira inversa, tendo a dogmática jurídica certa “prevalência” sobre a sociologia jurídica⁴ – basicamente era pertinente a problemas de ordem *metodológica* e não poderiam ultrapassar esta esfera, como o estabelecimento de primazia de uma pela outra e vice-versa. É necessário ressaltar que Weber evita, como fizeram Kantorowicz e Erlich, cair em uma postura “sociologista”, promovendo adequadamente a distinção entre ambos os conceitos e seus respectivos âmbitos de validade.

Emprestando alguns conceitos e idéias de Jellinek⁵ de “validade ideal” (a validade de uma norma diante do conjunto de outras normas) e “validade empírica” (a validade de uma norma diante de um grupo de pessoas que se orienta perante essa norma ou a um grupo de normas), Weber trata de evidenciar essas duas perspectivas de modo a esclarecer suas lógicas internas e operar sua distinção fundamental entre a dogmática e a sociologia jurídicas. Nosso autor já inicia o capítulo referente à economia e as ordens sociais de seu *Economia e sociedade* deixando evidente sua intenção:

Quando se fala de “direito”, “ordem jurídica” e “norma jurídica”, deve-se observar muito rigorosamente a diferença entre os pontos de vista jurídico e sociológico. Quanto ao primeiro, cabe perguntar o que idealmente se entende por direito. Isto é, que significado, ou seja, que sentido normativo deveria corresponder, de modo logicamente correto, a um complexo verbal que se apresenta como norma jurídica. Quanto ao último, ao contrário, cabe perguntar o que de fato ocorre, dado que existe a probabilidade de as pessoas participantes nas ações da comunidade – especialmente aquelas em cujas mãos está uma porção socialmente

relevante de influência efetiva sobre essas ações –, considerarem subjetivamente determinadas ordens como válidas e assim as tratem, orientando, portanto, por elas suas condutas (Weber, 1999b, v. I, p. 209).

Depreende-se desta passagem que Weber reduz a tensão entre dogmática jurídica e a sociologia do direito a um cariz estritamente metodológico. Ele considera que quando tratamos da primeira ciência servimo-nos do método *lógico-normativo*, ao passo que na segunda utilizamos o método *empírico-causal*, este típico da sociologia. O método lógico-normativo possui a finalidade de verificar no interior de um “cosmos de regras abstratas” suas regras de validade, realizando uma verificação de compatibilidade lógica das normas em um ordenamento. Essa operação, portanto, situa-se no plano ideal, ou seja, no pensamento racional, no plano das idéias. Já o método empírico-causal investiga o comportamento *dos indivíduos* diante de um sistema de regras, avaliando a potencialidade de suas condutas se subsumirem àquelas disposições, ou ainda, orientarem-se segundo o conteúdo da norma, *ainda que não cumprindo o disposto nela*.

A dogmática jurídica para Weber possui uma peculiaridade especial: ela se situa na esfera do “dever-ser” (*sollen*), conquanto que lida com a forma de melhor regular (prever) condutas e organizá-las sistemática e logicamente, de modo a se criar um sistema isento de contradições e exigível perante seus destinatários. Como ele próprio no ensina, a dogmática jurídica

[...] propõe-se a tarefa de investigar o sentido correto de normas cujo conteúdo apresenta-se como uma ordem que pretende ser determinante para o comportamento de um círculo de pessoas de alguma forma definido, isto é, de investigar as situações efetivas

sujeitas a essa ordem e o modo como isso ocorre (Weber, 1999b, v. I, p. 209).

Assim entendido, a dogmática jurídica investiga quais as hipóteses em que uma norma será considerada proibida, permitida, concessiva, explicativa, integrativa entre outras possibilidades, de sorte a se imporem como uma *ordem* àqueles a ela sujeitos. “Para esse fim”, continua Weber, “assim procede: partindo da vigência empírica indubitável daquelas normas, procura classificá-las de modo a encaixá-las em um sistema sem contradição lógica interna. Este sistema é a ‘ordem jurídica’ no sentido jurídico da palavra” (Weber, 1999b, v. I, p. 209).

Por outro lado, entende-se por sociologia jurídica, na obra weberiana, o estudo do comportamento dos indivíduos perante as normas vigentes e a determinação do grau em que se verifica a orientação dos homens por esse conjunto de leis (ordem legítima). A tarefa sociológica na seara do direito se atém a investigar, no plano da realidade, do acontecer fático, o que se sucede no comportamento das pessoas que se submetem a um ordenamento e de que maneira se verifica sua orientação segundo essa ordem legítima. Como bem interpreta Julien Freund (2000, p. 178), a sociologia jurídica

[...] tem por objeto compreender o comportamento significativo dos membros de um grupamento quanto às leis em vigor e determinar o sentido da crença em sua validade ou na ordem que elas estabeleceram. Procura, pois, apreender até que ponto as regras de direito são observadas, e como os indivíduos orientam de acordo com elas a sua conduta.

Vislumbra-se que a preocupação de Weber em situar esses limites específicos destina-se a não permitir a confusão entre

aqueles assuntos referentes aos aspectos normativos e aqueles situados no acontecer social (aspectos empíricos). Tal tarefa decorre da diferenciação quanto às regras do “ser” (*sein*) e do “dever-ser” (*sollen*) – de tradição kantiana –, na qual o comportamento humano orientado conforme a norma é de incumbência de estudo da sociologia jurídica. Essa atuação situa-se no plano do “ser”, da realidade fática, ao passo que as regras jurídicas – como são criadas, qual conteúdo a ser prescrito, qual a sua organização em um sistema lógico interno isento de contradições –, constituem matérias da alçada da dogmática jurídica, posto que se situam na esfera do “dever-ser”. Fica evidente tal consideração quando nos reportamos ao próprio Weber (1999b, v. I, p. 209), quando assevera com propriedade que

[...] a ordem jurídica ideal da teoria do direito [leia-se aqui dogmática jurídica] não tem diretamente nada a ver com o cosmos das ações [...] efetivas [objeto da sociologia jurídica], uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal de vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais.⁶

Faz-se necessário destacar que a sociologia jurídica é responsável por investigar o comportamento dos indivíduos *conforme* um ordenamento jurídico posto (vigente),⁷ orientando-se por ele. Não se trata aqui de esse comportamento ser o que se dá *observando* a lei, que segue ou obedece à norma disposta. Um estelionatário, a fim de se livrar do peso da lei, *orienta-se* segundo a norma com o fito de escapar a ela. Ele visa aplicar a máxima diligência em não ser descoberto, porque, ao se orientar conforme a norma, percebe que aquele comportamento é reprovável e sujeito à sanção. Atente-se aqui para o fato de que a observância ou não

observância normativa não é requisito essencial para determinar o que é e o que não é tarefa da sociologia jurídica investigar. Assim, basta a ação do indivíduo conforme a ordem prescrita para que encontremos matéria de análise. Como Weber (1999b, v. I, p. 210) explica:

O fato de pessoas quaisquer se comportarem de determinada forma *porque* a consideram prescrita por normas jurídicas é, sem dúvida, um componente essencial da gênese real empírica, e também da perduração, de uma “ordem jurídica” (grifo do autor).

E complementa sua idéia em outro trecho:

Também é desnecessário [dizer] [...] que todos os que compartilham a convicção do caráter normativo de determinadas condutas vivam sempre de acordo com isso. Isso também nunca ocorre [...]. O “direito” é para nós [segundo a ótica da Sociologia jurídica] uma “ordem” com certas garantias específicas da *probabilidade* de sua vigência empírica (Idem, *ibidem*; grifo nosso).

A Postura Kelseniana

Mas nem com tamanha clareza e discernimento Weber deixou de ser criticado. Hans Kelsen foi um de seus principais contendores, sem que em virtude disso tenha deixado de reconhecer a clarividência do pensamento weberiano sobre a definição da sociologia jurídica.

O movimento positivista na época em que Weber produziu suas obras já era bastante acentuado; em diversas partes da Europa surgiam teorias que convergiam para um ponto central: a idéia de direito reduzida a um universo de normas jurídicas cria-

das e impostas pelo Estado. O pandectismo na Alemanha, representado por Bernhard Windscheid; a Escola da Exegese francesa, que influenciou diretamente a confecção do Código napoleônico; passando pela Escola Analítica na Inglaterra, cuja premissa era fundada na necessidade da codificação dos textos legais, pregada principalmente por John Austin; até Hans Kelsen, já no início do século XX, quando se tem praticamente um século entre o surgimento e a consolidação do pensamento positivista, com forte e crescente influência nas universidades e nos tribunais da época.⁸

Kelsen já havia tecido severas críticas a Kantorowicz e Erlich, contestando o posicionamento desses autores, que afirmavam ser a sociologia do direito a única ciência capaz de definir o fenômeno jurídico, ou seja, reduziam a ciência do direito a uma disciplina sociológica.⁹ Assim, Kelsen entendia que a sociologia jurídica não era uma ciência autônoma, visto que, necessariamente, para definir seu objeto, teria de recorrer a conceitos elaborados pela ciência do direito, fato este que encerrava uma substancial dependência conceitual daquele campo de conhecimento para com essa ciência. E tal razão, dentro do esquema analítico kelseniano, possui uma fecunda coerência. Ao tratar o fenômeno jurídico como um sistema de normas válidas, ou seja, de leis que estariam em conformidade com aquelas que lhes seriam diretamente superiores, hierarquicamente organizadas, até se chegar ao preceito fundamental (*Grundnorm*), fundamento de validade de todo o sistema jurídico, o pensador vienense reduz o âmbito do estudo da ciência jurídica à norma (ou ao conjunto delas), excluindo os fenômenos sociais, políticos e psicológicos, os quais seriam objetos da sociologia, ciência política e da psicologia, respectivamente. Era assim que conferia “pureza” à teoria do direito.¹⁰ De tal sorte, as

definições de “norma”, “ordenamento jurídico”, “ordem jurídica” cabiam à dogmática jurídica resolver, visto que eram seus próprios objetos. Portanto, para Kelsen, a sociologia jurídica não poderia jamais ser considerada uma ciência autônoma por lhe faltar conceitos próprios; para isso, ela teria de recorrer à ciência do direito (dogmática jurídica) e dali extrair a definição de “norma”, “ordenamento” e “ordem jurídica” para fundamentar suas teorias. Notória era a dependência da sociologia jurídica em relação à ciência do direito quanto à interface conceitual. Em sua *Teoria geral do direito e do Estado*, o autor vienense tece alguns apontamentos às posturas weberianas, apesar de sobrelevar a astúcia de Weber em definir o âmbito de atuação da sociologia jurídica:

O valor de uma descrição de direito positivo em termos sociológicos é ainda mais diminuído pelo fato de que a sociologia só pode definir o fenômeno do Direito, do direito positivo de uma comunidade particular, recorrendo ao conceito de direito tal como definido pela jurisprudência normativa. O objeto da jurisprudência sociológica não são normas válidas – as quais constituem o objeto da jurisprudência normativa – mas a conduta humana. Que conduta humana? Apenas a conduta humana tal que, de um modo ou de outro, está relacionada ao “direito”.

[...]

Até agora, a tentativa mais bem-sucedida de definir o objeto de uma sociologia do direito foi feita por Max Weber. Ele escreve: “Quando nos ocupamos com ‘direito’, ‘ordem jurídica’, ‘regra de direito’, devemos observar estritamente a distinção entre um ponto de vista jurídico e um sociológico. A jurisprudência pede normas jurídicas idealmente válidas”. Ou seja... qual significado

normativo deverá ser vinculado a uma sentença que aparenta representar uma norma jurídica? A sociologia investiga o que efetivamente está acontecendo na sociedade porque existe certa possibilidade de que os seus membros acreditem na validade de uma ordem e adaptem (*orientieren*) a sua conduta a essa ordem. Daí, segundo essa definição, o objeto de uma sociologia do direito é a conduta humana que o indivíduo adaptou (*orientiert*) a uma ordem porque considera essa ordem como 'válida'; e isso significa que o indivíduo cuja conduta constitui o objeto da sociologia do direito considera a ordem da mesma maneira que a jurisprudência considera o direito. Para ser objeto de uma sociologia do direito, a conduta humana deve ser determinada pela idéia de uma ordem válida (Kelsen, 1998, pp. 248 e 253).

Note-se a proximidade da idéia divisória entre Kelsen e Weber no que toca à dogmática jurídica e à sociologia do direito. Enquanto uma se preocupa com o exame das normas e suas relações lógico-sistemáticas, a outra se atém ao campo de perquirição do comportamento do indivíduo perante essas normas. Este é o ponto comum entre os autores. Ao passo que a sociologia jurídica se ocupa das tarefas do "ser" (*sein*), a Dogmática jurídica está ligada ao teor prescritivo, do "dever-ser" (*sollen*). Contudo, o principal enfoque diferenciador entre os estudiosos reside na questão da total autonomia da sociologia do direito. Enquanto Weber irá afirmar que a sociologia jurídica tem método e objeto próprios, quais sejam, o método empírico-causal e o comportamento humano perante a norma como objeto; Kelsen, apesar de concordar com o âmbito desta última categoria (esfera do "ser"), insiste em afirmar que, para esse comportamento ser estudado, há a necessidade de a sociologia jurídica recorrer ao conceito de

"norma" (entenda-se "norma", "ordenamento jurídico", "ordem jurídica"), elaborado pela ciência do direito, o que afetaria terminantemente sua autonomia como ciência, visto que teria de se valer de conceitos que estão fora da sua esfera de atuação.

É importante lembrar que, malgrado demais divergências de menor relevância, outro ponto fundamental de disparidade entre Kelsen e Weber se funda no conceito de "validade". Enquanto Kelsen (1998, p. 43; 2000, p. 235) entende a validade "como a existência específica de normas", quando estas nascem e se perpetuam dentro do ordenamento jurídico, observado o critério de estar em conformidade com a norma que lhes é hierarquicamente superior, e dotadas, portanto, de obrigatoriedade (critério meramente formal); para Weber (1999b, v. I, p. 210), a validade ocorre quando a orientação das ações sociais dá-se em função da norma ou de normas jurídicas, quando os homens comportam-se pautando suas condutas perante a norma. *A contrario sensu*, caso os indivíduos desconsiderassem essa regra legal e não pautassem suas ações orientadas por ela, indubitavelmente ela perderia sua validade. Cabe ressaltar, por fim, que esse comportamento *segundo* a norma não induz necessariamente a ser *em conformidade* com a norma (sinônimo de observância), conforme detalhado anteriormente.

Bobbio (1998, p. 263) aponta com extrema agudeza esse ponto de intersecção entre Weber e Kelsen:

[...] malgrado a diversidade do objeto de análise sociológica de Weber e jurídica de Kelsen, bem como malgrado a diferença de terminologia, Weber e Kelsen concordam sobre um ponto de vista extremamente importante, qual seja, a da distinção dos pontos de vistas do sociólogo e do jurista e das duas esferas do ser e do dever-ser, dos quais tratam as duas

ciências [...] Kelsen considera que a distinção é necessária, e que o critério de distinção proposto por Weber é correto [...] (tradução nossa).¹¹

Embora convergisse teoricamente com Weber no que toca à necessidade de separação e do estabelecimento desses critérios de diferenciação entre sociologia do direito e dogmática jurídica, Hans Kelsen, em contrapartida, não poupou ríspidas críticas às propostas conceituais indicadas por Weber em sua sociologia jurídica. Segundo afirma, não se pode asseverar que é tão-somente objeto desse ramo de estudo aquelas ações que se dão diante de uma norma jurídica, orientadas por ela. Se assim fosse, as condutas delituosas cometidas por uma pessoa, sem que ela se desse conta de que tal comportamento fosse típico, enquadrado como fato criminoso, não estariam submetidas à avaliação da sociologia jurídica, tendo por fundamentação o fato de que essa pessoa não se comportou tendo como baliza a norma penal. Tal ponto da argumentação merece maior fundamentação:

A definição de Max Weber do objeto da jurisprudência sociológica, a conduta humana adaptada (*orientiert*) pelo indivíduo atuante a uma ordem que ele considera válida, não é inteiramente satisfatória. De acordo com sua definição, um delito que foi cometido consciência da ordem jurídica não seria considerado um fenômeno relevante. Neste aspecto, a sua definição do objeto da sociologia é obviamente muito restrita. Uma sociologia do direito que investiga as causas da criminalidade também levará em consideração delitos que foram cometidos sem que o delinquente adaptasse (*orientieren*) a sua conduta à ordem jurídica. Todo ato que, de um ponto de vista jurídico, é um “delito” é também um fenômeno que pertence ao

domínio da sociologia do direito, na medida em que existe uma possibilidade de que os órgãos da sociedade reajam contra ele, executando a sanção estabelecida pela ordem jurídica. Ele é um objeto da sociologia do direito mesmo se o delinquente cometeu o delito sem pensar no direito. A conduta humana pertence ao domínio da sociologia do direito não por ser “orientada” à ordem jurídica, mas por ser determinada por uma norma jurídica como condição ou consequência. Apenas por ser determinada pela ordem jurídica que pressupomos como válida é que a conduta humana constitui um fenômeno jurídico.

A conduta humana assim qualificada é objeto da jurisprudência normativa; mas é também objeto da sociologia do direito na medida em que efetivamente ocorreu ou provavelmente ocorrerá. Esta parece ser a única maneira satisfatória de traçar um limite entre a sociologia do direito e a sociologia geral. Esta definição, assim como a formulação de Max Weber demonstram claramente que a jurisprudência sociológica pressupõe o conceito jurídico de direito, o conceito de direito definido pela jurisprudência normativa (Kelsen, 1998, pp. 257-8).

No entendimento de Kelsen, como vemos no texto, a única ciência capaz de definir o que viria a ser “direito” seria a ciência do direito, tendo a sociologia jurídica dependência direta dessa ciência para a sua formulação. Desse modo, o autor vienense negava a dualidade de ramos do conhecimento que determinassem objetos relacionados ao estudo do direito, a saber, a sociologia jurídica e a dogmática jurídica, visto que a única ciência que poderia fornecer um conceito de direito seria a ciência jurídica, através da dogmática.

Em que pese a argumentação de Kelsen, inúmeras conclusões podemos traçar com

base a nos afastarmos mais dessa posição e nos aproximarmos do esquema analítico weberiano.

Conclusão

Ao que parece, o mérito maior de Weber foi o de distinguir o âmbito de atuação de cada um desses ramos do conhecimento, a saber, a dogmática jurídica e a sociologia do direito. Também se prestou, na mesma medida, a elucidar quais as metodologias – a lógico-normativa e a empírico-causal – que ambas as ciências se valiam para entender seus objetos específicos. Assim, vislumbra-se que Weber não negou o caráter científico a nenhuma das duas ciências. Na verdade, cada uma analisa o direito sob prismas diferentes e de forma alguma excludentes. Pelo contrário. Enquanto a dogmática jurídica estabelece a melhor forma possível de se elaborar e organizar normas, dentro de um sistema coerente e isento de contradições e, acima de tudo, exigível, a sociologia do direito atua do outro lado verificando se aquelas normas efetivamente estão sendo seguidas e em que grau pelos seus destinatários. E nisto servirá de auxílio àquela para elaboração de normas cada vez mais eficientes e que cumpram o fim almejado pelo legislador.¹²

Quando Kelsen afirma que a sociologia do direito se serve de conceitos elaborados pela ciência jurídica, negando seu caráter científico, acaba por limitar demasiadamente o universo do fenômeno jurídico a uma visão muito restrita da realidade. O que ocorre, na verdade, é que a sociologia jurídica se utiliza das interpretações dogmático-jurídicas como um meio *heurístico* de análise dos fatores empiricamente constatáveis. Trata-se de um recurso *instrumental* de estudo das interconexões causais dos comportamentos dos indivíduos perante o sistema normativo. É eviden-

te, entretanto, que sem um ordenamento jurídico ideal prévio, o desenvolvimento das ações concretas seria impraticável. Não obstante, ainda que a sociologia jurídica empregue alguns entendimentos formulados pela dogmática jurídica, em nada isso interfere quanto a lhe conferir autonomia e capacidade de formular seus próprios conceitos e interpretações. No intuito de elaborar um sistema jurídico “fechado”, isento de interferências externas ao direito, é que Kelsen comete tais impropriedades, conducentes a confinar o fenômeno do direito a um prisma unívoco e limitado, mediante o indiscriminado emprego de seus posicionamentos reducionistas.

A idéia básica da sociologia jurídica, seu objeto por excelência, reside na análise das ações dos homens, verificando se, com efeito, a conduta deles se subsume à norma ou não, se se afasta ou se aproxima dela. Entretanto, há que se ressaltar que não se parte de uma relação da norma para com os indivíduos, mas ao contrário. Weber inclusive levanta a hipótese, embora exagerada, entretanto em nada fictícia, de que uma sociedade poderá reorganizar-se segundo preceitos socialistas sem que, no entanto, com isso se altere um artigo de lei. O que importa para a sociologia jurídica basicamente é a verificação do comportamento dos indivíduos segundo o que determina o sistema jurídico, estabelecendo o grau, o teor, o alcance e os meios pelos quais os homens seguem ou simplesmente ignoram os preceitos ideais normativos. Estabelecer tais distinções é fundamental para a sociologia jurídica. Há de se citar, a título de exemplo, que é comum, muitas vezes, que a população oriente suas ações segundo um hábito ou costume, ato este embora originalmente criado ou em conformidade com prescrições legais (*u.g.* a proibição do casamento de filhos com pais; dever de fidelidade conjugal na constância do matrimônio; a aposição de uma assinatu-

ra em um cheque etc.), mas que de forma alguma a sociedade possui conhecimento da vigência ou mesmo da existência dessa norma que gerou ou que se compatibiliza com esse hábito ou costume. Não se pode aí afirmar que é hipótese de observância à lei, a não ser no sentido postulado por Kelsen (subsunção formal). Torna-se evidente que a pessoa não se orientou segundo a norma, mas a um costume ou uso vigente. E para a Sociologia jurídica essa diferença é gritante.

Segundo Kantorowicz, “a dogmática sem a sociologia está vazia. A sociologia sem dogmática está cega” (apud Fariñas Dulce, 1989, p. 73; tradução nossa). São duas formas distintas de se encarar o fenômeno do Direito que, inadvertidamente, complementam-se entre si. E, quanto a esse aspecto, Weber foi um pioneiro e ao mesmo tempo um democrata de academia (que nos perdoem o uso impróprio do mote). Em seu íntimo, cria ser possível existirem tantas ciências quantos pontos de vista específicos para o exame de um problema e, em função disso, não há que pensar que já esgotamos todas as possibilidades. Pela sua posição alheada à diversidade científica, refutava impetuosamente as teses de teóricos, especialistas ou filósofos que intentassem reduzir a reali-

dade ou um fenômeno a uma perspectiva apenas. Tal era o teor das críticas que sempre atacava Auguste Comte e sua tese da hierarquização das ciências sob a égide do positivismo, para não falarmos de tantos outros autores.

Em razão das ciências serem autônomas, pelos seus próprios fundamentos intrínsecos, nenhuma jamais poderia servir de base ou modelo à outra. É impensável conceber a prevalência da sociologia jurídica em relação à ciência do direito como pensavam Kantorowicz e Erlich e, de maneira contrária, a primazia da segunda sobre a primeira, como entendia Kelsen. A pedra de toque elucidada por Weber foi justamente possuir a coerência e o discernimento analíticos de separar cada uma dessas ciências e relegá-las aos seus respectivos campos de validade, preservando suas autonomias e suas lógicas internas, as quais interpretam o direito de pontos de vista diferentes, porém ambas dotadas de harmonia e coerência interpretativa.

É apenas assim que podemos situar em Weber as nossas diretivas mais veementes.

Notas

1. Traduzida como *Teoria geral do Direito e do Estado*. Ver Kelsen (1998).
2. Especialmente o artigo de 1921, “Der Staatsbegriff der verstehenden Soziologie” (O conceito de Estado na sociologia compreensiva), publicado na *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Soziologie (Revista de Economia Política e Sociologia)*, pp. 104-119, apud Bobbio (1998, p. 255-6) e Fariñas Dulce (1989, p. 71).
3. Para maiores informações, ver Lévy-Bruhl (1997, p. 99). Rica condensação nos traz Diniz (1998, pp. 66-8). Também boas referências vemos em Reale (2000, cap. XXXI).
4. Referimo-nos aqui ao fato de a proposição de Kelsen afirmar necessária “dependência” da sociologia jurídica perante a ciência jurídica, visto que, para delimitar o que viria a ser o “direito”, a primeira se utilizava de conceitos engendrados pela segunda. Veremos mais adiante tal posição de maneira detalhada.

5. Excelente demonstração do jurista italiano Norberto Bobbio (1998, pp. 260-3) sobre a influência da obra de Jellinek na sociologia jurídica de Max Weber, mormente no que tange às lições tomadas por empréstimo na tarefa de distinguir a sociologia do direito da dogmática jurídica. Ver também Fariñas Dulce (1989, pp. 62-5); e um pequeno ensaio sobre o conceito sociológico de Direito de Max Weber em Krawietz (1994, pp. 7-26).
6. Segundo também nos demonstra Fariñas Dulce (1989, p. 66), Weber já havia apontado para tais tendências quando da elaboração, em 1913, de um de seus ensaios metodológicos, “Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie” (Sobre algumas categorias da Sociologia Compreensiva), no qual afirma: “[...] la sociología [...] no tiene que ver con la dilucidación del contenido de sentido ‘objetivo’, logicamente correcto, de ‘preceptos jurídicos’, sino con un ‘actuar’, respecto de cuyos determinantes y de cuyas resultantes revisiten también importancia, entre otras, las representaciones, que los hombres tengan acerca del ‘sentido’ y del ‘valor’ de determinados preceptos jurídicos”.
7. Ressalte-se que este “posto” possui sentido mais amplo: posto, no sentido de vigente, de observável. Não se restringe, portanto, somente àquele produzido pelo Estado. Insta consignar que, para Weber, o Estado é *uma* das fontes de produção jurídica, a que na modernidade consolidou-se como a mais eficaz, justamente por possuir como forma de repressão à sua desobediência a violência, legítimo monopólio estatal. As coletividades, tais como clãs, tribos e outros grupos sociais também podem estabelecer regras que serão postas aos seus pares e, na medida em que houver determinadas pessoas especialmente incumbidas de aplicar essas normas (aparato coativo), existirá direito e, portanto, existirá direito posto. Destarte, afasta-se a honrosa e brilhante distinção do famoso jurista Eros Roberto Grau (2000, cap. II) entre “direito posto” (aquele produzido pelo Estado) e “direito pressuposto” (produto cultural, não protegido pelo Estado, mas que emana do seio da coletividade), registrada aqui para fins de esclarecimento.
8. Para maiores informações, ver Bittar e Almeida (2001, p. 316 e ss.).
9. Em Bobbio (1998, p. 257) encontramos a crítica de Kelsen a esses autores, em especial a Erlich, a qual já antecipava o comentário que posteriormente ele faria a Weber: “On ne peut parler de sociologie du droit comme science du droit parce qu’il n’existe qu’une seule science du droit, la science normative du droit. La sociologie du droit n’est pas une science autonome parce qu’elle est simplement une partie d’une définition du droit qui dérive du concept normatif du droit”.
10. Não podemos nos esquecer de que foi Kelsen quem produziu um dos maiores monumentos teóricos da ciência jurídica: *A teoria pura do direito* (Kelsen, 2000).
11. No original: “malgré la diversité de l’objet des analyses sociologique de Weber et juridique de Kelsen, et même malgré la différence de terminologie, Weber et Kelsen s’accordent sur un point très important, celui de la distinction des points de vue du sociologue et du juriste, e des deux sphères de l’être et du devoir-être, dont traitent les deux sciences. [...] Kelsen considère que la distinction est nécessaire, et que le critère de distinction proposé par Weber est correct [...]”.
12. Max Rheinstein (*apud* Fariñas Dulce, 1989, p. 135) estabelece, a título exemplificativo, quais são as grandes preocupações de Kelsen e Weber no trato com o fenômeno jurídico. Enquanto o primeiro se inquieta em estabelecer qual o é o caráter distintivo dos conceitos que são regras de conduta e de outros conceitos, em que modo aqueles conceitos são

referidos ao conceito de Estado, e em que ordem entre si se relacionam os conceitos derivados da lei; o segundo se atém a perquirir por que os povos têm o conceito de lei, como se constitui seu conteúdo, como e por que mudam e de que modo influem nos comportamentos sociais.

Bibliografia

- AMORIM, Aluizio Batista de. (2001), *Elementos de sociologia do direito em Max Weber*. Florianópolis, Insular.
- BENDIX, Reinhard. (1986), *Max Weber: um perfil intelectual*. Trad. Elisabeth Hanna e José Viegas Filho. Brasília, Unb.
- BITTAR, Carlos Eduardo & ALMEIDA, Guilherme Assis de. (2001), *Curso de filosofia do direito*. São Paulo, Atlas.
- BOBBIO, Norberto. (1998), “Max Weber et Hans Kelsen”, in _____, *Essais de théorie du droit: recueil de textes*, Paris, Bruylant L.G.D.J, pp. 255-70.
- _____. (2000), *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaria Versian, Rio de Janeiro, Campus.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (1999), *Dicionário de política*. 2 v., 12. ed., Brasília, UnB.
- COHN, Gabriel. (1979), *Crítica e resignação: fundamentos de sociologia de Max Weber*. São Paulo, T. A. Queiroz.
- DINIZ, Maria Helena. (1998), *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva.
- FARIÑAS DULCE, María José. (1989), *La sociología del derecho de Max Weber*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- FREUND, Julien. (2000), *Sociologia de Max Weber*. Trad. Luiz de Castro e Costa. Rev. Paulo Guimarães do Couto. 5. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária.
- GRAU, Eros Roberto. (2000), *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo, Malheiros.
- KELSEN, Hans. (1998), *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed., São Paulo, Martins Fontes.
- _____. (1999), *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. 4. ed., México, Fontamara. pp. 63-4 e 82-3.
- _____. (2000), *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo, Martins Fontes.
- KRAWIETZ, Werner. (1994), *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*. 2. ed., México, Fontamara.

- LASCOUMES, Pierre (org.). (1995), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*. Paris, L.G.D.J (Droit et Société, 14).
- LÉVI-BRUHL, Henri. (1997), *Sociologia do direito*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 2. ed., São Paulo, Martins Fontes.
- LUHMANN, Niklas. (1985), *Sociologia do direito*. vol. II. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.
- RADBRUCH, Gustav. (1997), *Sociologia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed., Coimbra, Armênio Amado/Editor Sucessor.
- REALE, Miguel. (2000). *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo, Saraiva.
- SOUZA, Jessé (org.). (2001), *A atualidade de Max Weber*. Brasília, UnB.
- TRATENBERG, Maurício. (1985), *Burocracia e ideologia*. São Paulo: Ática.
- TURNER, Stephan P. & FACTOR, Regis A. (1994), *Max Weber: the lawyer as social thinker*. London/ New York, Routledge.
- WEBER, Max. (1991), *Sobre a teoria das ciências sociais*. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo, Moraes.
- _____. (1999a), *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 14. ed., Rio de Janeiro, Biblioteca Pioneira das Ciências Sociais.
- _____. (1999b), *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. 2 v. Brasília, UnB.
- _____. (2003), *Ciência e política: duas vocações*. Trad. Jean Melville. São Paulo, Martin Claret (Obra Prima de Cada Autor, 80).

Resumo

Max Weber e Hans Kelsen: a Sociologia e a Dogmática Jurídicas

Max Weber e Hans Kelsen são dois autores clássicos considerados de extrema importância na elaboração de alguns dos célebres conceitos mais utilizados nas searas das Ciências Sociais e do Direito, respectivamente. Entretanto, quando se unem tais campos do conhecimento, representados pela Sociologia do Direito, inúmeras confusões terminológicas e relativas ao objeto e método de estudo são perpetradas, dificultando que o rigor científico seja atingido com profícua precisão. Nesse sentido, o presente trabalho visa estabelecer as distinções mais prementes entre a Sociologia jurídica e a Ciência ou Dogmática jurídicas, tratadas da perspectiva da análise dos pensamentos weberianos e kelsenianos.

Palavras-chave: Max Weber; Hans Kelsen; Sociologia jurídica; Ciência do Direito; Dogmática jurídica.

Abstract

Max Weber and Hans Kelsen: Sociology of Law and Jurisprudence

Max Weber and Hans Kelsen are two classical authors considered extremely important to the creation of some of the essential concepts ordinarily used in the Social Sciences and Law, respectively. However, when these two science fields are put together, which are represented by the Juridical Sociology, a large number of terminological misunderstandings connected to the object and studying methods are usually perpetrated. By this way, the present work has the purpose of accomplishing the demonstration of the approaches and distinctions most pre-eminent between the Sociology of Law and the Jurisprudence, studied by the perspective of analysis of the two authors mentioned.

Keywords: Max Weber; Hans Kelsen; Juridical Sociology; Science of Law; Legal Dogmatics.

Résumé

Max Weber et Hans Kelsen : la Sociologie et la Dogmatique Juridiques

Max Weber et Hans Kelsen sont deux auteurs classiques considérés d'extrême importance dans l'élaboration de certains des célèbres concepts employés dans les domaines des Sciences Sociales et du Droit. Pourtant, quand l'on unit ces deux domaines du savoir, représentés par la Sociologie du Droit, d'innombrables confusions terminologiques, relatives à l'objet et à la méthode d'étude, sont perpétrées, en empêchant que la rigueur scientifique soit atteinte avec la précision espérée. Ce travail propose, ainsi, d'établir les distinctions les plus urgentes entre la Sociologie juridique et les Sciences ou la Dogmatique juridiques, abordées du point de vue de l'analyse des pensées de Weber et de Kelsen.

Mots-clés: Max Weber; Hans Kelsen; Sociologie juridique ; Sciences du Droit ; Dogmatique juridique.