XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-072-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;

b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;

c) política como fator complicador do direito;

d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;

e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;

f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;

g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e. portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

O ITINERÁRIO DO POSITIVISMO NAS CIÊNCIAS SOCIAIS: ENTRE KELSEN E WEBER

POSITIVISM'S ITINERARY IN SOCIAL SCIENCE: BETWEEN KELSEN AND WEBER

Gustavo Vieira Vilar Garcia

Resumo

O positivismo filosófico de matriz comtiana, momento remoto da construção científica da Sociologia, desenvolveu-se paralelamente e em grande medida independentemente do chamado positivismo jurídico, que somente a partir de Kelsen foi capaz de lançar as bases metodológicas para a constituição de uma ciência do direito autônoma, dotada de métodos e objetos próprios. A semelhança terminológica, apesar de não denotar, segundo seus intérpretes, qualquer parentesco filosófico entre o comtismo e o juspositivismo, não deve ser inteiramente ignorada se se puder admitir o caráter fundamental do postulado da neutralidade axiológica tanto para a ciência social e, exemplarmente, para a sociologia compreensiva weberiana, quanto para o positivismo normativista kelseniano. O trabalho, portanto, pretender traçar as linhas de influência weberianas em Kelsen, tendo por horizonte teórico o alcance do princípio da neutralidade valorativa em suas obras metodológicas e a respectiva adoção ou rejeição do formalismo na Ciência do Direito e na Sociologia.

Palavras-chave: Neutralidade axiológica, Positivismo jurídico, Sociologia, Epistemologia

Abstract/Resumen/Résumé

Comtes philosophical positivism, which represents a remote point in the scientific endeavor for Sociology, has developed itself simultaneously and independently from so called legal positivism. Positivism owes Kelsen its methodological foundations over which a scientifically autonomous legal science could be built, with its own methods and objects. Here, terminological resemblance, although not denoting any philosophical kinship between comtism and legal positivism accordingly to its interpreters, cannot be fully ignored if the central role of the axiological neutrality postulate is to be maintained in social science, especially in weberian comprehensive sociology, and also in kelsenian normativism. Therefore, this paper intends to trace weberian influences in Kelsen, having as its object of analysis the axiological neutrality principle in kelsenian and weberian methodological work and the adoption or rejection of formalism in Legal Science and Sociology.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Axiological neutrality, Legal positivism, Sociology, Epistemology

1 INTRODUÇÃO

A história do pensamento filosófico conhece um número elevado de expressões ubíquas, semanticamente alargadas e, como tal, utilizadas em contextos argumentativos os mais díspares. Uma delas designa originalmente a escola que, no campo da filosofia, incorporou exemplarmente o otimismo no progresso da ciência e no correlato progresso moral da humanidade: trata-se do positivismo, e aqui, do positivismo de matriz comtiana.

A emergência do comtismo no século XIX, o período histórico de máxima exaltação da razão humana, palco de extraordinários feitos da ciência moderna, representou a formulação de um sistema filosófico de sustento do modelo produtivo industrial correspondente, ligado intimamente à noção de progresso científico-racional e à ideologia burguesa, pelo menos até os estertores do iluminismo setecentista e oitocentista, já então às vésperas das convulsões sociais e políticas da Primeira Grande Guerra.

A crítica à filosofia positiva, oriunda não apenas de Marx e dos marxistas, mas do próprio seio da ciência que se encontrava em processo de gestação — a Sociologia — com destaque para a aguda análise de Max Weber, apesar de denunciar sua função laudatória e idelogicamente orientada, manteve presentes alguns dos fundamentos metodológicos que sustentaram e continuam sustentando a estrutura epistemológica das ciências sociais. Se para Marx, por exemplo, a pretensão de cientificidade do conhecimento das ciências sociais não estava em questão (como eloquentemente faz prova a oposição marxiana entre socialismo utópico e socialismo científico), para Weber cabia sustentar com maior rigor conceitual o postulado positivista de neutralidade axiológica do conhecimento produzido pela ciência social, sem jamais negá-lo integralmente.

Que papel o positivismo de cariz kelseniano ocupa na discussão que se começa a esboçar? Apesar da semelhança terminológica, o positivismo comtiano guarda pouquíssimos pontos de aproximação com o positivismo jurídico normativista, isto é, o positivismo formulado e sustentado pelo seu provável representante maior, o jurista austríaco Hans Kelsen. O que poderia haver, no entanto, de “comtianamente” positivista no positivismo de Kelsen? A resposta parece repousar no mesmo princípio metodológico que, embora sustentado por Auguste Comte e pela tradição sociológica que o seguiu (pensamos, em especial, na figura de

Émile Durkheim), atingiu seu ponto ideal de maturação apenas na sociologia weberiana: trata-se do mencionado postulado da neutralidade axiológica no fazer científico. Percorrendo o rastro da neutralidade valorativa entre as formas de pensamento que emergiram no período compreendido entre os séculos XIX e XX sob o título comum de "positivismo", o trabalho pretenderá sugerir a existência de espaços de influência da epistemologia weberiana das ciências sociais na obra de Kelsen.

Uma série de caminhos teóricos poderia ser elencada na tentativa de aproximar Kelsen e Weber. Os mais evidentes diriam respeito ao tratamento que cada um dos autores e, portanto, cada um dos respectivos olhares científicos — Ciência do Direito e Sociologia — conferem aos fenômenos jurídico-normativos e à distinção entre ciência social como fazer científico acerca do ser jurídico empiricamente considerado (manifestações e emanações externas dos preceitos jurídicos) e ciência do direito como ciência do dever-ser no direito, isto é, ciência das normas jurídicas por excelência. Esse, no entanto, não será o caminho que tomaremos. Neste trabalho nos interessa sublinhar os momentos de aproximação *metodológica* entre Weber e Kelsen, mais que descrever as críticas destacadas que Kelsen endereça à autonomia científica da sociologia do direito e à doutrina do Estado na sociologia compreensiva.

2 SENTIDOS DO POSITIVISMO

O emprego indistinto nas ciências humanas do termo "positivismo" e sua repetição no âmbito da teoria do direito parecem sugerir algo mais que uma mera coincidência terminológica. De fato, existem algumas linhas de contato que poderiam ser traçadas entre a concepção clássica, de matriz comtiana, da filosofia positiva e o positivismo jurídico clássico, tomado metonimicamente pela figura de Kelsen. As distinções, no entanto, parecem ser mais significativas, a não ser que se conceba o postulado da neutralidade axiológica como mais importante que todas as eventuais diferenças, como faz Michael Löwy (2000). Dito isto, a locução "positivismo jurídico" guarda em primeira instância relação com a noção de direito positivo (*ius positivum*), empregado como sinônimo de direito posto e expresso por uma autoridade legislativa (DIMOULIS, 2006, p. 67-68). Nesse sentido, o positivismo jurídico como escola da filosofia do direito se opõe precipuamente às correntes de pensamento

vinculadas à doutrina do direito natural, representativas da crença em uma ordem metafísica de emanação de direitos, fundada ora na razão, ora na natureza, ora na providência divina, e esse é o aspecto que deve ser primeiramente ressaltado na designação dos juspositivistas.

> A expressão "positivismo jurídico" não deriva daquela de "positivismo" em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico — tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão "positivismo jurídico" deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*. (BOBBIO, 1999, p. 15, grifos do original)

Não se pode afirmar, porém, ser inteiramente acidental a semelhança terminológica entre o positivismo comtiano e o positivismo jurídico que emergiu historicamente em oposição às doutrinas do direito natural e, ao menos para nossos propósitos, culminou na proposta normativista kelseniana. Se é possível sustentar a ausência de quaisquer relações mútuas originais entre o positivismo filosófico e o juspositivismo, o mesmo não pode ser dito de seus desenvolvimentos posteriores. Dessa maneira, a rejeição ao conhecimento metafísico afigura-se como fator agregador das mais díspares tendências do positivismo na história da filosofia, e em especial, a pretensão à neutralidade axiológica na produção do conhecimento científico.

Max Weber, como já sustentamos, não é exatamente um pensador positivista[1]. Suas críticas à escola positivista clássica voltam-se, em particular, ao sincretismo metodológico entre as ciências sociais e as ciências da natureza, propugnado em especial pela economia política clássica, segundo a qual a ciência social, ao pretender-se neutra e objetiva na análise e compreensão de seus específicos objetos de conhecimento, deveria se valer da mesma estrutura metodológica das ciências naturais, a exemplo da física, da biologia e da química (WEBER, 1993, p.134-136).

---

[1] Além da dimensão positivista sociológica a evocar o postulado da neutralidade axiológica, que Löwy afirma estar presente na obra weberiana (2000, p. 18 e p. 33-34), Bobbio assevera que há também uma dimensão relativa ao positivismo jurídico que se pode localizar em Weber, concernente à afirmação weberiana da positivação progressiva do direito e da centralização do direito moderno na figura do Estado: "Entre otras cosas, mientras Kelsen es un positivista y elabora una verdadera y propria teoría del positivismo jurídico, Weber puede ser positivista sólo en el sentido que reconoce en el proceso de formación del Estado moderno un proceso de progresiva eliminación de toda forma de derecho que no sea impuesta por el Estado [...]."(BOBBIO, 1989, p. 72)

Em Comte, por outro lado, a fundação da "física social" quer significar o desenvolvimento total da ciência e a captura universal dos fenômenos que já não mais poderiam recair externamente a quaisquer dos campos de investigação científica, ou seja, das ciências naturais e sociais.

> Eis a grande mas, evidentemente, única lacuna que se trata de preencher para constituir a filosofia positiva. Já agora que o espírito humano fundou a física celeste; a física terrestre, quer mecânica, quer química; a física orgânica, seja vegetal, seja animal, resta-lhe, para terminar o sistema das ciências de observação, fundar a *física social*. [...] As concepções, que tentarei apresentar a respeito do estudo dos fenômenos sociais e de que espero fazer com que este discurso já deixe entrever o germe, não poderiam pretender dar imediatamente à física social o mesmo grau de perfeição que possuem os ramos anteriores da filosofia natural, o que seria evidentemente quimérico, porquanto estas já apresentam entre elas, a esse propósito, extremas desigualdades, aliás, inevitáveis. Mas serão destinadas a imprimir a essa última classe de nossos conhecimentos o caráter positivo que todas as outras já tomaram. Se essa condição for uma vez realmente preenchida, o sistema filosófico dos modernos estará fundado, enfim, em seu conjunto, pois nenhum fenômeno observável poderia evidentemente deixar de entrar numa das cinco grandes categorias, desde já estabelecidas: fenômenos astronômicos, físicos, químicos fisiológicos e *sociais*. Homogeneizando-se todas as nossas concepções fundamentais, a filosofia constituir-se-á definitivamente no estado positivo. Sem nunca mais poder mudar de caráter, só lhe resta desenvolver-se indefinidamente, graças a aquisições sempre crescentes, resultantes inevitáveis de novas observações ou de meditações mais profundas. (COMTE, 1973, p. 15-16, grifos nossos)

Weber criticará decisivamente a tentativa de apropriação pelas ciências sociais da metodologia característica das ciências da natureza[2], direcionando seu empreendimento

[2] Essa oposição indireta (por via da crítica weberiana à economia política) entre Weber e o fundador da ciência social, então tomada como *física social*, torna necessário, cremos, refinar a própria noção de positivismo filosófico e sociológico, ao menos conforme exposta por uma obra clássica na literatura de teoria das ciências sociais. Trata-se de "As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen", de Michael Löwy. O aspecto terminológico que precisa ser ressaltado na compreensão de Löwy envolve o conjunto de ideias e postulados que recaem na órbita do pensamento positivista. A polissemia que caracteriza a expressão torna temerário seu emprego no enfeixamento comum de autores pertencentes a tradições muito distintas do pensamento. O caso mais ressaltado dessa suposta temeridade diz respeito precisamente à obra de Max Weber, autor que se encontra notoriamente apartado das teses centrais da filosofia positiva comtiana. É verdade que Löwy declara o modo específico pelo qual associa Weber aos positivistas clássicos, a saber: "A influência dessas ideias — particularmente o postulado de uma ciência axiologicamente neutra — ultrapassa o quadro do positivismo em sentido estrito e se manifesta, pelo menos em parte, em autores consideravelmente afastados do positivismo clássico (como Max Weber) e até mesmo no seio do marxismo. Quando um ou outro desses três axiomas está integrado em uma investigação metodológica distinta do positivismo, pode-se falar de uma *dimensão* positivista." (LÖWY, 2000, p. 18, grifo do original) e "Max Weber não deveria ser considerado como um autêntico sociólogo positivista; suas concepções metodológicas são bastante distantes do positivismo e, em certos aspectos, diretamente contraditórias em relação a ele. Mas sobre um ponto capital – que é precisamente o que nos interessa neste livro – há uma

crítico contra a economia política. É nesse sentido que criticará o recurso à determinação de leis gerais, característica da ciência natural, nas ciências da cultura, dentre elas a economia política[3]:

> E quanto a saber se tem sentido formular como "lei" uma regularidade de conexões causais observada na experiência cotidiana, isso não é mais do que uma questão de conveniência em cada caso concreto. Para as ciências exatas da natureza, as leis são tanto mais importantes e valiosas quanto mais geral é sua validade. Para o conhecimento das condições concretas dos fenômenos históricos, as leis mais gerais são freqüentemente as menos valiosas, por serem as mais vazias de conteúdo. Isto porque, quanto mais vasto é o campo abrangido pela validade de um conceito genérico – isto é, quanto maior a sua extensão – tanto mais nos afasta da riqueza da realidade, posto que, para poder abranger o que existe de comum no maior número possível de fenômenos, forçosamente deve ser o mais abstrato e pobre de conteúdo. No campo das ciências da cultura, o conhecimento geral nunca tem valor por si próprio. (WEBER, 1993, p. 130)

Metodologicamente, portanto, Weber encontra-se notoriamente apartado das correntes positivistas clássicas da sociologia. Sua crítica sem dúvida o opõe a Comte, mas o separa em especial de Émile Durkheim e de sua visão organicista da sociedade. Se para Weber as ciências exatas não são capazes de oferecer subsídios epistemológicos para a constituição

---

convergência entre sua teoria da ciência e a teoria dos positivistas: o postulado da neutralidade axiológica das ciências sociais." (Idem, Ibidem, p. 33-34) As ressalvas de Löwy, porém, permitem sugerir: o postulado da neutralidade pertence exclusivamente à escola positivista? Isto é, não seria preferível voltar-se diretamente ao princípio da neutralidade axiológica, e não propriamente ao pensamento reunido sob o rótulo de "positivismo"? A menção a Weber, um não-positivista em inúmeros aspectos, parece indicar que tais questões não são meros exercícios retóricos, mas dificuldades legítimas de definição do pensamento filosófico positivista.

[3] Instrutivo notar que Kelsen parece incorrer na mesma imprecisão de natureza metodológica denunciada por Weber não em sua própria ciência do direito, mas ao qualificar as ciências sociais não-jurídicas (Sociologia, Psicologia, Etnografia) como ciências sociais causais. Ao distinguir estas da ciência da Ética e da ciência do Direito, afirmando que as primeiras se orientam por princípios de organização causais (leis naturais causais) e as últimas pelo princípio da imputação (normas postas por atos humanos), Kelsen sustenta: "Quando uma ciência é designada como ciência social por se dirigir à conduta recíproca dos homens, uma tal ciência social, na medida em que procura explicar causalmente a conduta humana, não se distingue essencialmente, como já foi salientado, das ciências naturais como a Física, a Biologia ou a Psicologia. Até que ponto é possível uma tal explicação causal da conduta humana, essa é uma outra questão. A distinção que, sob este aspecto, existe entre as mencionadas ciências sociais e as ciências naturais é, em todo caso, uma distinção apenas de grau, e não de princípio. Uma distinção essencial existe apenas entre as ciências naturais e aquelas ciências sociais que interpretam a conduta recíproca dos homens, não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação; ciências que não descrevem como se processa a conduta humana determinada por leis causais, no domínio da realidade natural, mas como ela, determinada por normas positivas, isto é, por normas postas através de atos humanos, se deve processar." (KELSEN, 2003, p. 95-96). Kelsen não assimilara aqui a crítica weberiana ao sincretismo metodológico entre as ciências sociais e naturais e limitara-se a distinguir, nesse particular, ciências normativas e ciências sociais, reunindo estas últimas às ciências naturais sob a esfera do princípio da causalidade.

dos métodos da ciência social, tampouco a biologia, matriz do organicismo durkheimiano o será.

3 NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA: RASTROS POSITIVISTAS EM KELSEN E WEBER

O estilo de Kelsen, aliado a uma recusa da filosofia continental clássica em declinar fontes, torna dificultosa a tarefa de identificar em suas obras os momentos de influência de seus autores preferidos. No tocante a Weber, Kelsen é de um laconismo quase completo. Uma de suas poucas análises da sociologia compreensiva weberiana está localizada no capítulo XII de sua *Teoria Geral do Direito e do Estado*, em especial no tópico "A definição de Max Weber de sociologia do Direito" (KELSEN, 2000, p. 253-258). Trata-se, no entanto, de abordagem altamente crítica direcionada à sociologia do direito de formulação weberiana. De um lado, Kelsen critica o objeto delineado por Weber para a sociologia do direto, a saber, a conduta humana orientada pela ordem jurídica (seja no sentido do seu cumprimento ou da sua violação), sustentando que também interessaria à sociologia jurídica a ação violadora da norma que fosse levada a efeito sem conhecimento do ordenamento. De outro, levanta a objeção segundo a qual a sociologia do direito dependeria, para o livre curso de suas pesquisas, da definição de norma jurídica e ordenamento válido, investigação que tocaria por excelência à ciência jurídica, de sorte que não se poderia falar em autonomia metodológica da sociologia jurídica. A crítica kelseniana propriamente dita, no entanto, não será objeto de nosso trabalho.

Em que pese o mencionado silêncio de Kelsen na explicitação de suas fontes bibliográficas e referências conceituais, parece claro que o princípio da neutralidade axiológica, conforme por ele absorvido[4], não seria capaz de ter atingido o grau de refinamento

[4] Cumpre ressaltar que o princípio da neutralidade axiológica distingue-se fundamentalmente do postulado da pureza epistêmica kelseniana. A função desempenhada pelo processo de purificação da ciência do direito em Kelsen corresponde ao expurgo do interior da ciência jurídica de elementos metodologicamente vinculados a outras disciplinas das ciências humanas e sociais, a exemplo da Psicologia e da Sociologia. Também equivale à identificação, entre as infiltrações ideológicas e políticas que permeiam as normas de direito, do objeto propriamente jurídico da ciência do direito, isto é, a norma válida. A neutralidade com respeito à adoção de valores prévios na análise científica situa-se em um momento anterior ao procedimento de purificação. Vincula-se, precipuamente, à *atitude* do

que se verifica em sua obra sem que o caminho para a construção de sua peculiar metodologia não houvesse sido pavimentado previamente por Weber, e pelo sentido da neutralidade valorativa que ali se verifica.

> Neste passo, considerando que valorar é projetar-se subjetivamente e que projetar-se subjetivamente é agregar algo que, objetivamente, não está, Kelsen entende ser indispensável ao êxito de toda e qualquer pesquisa científica a observância da neutralidade axiológica. Cumpre adicionar que ao afirmar esta condição ele não imagina estar inaugurando uma nova etapa na teoria do conhecimento, certamente. Seu objetivo é apenas estender ao saber que do direito se ocupa a mesma exigência que saberes outros haviam previamente vivenciado, com o que atribui maior amplitude à esfera de influência desta perspectiva. Com efeito, há notórios precedentes, mesmo entre as chamadas ciências sociais, supostamente insuscetíveis, para muitos, de apresentar a abstenção valorativa reclamada. Max Weber, por exemplo, cuja posição teórica Hans Kelsen admirava, foi um entusiasta da neutralidade. (PORCIÚNCULA, 2010, p. 67-68)

A proposta metodológica weberiana parte de pontos razoavelmente assentados, o principal deles referente ao próprio *status* científico da sociologia que, então, já se encontrava de todo constituído. As controvérsias centravam-se não no caráter de ciência associado à sociologia, mas em sua autonomia epistemológica, seja diante das ciências naturais (tema que ecoava distantemente a física social de Comte, mas que já não constituía um problema epistemológico sério desde Durkheim e desde a caracterização do objeto da ciência social como o *fato social*[5]), seja diante da ciência jurídica, na crítica kelseniana já referida.

O esforço kelseniano de instauração da ciência jurídica, por outro lado, deveria enfrentar dificuldades que se apresentavam em duas frentes. Em primeiro lugar, a ciência do direito precisava se constituir e se delimitar claramente face às demais ciências sociais, com destaque para a Sociologia e a Psicologia. Daí decorria a imperatividade da concretização de um projeto científico de enorme envergadura a envolver a criação de métodos precisos e autônomos de investigação e o delineamento de um objeto específico incapaz de ser confundido com qualquer objeto da ciência social. É esse, precisamente, o momento em que Kelsen concebe o postulado da pureza epistêmica, que não é nada mais que o esforço metodológico de autonomização da ciência do direito, equivalente à constituição autônoma de seu objeto específico, a norma jurídica. Constituída a ciência do direito, Kelsen deve, em um segundo momento, ser capaz de reforçar as fronteiras da ciência jurídica contra a ameaça

---

cientista e, nesse sentido, tem bases claramente weberianas.

[5] Ver DURKHEIM, 2003.

totalizante da política. De igual modo, se a esfera da política tende a diluir os limites desta ciência ao pretender reunir conceitualmente Direito e Justiça em uma esfera político-jurídica total, não só de fora decorrem os perigos que se apresentam à ciência do direito, mas da emergência de uma dimensão axiológica constitutiva ela mesma do direito (as infiltrações político-ideológicas que Kelsen não nega estarem presentes no direito como ele é) e da volição do jurista-cientista.

> É precisamente por seu caráter antiideológico que a teoria pura do Direito prova ser uma verdadeira ciência do Direito. A ciência como cognição tem sempre a tendência imanente de revelar o seu objeto. Mas a ideologia política encobre a realidade, seja transfigurando-a a fim de conservá-la ou defendê-la, seja desfigurando-a a fim de atacá-la, destruí-la ou substituí-la por outra realidade. Toda ideologia política tem a sua raiz na volição, não na cognição, no elemento emocional da nossa consciência, não no racional; ela se origina de certos interesses, ou, antes, de outros interesses que não o da verdade. Este comentário, é claro, não implica qualquer asserção no tocante ao valor dos outros interesses. Não há nenhuma possibilidade de decidir racionalmente entre valores opostos. É precisamente desta situação que emerge um trágico conflito: o conflito entre o princípio fundamental da ciência, a Verdade, e o ideal supremo da política, a Justiça. (KELSEN, 2000, p. XXXII)

E acerca do trabalho do cientista social e do jurista, Kelsen não se pode desviar de admitir a mesma conclusão:

> Se estas ciências [Ética e Jurisprudência] são designadas como ciências normativas, isto não significa que elas estabeleçam normas para a conduta humana e, consequentemente, prescrevem uma conduta humana, confiram competência para ela ou positivamente a permitam, mas que elas descrevem certas normas, postas por atos humanos, e as relações entre os homens através delas criadas. O teórico da sociedade, como teórico da Moral ou do Direito, não é uma autoridade social. A sua tarefa não é regulamentar a sociedade humana, mas conhecer, compreender a sociedade humana. (KELSEN, 2003, p. 96, nota explicativa nossa)

Não é, então, o caráter normativo do objeto da ciência do direito que tornará igualmente normativa a linguagem com que se enunciam as conclusões da Jurisprudência. Ciência e prescrição, para Kelsen, são absolutamente antitéticas. O discurso científico é formado por enunciados descritivos que buscam conhecer seu objeto, apontar-lhe as características, distingui-lo de objetos assemelhados, mas jamais de fórmulas prescritivas que digam como deveria ser o objeto genuíno de uma dada ciência, como deveria se comportar uma amostra ou como deveriam ocorrer os fenômenos observados. Especificamente com respeito à ciência do direito, deveria se abster o jurista de sustentar qual é o direito justo,

como se deveriam interpretar os enunciados normativos, ou como deveriam decidir os juízes. A ele cabe tão-somente descrever o direito real e afastar-se o quanto possível de postular um direito ideal. A neutralidade axiológica, em Kelsen, é condição *sine qua non* da cientificidade do conhecimento jurídico.

De Weber, por sua vez, não é requerido que erija do solo a ciência social. Primeiro Comte e depois Durkheim já haviam tomado parte nessa tarefa. De qualquer forma, o princípio da neutralidade valorativa, requisito básico, então, da qualificação do conhecimento social como científico, estivera fundado sobre a base metodológica das ciências naturais, que requeriam do cientista a abstenção da emissão de juízos de valor acerca dos resultados de suas pesquisas. Conquanto a sociologia permaneça sendo uma ciência empírica (diferentemente do *status* que o próprio Kelsen atribui à ciência do direito, ao qualificá-la como ciência segundo o princípio da imputação[6]) o reforço do postulado da neutralidade depende da requalificação dos problemas metodológicos da ciência social, e da explicitação de que o conhecimento que se produz nas ciências naturais, em parte devido a seus métodos, em parte devido à natureza de seus objetos, enfrentava problemas de objetividade completamente distintos da exigência de objetividade no âmbito dos fenômenos sociais.

Isso significará, em Weber, a disjunção de dois momentos da investigação sociológica: em primeiro lugar, o momento da escolha dos problemas e objetos, no qual participam ativamente as convicções e os juízos de valor do cientista.

> Não existe nenhuma análise científica totalmente "objetivada" da vida cultural, ou — o que pode significar algo mais limitado, mas seguramente não essencialmente diverso, para os nossos propósitos — dos "fenômenos sociais", que seja independente de determinadas perspectivas especiais e parciais, graças às quais estas manifestações possam ser, explícita ou implicitamente, consciente ou inconscientemente, selecionadas, analisadas e organizadas na exposição, enquanto objeto de pesquisa. Isso se deve ao caráter particular da meta do conhecimento de qualquer trabalho das ciências sociais que se proponha ir além de um estudo meramente formal das normas — legais ou convencionais — da convivência social. (WEBER, 1993, p. 124)

Em segundo lugar, o momento da extração e análise dos resultados, onde permanece sendo crucial que o sociólogo abstenha-se de emitir juízos valorativos. Distinguindo dois passos da metodologia weberiana, o da estipulação do objeto de pesquisa e o da determinação

[6] Ver KELSEN, 2006, p. 86-102.

dos resultados do processo científico, resta claro como em um aspecto Weber é antipositivista e em outro adere às teses do positivismo metodológico. A escolha do objeto e dos interesses pelo cientista social depende de sua relação com valores que são a pré-condição do conhecimento de natureza científica. Por outro lado, no âmbito das conclusões da atividade de pesquisa, o cientista deve permanecer neutro, a fim de evitar a corrupção do conhecimento através da infiltração de elementos axiológicos em seus resultados.

> Uma ciência empírica não pode ensinar a ninguém o que deve fazer; só lhe é dado – em certas circunstâncias – o que quer fazer. É verdade que, no setor das nossas atividades científicas, continuadamente são introduzidos elementos da cosmovisão pessoal, bem como na argumentação científica. Eles sempre causam problemas, fazendo com que nós atribuamos pesos diferentes na elaboração de simples relações causais entre fatos, na medida em que o resultado aumenta ou diminui a possibilidade da realização de nossas idéias pessoais. [...] Seja como for, somente a partir do pressuposto da fé em valores tem sentido a intenção de defender certos valores publicamente. Porém emitir um juízo sobre a validade de tais valores é assunto da fé, e talvez também seja tarefa de uma consideração e interpretação especulativa da vida e do mundo, no tocante ao seu sentido, mas, certamente, não é tarefa de uma ciência empírica, no sentido como nós a entendemos. (Idem, Ibidem, p. 111)

No célebre discurso de Weber sobre "A Ciência como Vocação", o autor oferece outra defesa, agora informal, do ideal de objetividade na atividade científica. O âmbito por excelência da ciência como vocação em Weber é a cátedra universitária e, como tal, o exercício do magistério deveria ser conduzido pelos mesmos princípios que orientam a investigação sociológica propriamente dita:

> Ao profeta e ao demagogo, dizemos: "Ide para as ruas e falai abertamente ao mundo", ou seja, falai onde a crítica é possível. Na sala de aula ficamos frente à nossa audiência, que tem de permanecer calada. Considero irresponsabilidade explorar a circunstância de que, em benefício de sua carreira, os alunos têm de frequentar o curso de um professor onde não há ninguém presente para fazer-lhe críticas. A tarefa do professor é servir aos alunos com o seu conhecimento e experiência e não impor-lhes suas opiniões políticas pessoais. É, sem dúvida, possível que o professor individual não consiga eliminar totalmente suas simpatias pessoais. Fica, então, sujeito à crítica mais violenta no fôro de sua própria consciência. E tal deficiência nada prova; outros erros são também possíveis, por exemplo, exposições errôneas de fatos, e, não obstante, nada provam contra o dever de se buscar a verdade. Também rejeito essa hipótese no interesse mesmo da ciência. Estou pronto a provar, com as obras de nossos historiadores, que sempre que o homem de ciência introduz seu julgamento pessoal de valor, *cessa* a plena compreensão dos fatos. (WEBER, 2008, p. 101, grifo do original)

A assunção metodológica feita tanto por Kelsen quanto por Weber nas passagens em destaque pressupõem um mesmo compromisso voltado aos respectivos âmbitos científicos da Sociologia e da Jurisprudência. O de que a tarefa do cientista permaneça limitada à *descrição* de seu objeto e jamais à *prescrição* de como deve ser o direito, de como se deve organizar a sociedade, ou à defesa no interior do discurso científico de valores subsumidos às idiossincrasias políticas e ideológicas do sociólogo e do jurista. O que temos aqui, de todo modo, é novamente a manifestação da distinção que remonta a David Hume, e que encontrou desenvolvimento posterior e completo na doutrina filosófica de Immanuel Kant, entre o âmbito fático do *ser* e o âmbito valorativo do *dever-ser*, que se encontra na base tanto da metodologia das ciências sociais weberiana, quanto na epistemologia jurídica de Kelsen. Aqui, ademais, se localiza o ponto de maior convergência, provavelmente, entre Kelsen e Weber. Para ambos os autores as dimensões descritiva (ser) e normativa (dever-ser) do pensamento não só rememoram a constante vigilância que deve guiar o trabalho do cientista social e do direito na abstenção da emissão de juízos de valor acerca de seus respectivos objetos, como evidenciam os momentos próprios da investigação da sociologia do direito e da ciência jurídica. Esta é ciência descritiva da norma jurídica enquanto dever-ser de condutas, aquela é ciência de fatos empíricos (ser) conformados de algum modo pelos ordenamentos de direito.[7]

Norberto Bobbio, em artigo a respeito das relações entre a sociologia do direito e a ciência jurídica nas obras de Kelsen e Weber e num exemplar esforço de "escavação e restauração" da obra do jurista austríaco, faz menção ao prefácio que se encontra exclusivamente na primeira edição dos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, onde Weber é citado concernentemente à distinção entre sociologia como ciência substantiva do ser social e ciência jurídica como ciência formal de normas jurídicas.

> Después de haber dicho que la obra que está por publicar tiene un carácter prevalentemente metodológico, ya que entende liberar la construcción de los conceptos jurídicos de elementos sociológicos y psicológicos, precisa que sus investigaciones están bajo el signo de dos grandes antítesis: aquella entre *sein* y *sollen,* y aquella entre forma y contenido. A propósito de la segunda, cita el ensayo weberiano sobre la objetividad de las ciencias sociales (1904) y escribe: "si puedo (...) precisar mi punto de vista con las palabras de Max

[7] Essa convergência é descrita por Bobbio do seguinte modo: "Pero, aun en la diversidad del objeto de análisis por parte del Weber sociólogo y el Kelsen jurista, y aun en la diferencia de terminologia, ambos concuerdan en um punto muy importante, esto es, sobre la distinción de los dos puntos de vista, del sociólogo y del jurista, y respectivamente de las dos esferas, la esfera del ser y la del deber, sobre las cuales se colocan las dos ciencias: distinción que es negada o no reconocida por los mayores exponentes de la jurisprudencia sociológica." (BOBBIO, 1989, p. 68)

> Weber, la característica del fin cognoscitivo de mi trabajo consiste en que éste no quiere ir mas allá de un tratamiento puramente formal de las normas jurídicas porque, según mi parecer, en esta limitación está escondida la esencia del tratamiento formal-normativo de la jurisprudencia." (BOBBIO, 1989, p. 58)

Bobbio, então, dispõe Weber e Kelsen em um frutífero diálogo no qual o sociólogo alemão sustenta (não explicitamente, por certo) a posição formalista kelseniana e circunscreve o âmbito analítico da ciência do direto ao *seinsollen* (dever-ser), não em seus textos precipuamente metodológicos, mas nos tópicos de epistemologia localizados em seu Economia e Sociedade:

> "Cuando se habla de derecho, 'orden jurídico', 'preceptos jurídicos', debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica." La diferencia es reconducida por Weber a la distinción entre validez empírica de una norma o de un ordenamiento: una distinción entre el plano del deber ser, sobre el cual se coloca la ciencia del derecho, y el plano del ser sobre el cual se coloca la sociología jurídica. (Idem, Ibidem, p. 65)

Já vimos que para Weber a ciência social "deve ir além de um estudo meramente formal das normas" (cf. *supra*, WEBER, 1993, p. 124), sob o risco de tornar-se indistinta da Jurisprudência, ainda que Kelsen faça depender o conhecimento da sociologia jurídica da definição formal de norma, que é providenciada unicamente pela ciência do direito (cf. *supra*). Vimos, ademais, que esse é um dos pontos de divergência substanciais entre Kelsen e Weber (i.e., a autonomia científica da Sociologia Jurídica), ainda que tenhamos nos abstido de explorar o argumento kelseniano. Ora, a afirmação weberiana da necessidade do conhecimento sociológico de projetar-se além do formalismo típico da Jurisprudência, bem como o reconhecimento kelseniano de tratar-se a ciência do direito de uma ciência formal parecem compor a posição metodológica de ambos os autores também nesse aspecto. Se Weber rejeita o formalismo, uma vez que tal postura tenderia a reduzir a ciência social à Jurisprudência ou à Ética, Kelsen procura limitar a investigação típica da ciência do direito à descrição formal da norma jurídica e do ordenamento, já que posturas substancialistas reconduziriam a ciência jurídica à sociologia, e fariam ruir sua autonomia epistêmica.

> Se podría pensar que Kelsen, sostenedor de una teoría formal del derecho, y considerado para bien y para mal un formalista, está más cercano a Stammler que a Weber respecto a la consideración del derecho como forma. Em realidade no es así. La gran dicotomía kelseniana, que sirve para distinguir las dos esferas de conocimiento, no es forma-contenido sino *sein-sollen*. Una

> cosa es decir que el derecho es una forma de la sociedade y otra es afirmar, como lo hace Kelsen, que la tarea de la teoria pura del derecho, esto es, una teoria que pretende ser científica, es estudiar el derecho en su estructura formal. Como por lo demás, se ha dicho desde el inicio, en el pasaje citado poco antes, Kelsen no se propone en su primer gran obra de conjunto presentar el derecho como forma, o directamente como *la* forma, de la sociedade, sino "no ir más allá de un tratamiento puramente formal de las normas jurídicas." Una frase de esta naturaleza deja entender, más allá de cualquier otra cosa, que se puede dar um tratamiento no formal al derecho, lo cual es justamente la sociología jurídica" (Idem, Ibidem, p. 62-63)

O formalismo da ciência do direito e a sociologia compreensiva weberiana, antes de serem antagonistas, são mutuamente complementares, desde que cada ciência respeite a peculiaridade de seus métodos e âmbitos investigativos. Cremos, seguindo Bobbio, que tal conclusão se pode derivar tanto de Kelsen, quanto de Weber, e negá-la equivale a negar a autonomia científica de uma e de outra.

CONCLUSÃO

A aproximação entre Kelsen e Weber pode constituir, em primeira análise, uma tentativa não só inusitada, como algo temerária. Isso porque tratam-se de autores que tanto desenvolveram seus trabalhos em campos muito diversos das ciências humanas, como francamente divergiram em aspectos fundamentais de Teoria do Estado e da epistemologia da Sociologia Jurídica. Tais ressalvas devem ser ainda acentuadas se considerarmos as escassas referências weberianas em Kelsen, sabendo, ademais, que as abordagens críticas não são mútuas, mas fluem exclusivamente (e raramente) em um só sentido, isto é, de Kelsen a Weber.

Nada obstante, a tentativa de aproximação que ora empreendemos, ao tomar como ponto focal uma epistemologia geral das ciências sociais, é capaz de trazer à tona espaços de franca confluência entre a ciência do direito pretensamente purificada e a sociologia compreensiva, sob o signo da defesa radical presente em ambos os autores da neutralidade axiológica no fazer científico e da (implícita) complementaridade entre o formalismo da *Teoria Pura do Direito* e a rejeição ao formalismo levado a termo pela sociologia compreensiva. Se a isso pudéssemos acrescentar o (não-científico) argumento de autoridade, algo semelhante foi efetuado, em algum sentido, por pensadores da envergadura de Norberto Bobbio.

A história do pensamento filosófico proporciona algumas armadilhas terminológicas que podem induzir erros de avaliação. Um desses, cremos, foi corretamente identificado no trabalho. Trata-se de saber em que medida a coincidência do epíteto deve ou não conduzir ao estabelecimento de conexões conceituais entre o positivismo filosófico de matriz comtiana e o juspostivismo normativista de Kelsen. Se a sinonímia aparenta ser meramente acidental, procuramos demonstrar que há efetivamente um caminho que, partindo da física social de Comte e passando pela tradição da ciência social moderna, desemboca em Weber, cuja proposta de refinamento conceitual do princípio da neutralidade valorativa revelar-se-á de grande valia para a constituição de uma ciência do direito com pretensões sérias de objetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber. In: CORREAS, Óscar (Comp.). **El Otro Kelsen.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. p. 57-78.

_____. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues.

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. São Paulo: Abril, 1973. Tradução de José Arthur Giannotti. Coleção “Os Pensadores”.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de Paulo Neves.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução de Luís Carlos Borges.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de João Baptista Machado.

LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen**: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. São Paulo: Cortez, 2000.

PORCIÚNCULA, Marcelo do Nascimento Silva. **A democracia no pensamento de Hans Kelsen**: pressupostos e condições de sua realização. 2010. 218 f. Tese (Doutorado) — Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

WEBER, Max. **Ensaios de Sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 2008. Tradução de Waltensir Dutra.

_____. **Metodologia das Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 1993. Tradução de Augustin Wernet.

WEISS, Raquel. Max Weber e o problema dos valores: as justificativas para a neutralidade axiológica. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba , v. 22, n. 49, Mar. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782014000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em : 15 Mar. 2015. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782014000100007.