

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

ANA LUISA CELINO COUTINHO

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ana Luisa Celino Coutinho, Leonel Severo Rocha, Marcia Cristina de Souza Alvim – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-189-0

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

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

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

De acordo com a exposição dos artigos no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito I trazemos as seguintes considerações:

No trabalho intitulado “A Influência da Ética Tomista na Construção da Justiça Social” as autoras abordam o realismo no pensamento do Ser. O Homem limitado e finito. Lei e Direito não se confundem. A Lei antecede ao Direito. Tratam da virtude e da Prudência. O Homem bom é o homem Justo. Tratam da questão da Fé e Razão.

No texto “A Jurisprudência Analítica Desconstruída: Uma Análise da Obra do Conceito de Direito de Herbert Hart” os autores apresentam o conceito de Justiça para aprimorar a solução de conflitos. Os Soberanos criam as leis, mas para os súditos e não para os Soberanos. Lei e Moral são diferentes, mas há influência da Moral nas Leis. A Lei é seguida pelos súditos, mas tem o direito natural preservado. Diferencia os costumes da moralidade e da justiça. Para Hart a Justiça deve tratar todos da mesma maneira.

No trabalho “A Problemática Conceitual do Direito, da Ética e da Questão da Justiça e sua Relação com a Busca pela Felicidade” as autoras tratam da Justiça como a busca pela Felicidade, relacionadas à Ética e à Justiça. Felicidade é um estado de consciência plena. Para Aristóteles, Felicidade é o bem supremo; para Epicuro é um estado de impertubabilidade; para Sêneca é um caminho diferenciado. Há a análise do conceito de Felicidade em diferentes autores/filósofos. Em relação ao conceito de Direito há análise de acordo com o momento histórico e a inserção social. Há análise da Ética condizente com a moral de determinado período histórico.

No texto intitulado “A Relação entre Direito e Moral em Robert Alexy”, o autor discorre sobre as relações entre Direito e Moral e traz a Teoria dos Princípios. Analisa o pensamento de Robert Alexy na relação do Direito e da Moral, que pode ser entendido como uma tentativa de superação da antiga querela entre juspositivismo e jusnaturalismo. O autor desenvolve, então, um sistema que permite apreciar as normas jurídicas de acordo com sua qualidade moral, privando de juridicidade aquelas consideradas demasiadamente injustas e corrigindo aquelas consideradas sanáveis.

No trabalho “A Teoria do Direito em Max Weber : Um olhar para Além da Sociologia” o autor insere o pensamento de Max Weber e sua contribuição para o Direito. Divide o trabalho em três partes. Analisa o Direito como Teoria. Traz o pensamento de Max Weber nas obras Teoria Pura do Direito e Teoria do Estado , de Kelsen. Traz o papel da neutralidade axiológica do Impossível. Coloca o Direito como instrumento da Racionalidade.

No texto “ A Teoria do Reconhecimento Enquanto Luta Social de Axel Honneth: Identidade Pessoal e Desrespeito Social” as autoras tratam dos conflitos em relação à identidade pessoal e o desrespeito social. Há um relação intersubjetiva. Tratam do afeto, sentimento do amor nas relações amorosas e em todas as relações primárias. Há análise do reconhecimento no amor, na esfera jurídica (minorias), na esfera social e na auto estima.

No trabalho “Ação Comunicativa e Integração Social Através do Direito”, a autora busca a racionalidade e a verdade. Analisa o fracasso da autonomia humana. Analisa a polarização entre o real e o ideal o ser o dever ser. Há momentos de conciliação, que é a razão compreensiva como ação comunicativa. O artigo faz um giro linguístico. Todo processo de conhecimento é um fato social/racional. O Objetivo é a reconstrução filosófica do agir comunicativo para dizer o Direito.

No texto “De Platão a Nietzsche: Um Panorama dos Princípios Filosóficos Epocais ao Longo da História”, os autores buscam analisar os mais importantes princípios epocais da filosofia, conforme definição de Heidegger, desde Platão e seu eidos até Nietzsche e a vontade de poder. Estes serão analisados cronológica e criticamente, tendo em vista a rejeição de Heidegger a todos eles, uma vez que os forjadores destes princípios desejam reter para si a pretensão de verdade única, de modo absoluto e como último fundamento.

No trabalho intitulado “Democracia, Direitos Humanos, Justiça e Imperativos Globais no Pensamento de Habermas, os autores buscam a explicitação racional de seus nexos internos. Expõe como Habermas, a partir da reconstrução da esfera pública e agir comunicativo aborda a justiça e o direito. A dialética entre facticidade e validade, entrelaça filosofia e sociologia para desenvolver sua abordagem normativa do direito e do Estado, conectando direito e democracia através do paradigma discursivo do direito.

O texto “Dignidade Humana: Uma Perspectiva Histórico-Filosófica de Reconhecimento e Igualdade” aborda o termo dignidade é articulado em relação ao tema da igualdade. O artigo traz noção histórico-filosófica sobre a origem do termo. Em seguida, aborda a reflexão

hegeliana da dignidade enquanto reconhecimento do outro como pessoa dotada de valor. Por fim, enfatiza a relação dignidade e igualdade, considerando o homem como ser dotado de igual dignidade.

O artigo “Direito e Linguagem na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen: Condições de Conhecimento e o Papel da Linguagem na Teoria Pura do Direito” trata de uma investigação sobre o entendimento pressuposto de linguagem apresentado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito. A perspectiva de análise do trabalho é filosófica e sua metodologia se divide em dois momentos de atuação: o primeiro em torno do aprofundamento histórico das bases teóricas do autor, com especial destaque para o movimento neokantista; o segundo na leitura analítica do capítulo sobre interpretação da obra em destaque, nas duas edições principais da mesma, em formato comparativo, para observar na prática a forma como o autor lida com a linguagem na aplicação de sua teoria.

O texto “Direito, Desconstrução e Utopia: Um diálogo entre Derrida e Bloch” aborda as ideias filosóficas de Jacques Derrida e Ernst Bloch a respeito da relação entre o Direito e a justiça. Enquanto o primeiro é conhecido como o pensador da desconstrução, o segundo é tido como filósofo da esperança. O texto analisa as divergências entre os dois autores, sem perder de vista um horizonte de diálogo a partir de pontos em comum entre Derrida e Bloch.

O artigo “Direito, Desigualdade, Epistemologia e Gênero: Uma análise do Feminismo Jurídico de Catharine A. Mackinnon” analisa o Estado democrático de direito contemporâneo e por um lado, ele herda a inviolabilidade da propriedade privada e a garantia da liberdade individual, que impedem a injustiça do abuso de poder de governos despóticos e absolutistas sobre os indivíduos. Por outro, herda direitos econômicos e sociais que serviriam para remediar a injustiça da concentração de riquezas gerada pela acumulação de bens privados. Nenhuma delas, no entanto, foi capaz de abolir a injustiça praticada contra as mulheres.

O texto “Direitos e Conceitos Políticos, a partir de Ronald Dworkin” tem como objeto de estudo direitos e conceitos políticos, à luz do filósofo Ronald Dworkin, principalmente, por meio de sua obra Justiça para Ouriços. Analisou os direitos políticos e num segundo momento, estudou os conceitos políticos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de análise propedêutica do tema, à luz do filósofo Ronald Dworkin.

O artigo “Ética e Uso Ilegítimo da Violência Física: O Caso da Instituição Prisional” reflete sobre a questão do “uso ilegítimo” da violência física entre presos. Essa prática faz parte da “ética” dos prisioneiros e constitui uma forma de privatização do monopólio do uso legítimo da violência física, própria do Estado. Reflete-se sobre dois conceitos de legitimidade: como

legalidade e como aceitação e aprovação de uma prática legal ou ilegal por determinada comunidade. O “uso ilegítimo” da violência física, pretensamente “legítima” e monopolizada pelo PCC, possui paradoxos, contradições e aporias.

O texto “H.L.A Hart e o Conceito de Direito” tem como objetivo destacar os pontos centrais da obra “O Conceito de Direito” de H.L.A.Hart, constantes nos capítulos V, VI e VII. Por fim, serão expostas críticas ao positivismo inclusivo de Hart.

No trabalho “Kant entre Jusnaturalismo e Juspositivismo: A Fundamentação e a Estrutura do Direito” trata da filosofia do direito de Kant, discutindo seu enquadramento no jusnaturalismo ou no juspositivismo. Analisa o contraste entre a fundamentação do direito em Kant, fortemente marcada pela ideia de liberdade como legitimadora do Estado e da ordem jurídica, e sua estrutura, caracterizada pelo formalismo, pelo rigor lógico, pela importância exagerada da coação e pela manutenção da validade da ordenamento mesmo diante de um rompimento com a ideia de justiça que o sustenta.

O artigo “O Cenário Laboral Brasileiro na Contemporaneidade: Uma Análise à Luz da Teoria Social Crítica Marxista” analisa o âmbito laboral brasileiro. Analisa a contradição valorativa entre a organização social capitalista, pautada na priorização da obtenção de lucratividade, e a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como base a Teoria Social Crítica Marxista.

No trabalho intitulado “ O esclarecimento e a desconstrução da pessoa humana: desafios do direito atual” o autor aborda a alienação tecnológica como meio de violação da dignidade da pessoa humana e propõe o retorno à metafísica clássica como alternativa à consolidação da dignidade da pessoa humana.

O texto “O ódio aos direitos humanos” denuncia a natureza polivalente do discurso dos direitos humanos que serve tanto à direita, quanto à esquerda. Nas mãos da direita é discurso amplo e vazio; nas da esquerda é estridente e repetitivo. A autora consegue atingir o objetivo do texto ao explicar a razão do ódio aos direitos humanos, que baseia-se no fato de tal discurso estar vinculado a lutas e resistências, à ações políticas dos excluídos e, por isso, capaz de produzir dissenso e ameaça àqueles que ocupam as estruturas de poder.

No texto “ O passo curto do ornitorrinco: uma análise do sistema jurídico brasileiro em face dos legados do(s) kantismo(s)” os autores usam a metáfora do ornitorrinco para fazer alusão ao ordenamento jurídico brasileiro que tem tradição romana e controle difuso de constitucionalidade e caminha para absorver a tradição anglo-saxônica. Os autores tratam

ainda das diferentes recepções da filosofia kantiana e associam essas características às concepções epistemológicas de cada sistema jurídico.

O trabalho intitulado “O pensamento de Gustav Radbruch: pressupostos jusfilosóficos e as repercussões da Alemanha do Pós-guerra”, aborda o culturalismo neokantiano de Gustav Radbruch sem negligenciar as suas premissas na filosofia, como também no contexto histórico que influenciou a sua formação jurídica e política. O trabalho ainda aborda o conceito de direito de Radbruch que ressalta dois traços fundamentais: o dualismo metodológico e o relativismo.

O texto “O projeto filosófico da modernidade e a crise dos atores estatais na era globalizada” aborda o fenômeno da globalização, conceitua os atores estatais enquanto protagonistas do cenário internacional e por fim estuda a crise dos atores estatais na globalização.

O texto “O resgate da validade como elemento estruturante das ações estatais: o pós-positivismo e o direito discursivo em Habermas” baseia-se em um contexto bastante atual: a contestação de ações políticas, administrativas e jurídicas através de manifestações populares em todo o país. A pesquisa parte das seguintes hipóteses: a lei isoladamente não é suficiente para estruturar o ordenamento jurídico; o pós-positivismo precisa da legitimidade democrática para validar as ações estatais. Ao final do trabalho os autores conseguem corroborar as suas hipóteses.

“Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista” é um texto que investiga a possibilidade de se pensar, científica e filosoficamente, as bases teóricas para um conceito de jurisdição a partir da hipótese comunista. O autor parte das contribuições do método materialista histórico dialético.

No trabalho “Ronald Dworkin e seu conceito de dignidade em “Justiça para ouriços” o autor faz uma análise da referida obra, especialmente da parte em que Dworkin trata do diálogo entre direito e indivíduo e do capítulo da dignidade, objetivando guiar a interpretação das pessoas acerca dos conceitos morais.

Coordenadores

Prof^a Dr^a Ana Luisa Celino Coutinho, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professora da Universidade Federal da Paraíba.

Profª Drª Marcia Cristina de Souza Alvim, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP; Professora do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO.

Profº Dr. Leonel Severo Rocha, Doutor em Direito pela Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, França; Coordenador Executivo do PPG-D da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

A TEORIA DO DIREITO EM MAX WEBER: UM OLHAR PARA ALÉM DA SOCIOLOGIA

THEORY OF LAW IN MAX WEBER: PERCEPTION BEYOND SOCIOLOGY

Roberto Wöhlke ¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar as contribuições de Max Weber ao campo de estudo do direito. O método é bibliográfico. Inicialmente pretende-se fazer uma breve atualização do pensamento do autor, para depois apresentar suas contribuições para o campo do direito e demonstrar que, pelo prisma do racionalismo ocidental, Weber havia definido o Direito enquanto ciência, demonstrando seu método e seu objeto, inclusive travando um importante debate teórico com Hans Kelsen sobre os objetivos da ciência jurídica, expondo sua crítica e apresentando o estudo do direito para além do formalismo jurídico.

Palavras-chave: Teoria do direito, Racionalismo do direito, Ciência jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to present the contributions of Max Weber to the study of law. The method is bibliographical study. Initially it is intended to give you a brief update of the author's thought, and then present their contributions to the field of law and demonstrate that, through the prism of Western rationalism, Weber had defined the right as a science, demonstrating his method and its object, including locking an important theoretical debate with Hans Kelsen on the objectives of legal science , exposing his criticism and the study of law beyond legal formalism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of law, Rationalism of law, Science of law

¹ Bacharel em Direito e em Ciência Política pela Universidade do Vale do Itajaí (2006) Mestre em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

1 INTRODUÇÃO

Max Weber apresenta em sua biografia, uma longa relação com o direito, filho de jurista, e bacharel em direito, Weber em seus primeiros trabalhos desenvolve estudos sobre a relação da economia com as categorias do direito, a exemplo da tese de doutorado escrita em 1889 sobre as companhias comerciais na Idade Média ou a história agrária de Roma e sua significação para o direito público e privado. Julien Freund já alerta que mais do que qualquer outro estudo sociológico, Weber dá provas de que era jurista, pelo seu conhecimento enciclopédico, pois além do direito romano, germânico, francês e anglo-saxônico, o autor tinha domínio sobre o direito judaico, islâmico, hindu, chinês e até mesmo do direito consuetudinário polinésio, portanto estudar sua contribuição ao direito não é tarefa fácil para pessoas pouco familiarizadas com o pensamento jurídico (FREUND, 2010, p. 178).

Weber morreu no ano 1920 em Munique e deixou uma produção acadêmica extensa e densa, tornando-se uma referência intelectual ao longo dos anos por demonstrar preocupações profundas com a modernidade que se desenvolvia em larga escala no início o século XX, principalmente com o impacto provocado na Europa de sua época. Desta forma, Weber pode dialogar com os grandes pensadores europeus e participar do debate que consolidaria a Sociologia como nós hoje a conhecemos.

Para além destas referências, é importante situar os estudos de Weber ao longo de quase um século e verificar a atualidade de seu pensamento. Segundo Sell (2012a), pode-se afirmar a existência de duas perspectivas de estudos sobre a obra de Weber. A primeira representou o esforço dos intelectuais ligados à universidade de Heidelberg que levaram a cabo um longo projeto de reinterpretação de suas obras. A princípio, o esforço ocupou várias décadas numa tentativa exegetica de avaliar e reavaliar as leituras do pensamento de Weber feitas pelos norte-americanos e a sua reincorporação aos padrões acadêmicos de Heidelberg. A segunda caracterizou-se pela recepção realizada pelos norte-americanos dos textos de Weber, todas elas lideradas pelo principal intérprete Talcott Parsons, cuja perspectiva era normativa e evolucionista. Desta análise, ressaltam-se duas orientações metodológicas para a leitura de Weber, a primeira com uma visão sistemática-interpretativa e a segunda com uma visão histórica-comparativa voltada aos intérpretes alemães.

Com o debate aberto, a atualidade do pensamento de Weber ficou a cargo do principal expoente de Heidelberg, o professor Wolfgang Schluchter. Sua missão se caracterizou pela tentativa de síntese destas duas perspectivas. Os trabalhos que ele durante anos coordenou tinham a pretensão de pesquisar a gênese e as características do racionalismo ocidental

moderno, nas investigações teóricas e empíricas dos textos de Weber. Tal empreendimento ficou conhecido internacionalmente como “programa de pesquisa de orientação Weberiana” cujos primeiros resultados já demonstravam claramente a tentativa de atualização da sociologia de Weber, além de uma extensa agenda de pesquisa que envolvia 10 temas elementares: 1) racionalismo crítico; 2) tipos ideais; 3) compreensão explicativa; 4) racionalismo heurístico; 5) individualismo metodológico; 6) análise de múltiplos níveis; 7) orientação por resultados ou valores intrínsecos; 8) discussão sobre valores; 9) conflitos de classe, de ordens, de vida e de instituições e 10) personalidade¹ (SELL, 2012a; SCHLUCHTER, 2012).

A contribuição deste programa de pesquisa, cujo objetivo era sistematização e atualização, pretendia compreender o pensamento Weberiano em duas perspectivas: a primeira referente aos seus fundamentos teórico-metodológicos e a segunda referente à teoria da modernidade, de forma plural, aberta e não dogmática, evidenciando não só o grande pensador que era, como a imensa produção intelectual que deixou (SELL, 2013).

Diante desta agenda de pesquisa é importante situar que, embora o autor possa ser considerado um dos fundadores da sociologia ocidental, Weber também deve ser conhecido como o intelectual do racionalismo. É neste sentido que sua produção e interpretação dos fenômenos jurídicos devem ser avaliadas. Max Weber ao propor as bases de investigação de sua ciência, travou longos debates metodológicos entorno do que considerava ciência. E com muita clareza, propôs a natureza da investigação na área do direito.

O método adotado será o bibliográfico, entre as possíveis formas de se trabalhar com os escritos de Max Weber, a opção adotada neste artigo é a perspectiva sistemática, pois busca-se uma visão integrada e conjunta do seu pensamento, destacando principalmente a formação jurídica do autor.

No entanto para realizarmos esta breve reconstrução metodológica será necessário analisar em que contexto intelectual ele estava inserido e quais eram suas principais referências.

2 CONTEXTO INTELECUTAL DA ALEMANHA ENTRE 1850 A 1920

Segundo Ringer (2004) três acontecimentos marcaram o contexto intelectual da Alemanha entre 1850 a 1920, período de formação e desenvolvimento dos trabalhos de Weber.

O primeiro acontecimento está ligado à reação que os intelectuais alemães tiveram contra as ameaças do positivismo. A especialização e a forte inclinação às ciências naturais

¹ Embora não seja objetivo do artigo abrir cada linha de pesquisa e apresentar as discussões epistemológicas para maiores detalhes ver Sell (2012); SCHLUCHTER (2012)

começaram a dominar os espaços acadêmicos, tornando o ensino técnico e utilitário. O positivismo na Alemanha não ganhou adeptos e nem muito espaço, os próprios representantes do chamado Círculo de Viena, considerados neopositivistas, sofreram inúmeras críticas, especialmente pelas práticas de pesquisas irrefletidas que eram consideradas isentas de teoria (ideologia) e orientadas por um sólido programa que procurava dar explicações objetivas e negligenciava os métodos subjetivos ou interpretativos (RINGER, 2004, p. 30).

Em segundo lugar, como consequência, surge neste mesmo período o resgate das disciplinas humanísticas. Dois autores passaram a exercer direta influência nos trabalhos de Weber: Dilthey² e Simmel³. O objetivo destes autores era estabelecer métodos interpretativos sobre as disciplinas humanistas em contraposição às exatas. O próprio Dilthey (apud RINGER, p. 37) afirmava que “a ação humana só pode ser compreendida ‘de dentro’, em termos de intenções e crenças”. Simmel irá desenvolver a chamada Sociologia da Forma, destacando as relações entre movimentos internos da alma e as expressões exteriores. “Em todas as interações humanas, sustentou, pressupomos estados mentais nos outros, inferimos seus pensamentos e sentimentos a partir de atos e gestos, racionando dos efeitos ‘visíveis’ para as ‘causas’ íntimas” (RINGER, 2004, p.39). Através dessa análise, os historiadores obtêm sua compreensão das crenças e comportamentos passados pelos homens. São com os conteúdos teóricos do pensamento que podem ser reconstruídas, independentemente, as interações originais. Percebe-se que, neste debate, as categorias “forma” e “matéria” ganham seus contornos teóricos, o que mais tarde auxiliaram o próprio Weber a estabelecer as mesmas relações na Sociologia do Direito.

O terceiro acontecimento, movimento de maior expressão, foi a chamada tradição histórica alemã, que teve início com a revolução intelectual dos Estados Alemães, no início do século XIX. Os elementos desta radical mudança ocorreram antes do impacto da revolução Industrial, da Inglaterra e França. Tal acontecimento permitiu um abrupto desenvolvimento da educação, com a implementação de professores qualificados para o ensino secundário e,

² Segundo o Japiassú e Marcondes (2001) no Dicionário de Filosofia, “Wilhelm Dilthey (1833-1911) filósofo alemão engajou-se numa via de pensamento valorizando, a chamada teoria da visão do mundo. Em sua obra “O mundo do espírito”, o autor mostra que as ideias da filosofia baseadas nas ciências físicas e naturais não podem satisfazer um pensamento preocupado em entender o valor de nossa vida (...) o autor postula a criação de novos métodos e de conceitos psicológicos mais sutis, adaptados à vida histórica: além disso, procura evidenciar em todas as manifestações humanas, a totalidade da vida psíquica, a ação do homem todo com sua vontade, sensibilidade e imaginação”.

³ Segundo Boudon e Bourricaud (1993) no Dicionário de Sociologia “Georg Simmel (1858-1918) foi filósofo e sociólogo, foi redescoberto na França em 1970, por desenvolver a chamada sociologia da Forma”, que pretendia “graças à sua generalidade e à sua idealidade, tornar inteligíveis sequências do real sem aplicar a isso uma maneira realista.” Não se trata, pois, de subsumir a vida social sob leis. Segundo Vanderberghe (2005) Simmel com sua sociologia da forma, influenciou Weber na elaboração dos “tipos ideias” como “utopias conceituais”, metodicamente construídas e estilizadas (...) que o sociólogo utiliza para esquematizar a realidade (...).

principalmente, o grande estímulo às pesquisas nos centros universitários. Este movimento, inspirado no chamado idealismo alemão, recuperou a tradição neo-humanista da Paidéia grega e aplicou ao sistema de educação, consolidando a formação de uma classe média culta. O desenvolvimento deste sistema originou segundo Ringer (2004, p. 21), a expressão “Bildung” que em essência “referia-se à evolução do potencial do indivíduo graças a uma relação interpretativa com os grandes textos”. Isto permitiu que as ditas “ciências históricas” tivessem predomínio sobre as ciências naturais, orientando com elevada erudição as investigações mais práticas, evitando assim, um conhecimento utilitário.

Segundo Ringer (2004) a influência da tradição histórica alemã em Weber, permitiu um fértil debate entorno do “bildung”, principalmente no desenvolvimento de dois postulados: o princípio da empatia, cuja postura colocaria os historiadores no lugar dos agentes da própria história e; do princípio da individualidade, na qual o indivíduo é o único imbuído de potencial distintivo para a realização pessoal, conseqüentemente a relação entre indivíduo e sua cultura torna-se incomparável.

As provocações do historicismo alemão repercutiram criticamente no movimento de codificação na Europa, uma vez que o Estado Liberal passou a ser referência para os países, após décadas das revoluções liberais. O movimento de tornar o direito (produto do Estado) acessível, simples e com uma linguagem universal fez surgir o que Bobbio (2006) denominou de movimentos do Positivismo Jurídico. A Inglaterra caracterizou o tema em torno da interpretação analítica do direito, principalmente sobre forte influência dos julgados dos tribunais. A França, especialmente no período napoleônico, assumiu posição mais rígida da codificação, através da escola exegética, interpretando os postulados jurídicos em preceitos universais. Sabe-se que objetivo de Napoleão com a codificação era permitir aos povos conquistados, a imposição de uma estrutura jurídica unificada.

3 O HISTORICISMO ALEMÃO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO

As contribuições do historicismo alemão são evidenciadas em dois pressupostos: o primeiro ligado à forte resistência ao Direito Natural no seu aspecto racional e o segundo ligado à crítica do processo de codificação na Europa. Nas palavras de Norberto Bobbio “a escola histórica e o positivismo jurídico não são a mesma coisa, contudo, a primeira preparou a segunda através das críticas radicais do Direito Natural” (BOBBIO, 2006, p. 54).

Dentre os filósofos alemães da Escola História, a principal referência é Friedrich Karl von Savigny (1779-1861). Os adeptos desta escola compreendem o Direito como resultante do processo histórico, de uma realidade socialmente “dada” ou “posta”. Como afirma Gusmão:

Para os que formaram a Escola Histórica do Direito, o Direito é um fenômeno espontâneo da sociedade, manifestado primeiro como costume, que para os seus corifeus, é a sua fonte por excelência, por corresponder mais fielmente aos ideais e necessidades da sociedade em dado momento histórico e por acompanhar de perto as transformações dos demais fatos históricos (2001, p. 384).

Para a escola Histórica, o sentido da tradição é expresso nos costumes e o Direito é visto como normas consuetudinárias que se formam e se desenvolvem através de uma lenta evolução da sociedade. (BOBBIO, 2006, p. 52). O próprio percurso da Escola assim definia o Direito como “um produto de formas interiores, que operam em silêncio e está profundamente enraizado no passado da nação e as suas verdadeiras fontes são a crença popular, os costumes e a consciência comum do povo” (SAVIGNY apud NADER, 1998, p. 151).

O Historicismo Jurídico opõe-se ao processo de codificação, iniciado na França pela escola da exegese, por considerá-lo limitado para remediar os efeitos do Direito. Nesse sentido, sustentava que somente através de uma ciência do Direito era possível compartilhar dos mesmos preceitos positivistas dos exegetas, na busca de um Direito unitário, sistemático e que garantisse a segurança jurídica (BOBBIO, 2006, p. 121).

Com isso as características apresentadas pela escola são sintetizadas em três elementos: o primeiro caracteriza o anti-legalismo, isto porque a ideia de posituação era a destruição do Direito e, como acreditavam no Direito advindo de uma tradição viva que passava de geração para geração, a codificação iria cristalizar a evolução natural do Direito (HESPANHA, 2005, p. 385).

O segundo relaciona-se com a “valorização dos elementos consuetudinário e doutrinal do Direito”. O costume é o ponto central dos historicistas, é a forma como se expressa o Direito. Embora Savigny saiba que o Direito vinha do povo, não despreza o trabalho realizado pelos juristas e juízes no aperfeiçoamento e no trabalho sistemático do Direito, desenvolvendo uma tradição de ensinamentos que tem como base o Direito Romano (HESPANHA, 2005, p. 386).

O terceiro está relacionado ao papel teórico que esta tradição revela. Pois, a investigação histórica do Direito com a utilização de métodos adequados permitia que o “estudo científico (histórico) do Direito Romano visasse o estabelecimento daquilo que era ainda utilizável no presente de sua época” (FERRAZ, 1980, p. 30).

4. DESENVOLVIMENTO DA CATEGORIA “DIREITO” EM MAX WEBER

Percebe-se claramente que estas características influenciaram Weber na construção de seus escritos sobre Sociologia Jurídica, pois para poder explorar os significados históricos, ele construiu tipos ideais (categorias analíticas) para diferenciar as ordens jurídicas. Este método permitiu examinar e comparar os sistemas de direito de sociedades complexas, de características típicas, passíveis de serem encontradas em sistemas reais (TRUBEK, 2007, p.158)

No entanto, embora Weber neste trabalho tenha desenvolvido categorias para classificar o Direito, a abordagem histórica foi utilizada no sentido de desenvolver a relação de causalidade entre o fenômeno jurídico e suas várias dimensões nas práticas sociais. Os objetivos eram claramente demonstrar o fenômeno jurídico como mais um entre outros fenômenos sociais.

Pode-se dizer que os aspectos pesquisados por Weber no Direito eram para atender a lógica entorno do racionalismo, isto é, o Direito como uma das várias ordens sociais. Em sua obra “Economia e Sociedade” ao apresentar os elementos fundamentais da sociologia, o próprio Weber denomina o direito como uma ordem social, afirmando ser esta ordem legítima, quando “garantida externamente pela probabilidade da coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação” (WEBER, 2012, p. 21). É exatamente neste momento que aparece em seus escritos, em forma de notas explicativas, o conceito de Direito que pode ser assim definido:

Para nós, o decisivo no conceito de direito é a existência de um quadro coativo. Este, naturalmente, de modo algum precisa ser semelhante ao que hoje em dia é habitual. Em particular, não é necessária a existência de uma instância “judiciária”. O próprio clã pode representar esse quadro coativo quando de fato estão em vigor para a forma de sua reação, ordens de qualquer espécie. No entanto, este caso está no extremo limite do que ainda se pode chamar “coação jurídica.” (WEBER, 2012, p. 22)

Cabe explicar que as notas não tinham a pretensão, neste momento, de definir o direito como teoria do direito, mas demonstrar o direito como um fenômeno sociologicamente comprovado. Fato é, que no desenvolvimento desta nota explicativa, Weber trabalha vários outros exemplos para demonstrar a natureza da ordem social do direito como um quadro coativo.

Com isso, cabe realizarmos a seguinte pergunta: se as preocupações de Weber não eram necessariamente com o direito enquanto teoria, em algum momento o autor irá trabalhar

nesse sentido? A resposta é sim! Na segunda parte da obra “Economia e Sociedade” ele apresenta a diferença entre o Direito e a Economia, no entanto para tal feito, o autor traça, categoricamente, o campo de investigação da Sociologia do Direito do campo de investigação da Teoria do Direito.

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. Isso 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, considerando subjetivamente determinadas ordens como válidas e assim as tratarem, orientando, portanto, por elas suas condutas. Assim também determina a relação de princípio entre direito e economia. (WEBER, 2012, p. 209)

Segundo Bobbio (2003), percebe-se a diferença entre estas duas áreas e Weber estabelece tal diferenciação através da validade ideal e da validade empírica de uma norma ou de uma ordem. Tal distinção entre o plano do “dever ser”; caberia à teoria do direito, enquanto o plano do “ser” localiza-se na sociologia do Direito.

Neste aspecto é importante contextualizar o momento em que esta obra foi publicada⁴ e verificar que, embora não há uma reciprocidade entre Kelsen e Weber, percebe-se que na formulação dos principais pressupostos da Teoria Jurídica do Direito em Kelsen, existe uma semelhança nítida, com as categorias anunciadas por Weber, demonstrando a importância do autor para a definição do Direito enquanto teoria.

Esta observação das contribuições de Weber para o desenvolvimento do Direito enquanto ciência e as semelhanças teóricas de Weber e Kelsen, já foi objeto de estudo de Norberto Bobbio (2003) que, além de demonstrar os elementos semelhantes, chama a atenção ao cuidadoso estudo que Kelsen realizou dos escritos de Weber, embora como o próprio Bobbio adverte, o mesmo não ocorreu com Weber.

Sobre esta distinção, Kelsen em sua obra “Teoria Geral do Estado e Direito” reconhece esta definição de Weber e afirma que o objeto da Sociologia do Direito:

⁴ É curioso perceber que as duas obras que registram as principais teses dos autores sobre a teoria do direito foram publicadas pela mesma editora num intervalo de 3 anos. Segundo Bobbio (2003) o Capítulo sétimo da obra “Economia e Sociedade”, de Weber, que corresponde a sua Sociologia Jurídica provavelmente foi escrito entre 1911 a 1913. Nesta mesma época (1911) o austríaco Hans Kelsen publicaria sua obra chamada “Problemas principais da teoria do Estado de Direito”, obra a qual contém as teses elementares que serão aprofundadas em 1934 na primeira versão da “Teoria Pura do Direito”.

“é a conduta humana que o indivíduo adaptou a uma ordem porque considera esta ordem como sendo 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 ideia de uma ordem válida”. (KELSEN, 2000, p.254).

No entanto, Kelsen refuta em admitir esta diferença. Para o austríaco, para ser objeto da Sociologia do Direito, a conduta humana deve ser determinada pela ideia de uma ordem válida. E, ao afirmar a existência de uma ordem jurídica válida, está só é possível, quanto admitida a hipótese da existência anterior da Ciência Jurídica, pois somente esta é capaz de definir a validade de uma ordem jurídica. Nas palavras no próprio autor:

A conduta humana assim qualificada é um objeto da jurisprudência normativa; mas é também um 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, demonstra claramente que a jurisprudência sociológica pressupõe o conceito jurídico de direito, o conceito de direito definido pela jurisprudência normativa (KELSEN, 2000, p.258)

Como isso, sustenta Kelsen que nenhum sociólogo do Direito tem condições de determinar o objeto de sua investigação e seu campo de atuação se não possuir critérios para diferenciar as condutas jurídicas das antijurídicas. Para demonstrar este argumento, Kelsen utilizará o exemplo do cidadão que é coagido a pagar uma quantia em dinheiro em três diferentes situações: a primeira, do fiscal, representante do Estado; a segunda ao ladrão e a terceira através de uma carta que recebe de um amigo. Qual das três situações será considerada uma ordem jurídica válida? Só é possível construir uma resposta sobre o prisma da ciência do Direito, se cada sujeito da relação pressupor interna e externamente uma ordem jurídica dita como válida. No primeiro exemplo, a conduta do fiscal não é só um fato social, como também jurídico em virtude de encontrarmos seu fundamento numa ordem jurídica válida. No segundo exemplo, embora a sociologia do direito possa admitir a coação física como existente e, portanto, validade para produzir efeitos (entrega do dinheiro) pela vítima, a natureza do evento não é válida, pois não só é repellido pelos demais indivíduos, como não encontra respaldo numa ordem jurídica válida por tratar-se de um fato antijurídico. No último exemplo Kelsen demonstra que, embora possa existir uma comoção do agente ao ver o amigo necessitando de dinheiro, não existe nenhuma coação (válida do ponto de vista da teoria do direito) que obrigue o indivíduo a emprestar dinheiro. Um fato social, que não possui sua correspondência na ordem jurídica (KELSEN, 2000).

Pode-se perceber que além da primazia da ordem jurídica, um elemento central à definição de direito é a coação. No entanto, é necessário caracterizar a interpretação dada de coação entre os dois autores para distinguir a natureza empírica e a hipotética dedutiva e, com isso, os limites estabelecidos pela ciência positiva kelsiana, das observações críticas de Weber à concepção dogmática de ciência do Direito.

Os dois conceitos que irão demonstrar o ponto de convergência entre os autores serão a noção de Direito e de Estado. Embora possam concordar na definição de Estado, a construção do argumento apresentado por ambos se torna completamente oposta. E é sobre este argumento, que se demonstra a formação complexa do jurista alemão Max Weber.

Weber demonstra a natureza do Direito como ordem jurídica garantida pela probabilidade da coação física exercida por um quadro de indivíduos. Posteriormente, Kelsen utilizará o mesmo argumento demonstrando que, o Direito enquanto ordem jurídica, “é um sistema de norma cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade” (Kelsen, 2003, p. 33). Este fundamento de validade é o encontrado na norma hipotético-dedutiva, ponto essencial de todo o seu raciocínio, cuja eficácia se traduz como válida. A solução encontrada por Kelsen pode ser demonstrada na citação a seguir:

A relação que existe entre a validade e a eficácia de uma ordem jurídica – por assim dizer, a tensão entre o “dever ser” e o “ser” – pode ser determinada apenas por um limite superior e inferior. A concordância não deve nem exceder certo limite máximo, nem cair abaixo de um limite mínimo. (KELSEN, 2003, p. 176)

Portanto, o limite interpretativo da teoria do direito deve ficar no limite estabelecido pela norma fundamental de todo o ordenamento jurídico. Além do positivismo, Kelsen não pretende estudar cientificamente o Direito em sua estrutura formal, mas apresentá-lo como forma, ou melhor, como “a forma” da sociedade.

Como a coação é o elemento central da essência formal do direito e, a natureza da validade de uma norma está no fato do Estado impor “força de obrigatoriedade” a todos, em virtude do estabelecimento de uma sanção, é que os contornos da definição de Estado e Direito, em Kelsen, não apresentam diferenças. Do ponto de vista jurídico, o “Estado é o direito enquanto subjetividade”. Toda regra pressupõe a pessoa jurídica do Estado. “O estado como pessoa nada mais é o que a personificação dessa unidade. Um órgão do Estado equivale a um órgão do Direito” (KELSEN, 2000, p.277).

Já a crítica de Weber a esta definição está justamente em não concordar com a totalidade da relação entre Direito e Estado. Weber admite o elemento da coação como essencial, mas diferencia o Direito do Estado, justamente pela hipótese da existência de uma

ordem jurídica, sem necessariamente uso do aparato do Estado, exercendo simplesmente a coação psíquica nas pessoas. Pois, conforme destaca Argüello:

Na concepção Weberiana, todo Estado, pelo fato de ser definido como quadro administrativo que tem o monopólio da coação física, é também um ordenamento jurídico. Entretanto, se o estado só é definido através do monopólio da força, fica claro que nem todo ordenamento jurídico seja Estatal. (1997, p.145).

O exemplo mais utilizado é a prática do direito canônico, que possui um aparato coativo para exercer apenas a coação psíquica. Ao longo do capítulo sétimo do segundo volume da obra “Economia e Sociedade”, o autor demonstra claramente o Direito Primitivo como ordem coativa mais psíquica do que física, separando o Direito da definição de Estado.

5. O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO DA RACIONALIZAÇÃO DO MUNDO

Segundo Argüello (1997), é preciso destacar a importante inovação realizada por Weber, pois enquanto Kelsen limita-se ao procedimento lógico-formal de definição da Teoria do direito, Max Weber não só apresenta o Direito como categoria empiricamente testável, isso é, enquanto ciência, como também se preocupa em demonstrar que este fenômeno está inserido num contexto maior (racionalização do mundo), demonstrando os limites de seu desenvolvimento.

Para apresentar deste argumento, dois elementos são essenciais: o primeiro deles é demonstrar que Weber conhecia os limites da ciência moderna, sem descuidar do rigor metodológico. O segundo é demonstrar o desenvolvimento do Direito como mais um fenômeno ou esfera de racionalização do mundo ocidental.

Com relação ao primeiro elemento, recorreremos aos textos que debateram a neutralidade axiológica. O primeiro, escrito em 1904, denominado de “A objetividade do Conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política” e, o outro escrito em 1917, sob o título de “O Sentimento da Neutralidade Axiológica nas Ciências Sociais e Econômicas⁵”. No presente estudo, dedicaremos a análise do primeiro escrito, pois trata-se de uma discussão epistemológica entre juízo de valor e juízo fático, já o segundo é um debate feito sobre a função da independência “axiológica” do conteúdo ministrado pelos docentes, de sua postura ou juízo valorativo referente aos temas ministrados em sala de aula (Weber, 2001, 2001a).

⁵ Ambos os textos estão inseridos como capítulos nos dois volumes da obra “Metodologia das Ciências Sociais”. Tradução de Augustin Wernet.

Com relação à objetividade do conhecimento, a proposta de Weber é colocada da seguinte maneira: como é possível garantir a neutralidade valorativa e ao mesmo tempo obter o rigor da explicação causal? Os argumentos apresentados pelo autor estão em torno das categorias “julgamento de valor” e “relação de valor”.

Raymond Aron, na obra “As Etapas do Pensamento Sociológico” apresenta a diferenciação utilizada por Weber citando o exemplo da liberdade política. Na primeira situação, um cidadão pode considerar a liberdade política como um valor fundamental, fazendo um julgamento em que sua personalidade se manifesta. Outras pessoas estão livres para rejeitar ou aceitar tal julgamento e todos têm o direito de considerar a liberdade política positiva ou negativa. Diferentemente desta noção está a fórmula da “relação de valor”, pois poderá um cientista utilizar como exemplo a categoria liberdade política como objeto a respeito do qual os sujeitos históricos debateram, explorando a realizada política do passado e estabelecendo uma relação entre ela e o valor da liberdade. Em outras palavras “o julgamento de valor é uma afirmação moral ou vital, a relação de valores é o procedimento de seleção e de organização da ciência objetiva” (ARON, 2008, p.737).

Ao estabelecer este procedimento, Weber queria diferenciar a postura do cientista de mera opinião, mas por outro lado ele também não ignora o fato de que, mesmo realizando o procedimento de seleção e de organização, o cientista não deixa de reconhecer a parcialidade e seletividade de suas informações, admitindo, portanto, que as ciências sociais não constroem sistemas hipotético-dedutivos, mas uma seleção de interpretações todas parciais e inseparáveis de um sistema valorativo. Segundo Aron:

Se admitirmos a ciência como acabada, chegaríamos, no caso das ciências da natureza, a um sistema hipotético-dedutivo que poderia explicar todos os fenômenos a partir de princípios, axiomas e leis. Este sistema hipotético-dedutivo não nos permitiria, contudo, determinar como e porque, em todos os detalhes concretos, se produziu uma explosão em determinado momento do tempo e espaço. Haverá sempre um hiato entre a explicação legal e o acontecimento histórico concreto. (2008, p. 740)

Embora de forma indireta, percebe-se neste ponto uma clara crítica à noção de Ciência do Direito kelsiana, principalmente pelo fato de refutar a ideia de que numa pretensa objetividade científica deve-se afastar a análise valorativa do direito. Além de fundamentar, como já vimos anteriormente, toda a validade do conhecimento numa norma hipotético-dedutiva. Nos parágrafos iniciais de sua obra, intitulada de “Teoria Pura do Direito”, Kelsen afirma sua proposta metodológica “A teoria pura do direito é uma teoria do Direito positivo -

do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É uma teoria geral do direito” (KELSEN, 2003, p. 01).

Duas apreensões podem ser retiradas deste argumento. Primeira, a clara posição positivista de Kelsen, demonstrando os limites de uma proposta hipotética-dedutiva de construção do direito. E a segunda é a inovação realizada por Weber na teoria do Direito, embora suas preocupações pudessem estar voltadas para a construção da estrutura metodológica das ciências sociais, não há dúvida de sua contribuição para pensar o direito para além da sua concepção formal.

A questão da dimensão valorativa do direito é essencial e, é sobre ela que iremos desenvolver o argumento a seguir, principalmente por demonstrar que no processo de racionalização do mundo ocidental, Weber não reduz a análise interpretativa do direito, única e exclusivamente, a fins almejados na clássica teoria da ação⁶, mas uma tensão entre os fins e o valor. Isto quer dizer que os tipos ideais em Weber não representam uma cadeia sucessiva para se chegar à ação racional, segundo os fins, como uma espécie mais pura e absoluta do processo de racionalização (SELL, 2012).

O mesmo ocorre nos tipos ideais das categorias jurídicas analisadas por Weber no capítulo da “Sociologia Jurídica”. Segundo Marcelo Mello (2005) a interpretação dada a Sociologia do Direito em Weber por muito tempo, foi equivocadamente interpretada, como se fosse uma contribuição do Direito para o aspecto universal da racionalização do mundo. No entanto, é importante e fundamental recorrermos às bases das categorias fundamentais do desenvolvimento do que seria para Max Weber a racionalização do mundo.

Para Argüello o conceito de racionalidade – que é fundamental na tipologia de agir social – dá lugar a uma precisa teoria sociológica, ao passo que os conceitos genéricos de racionalismo e racionalização possibilitam uma interpretação da história e do mundo, compreendida em níveis de análise de conteúdo fatuais diversos. Enquanto a racionalidade torna um “traço definitivo da ação na medida em que se incorpora nas instituições sociais, interpretações culturais e estruturais de personalidade, a racionalização é, exatamente o processo em que se opera essa incorporação” (1997, p. 69).

Com base nesta diferenciação é possível afirmar a existência de várias racionalizações, nas palavras do próprio autor:

⁶ Devido a proposta deste artigo, não explicaremos a teoria da ação em Weber, para maiores detalhes recomenda-se a leitura do capítulo IV da obra “Sociologia Clássica – Marx, Durkheim e Weber” do professor Eduardo Carlos Sell, lançada pela editora Vozes, 2012b.

Racionalizações têm existido em diferentes esferas da vida, em uma grande diversidade de formas, em todas as culturas. Característico para sua diferença histórico-cultural, é, em primeiro lugar: em quais esferas e em que direções elas foram racionalizadas. Portanto trata-se novamente de identificar a peculiaridade específica e explicar a gênese do racionalismo ocidental, e no interior deste, do racionalismo moderno. (Weber, apud Sell, 2012, p. 152).

Como teórico do racionalismo, a preocupação de Weber sobre a esfera do Direito foi demonstrar que o desenvolvimento, no sentido ocidental, ocorreu dentre de variações de sistemas jurídicos. Tais sistemas poderiam diferenciar entre o modo com que lidam com os problemas pertinentes à formulação das normas adotadas de autoridade e a aplicação de tais normas em casos concretos.

Uma hipótese levantada por Trubel (2007, p. 168) para o estabelecimento desta classificação das variações do direito está no fato da ausência do desenvolvimento de um direito racional em outras civilizações, principalmente pelo peculiar grau de calculabilidade e sua capacidade de desenvolver provisões substantivas. Fatores, estes que auxiliaram o desenvolvimento do capitalismo europeu.

Ao tratar desta classificação levantada por Weber, o primeiro passo é descrever, ainda que sucintamente, a estrutura presente no capítulo dedicado à “Sociologia Jurídica”. Nos parágrafos iniciais o autor apresenta quatro dimensões do direito. A primeira dimensão trata de estabelecer uma diferenciação entre as categorias do Direito Público e do Direito privado. A segunda dimensão apresenta a clássica noção entre Direito Positivo e Direito Natural. Na terceira, trabalha-se com a relação entre o Direito Objetivo e o Direito Subjetivo, demonstrando que esta noção da subjetividade do direito, permitiu aos indivíduos a liberdade de consciência e a autonomia das suas relações, já que teriam ao seu dispor as garantidas do Estado para manutenção de tais liberdades. Por fim, a quarta dimensão trata do processo de racionalização e as várias acepções do Direito Formal e do Direito Material (WEBER, 2009).

Especificamente sobre esta última dimensão, é que se constrói a tese ao longo deste artigo. É nesta classificação que Weber, de forma muito inventiva e não explícita, faz crítica ao formalismo kelsiano e a necessidade do olhar extrajurídico ao próprio estudo do direito.

Na sequência dos parágrafos do capítulo 7 - “Sociologia Jurídica”, é que se observa a distinção entre o Direito Formal e o Direito Material, tornando-se ponto essencial, pois ambas estão condicionadas ao processo de racionalização do direito (WEBER, 2009).

Segundo Trubek (2007) a classificação referente ao grau de diferenciação das normas jurídicas está justamente na diferenciação entre o direito formal e o direito material. Esta diferenciação permitiu a Weber padronizar os sistemas jurídicos estudados e perceber que as

decisões dentro desses sistemas podem ser classificadas: (1) segundo as regras de aplicação universal e (2) estabelecidas (elaboradas) por diferentes órgãos jurídicos. Com isso:

O próprio Weber classificou os sistemas jurídicos em diferentes categorias, dependendo de como o direito é elaborado e aplicado. O direito pode ser elaborado e aplicado tanto “irracionalmente” quanto “racionalmente” (...) Há portanto, duas grandes dimensões de comparação: a extensão da formalidade de um sistema e a extensão de sua racionalidade. (TRUBEK, 2007, p. 159)

Bendix (1986, p. 305) sintetiza o desenvolvimento da crescente racionalidade do direito, apresentando nas palavras do próprio Weber, em quatro estágios distintos: (1) pela “revelação legal carismática através de profetas da lei”, (2) pela “criação empírica e descobrimento do Direito por notáveis legais”; (3) pela “imposição da lei por poderes seculares ou teocráticos”; e (4) pela “elaboração sistemática do Direito e pela administração profissional da justiça, por pessoas que receberam formação jurídica de maneira acadêmica e formalmente lógica”.

Segundo Freund (2010) e Trubek (2007) sobre esta sequência lógica, é possível estabelecer quatro variações da racionalidade jurídica. No primeiro estágio (1) apresenta-se como Irracional-Material, uma vez que o juiz ou legislador fundamentam suas decisões em puros valores emocionais, fora de qualquer referência normativa. No segundo estágio (2) o direito aparece como Irracional-Formal, pois os julgadores deixam-se guiar por normas, mas ainda as pronunciam como base em revelações, papel atribuído aos “honoratiores jurídicos” medievais, conforme apresenta Weber. No terceiro estágio (3) o direito apresenta-se como Racional e Material, pois a legislação aparece como referência, um pouco mais sistematizada, contribuição do processo de codificação na Europa, mas o julgamento se dá pela vontade política do conquistador ou por uma ideologia. Por fim, no quarto estágio (4) o Direito apresenta-se como Racional e Formal, pois a lei e os julgamentos são estabelecidos com base em conceitos abstratos, criados pelo pensamento jurídico, como por exemplo, o desenvolvimento da ciência jurídica na Alemanha (WEBER, 2009, p. 148).

Especificamente dentro deste quadro, nos dois últimos estágios da racionalidade [(3) Material e (4) Formal], percebe-se que Weber não condiciona sua análise, a estabelecer que o direito moderno resulta unicamente na lógica Racional-Formal, concepção esta definida por Kelsen na Teoria Pura do Direito. Weber diferencia o Direito Formal do Direito Material no processo de racionalização, demonstrando que o primeiro tenta sistematizar as normas jurídicas, enquanto o segundo permanece empírico, por se traduzir numa força das circunstâncias,

casuístico, “entretanto estes dois direitos se deixam racionalizar: um com base na lógica pura, o outro na da utilidade” (FREUND, 2010, p. 185).

No entanto, a relação entre o Direito Formal e o Material, conforme já demonstrado apresentam e também conservam elementos de irracionalidade. Não fechando a estrutura do direito como uma lógica racional-formal. Ao contrário, demonstram que dependendo do ponto de vista, tanto podem traduzir em práticas racionais como irracionais. Os exemplos trabalhados pelo autor no direito moderno são: a instituição do “Tribunal do Júri”, e o interrogatório sob juramento presentes nas principais matrizes do Direito ocidental.

Bendix (1886) destaca que a distinção entre o Direito formal e o Direito Material “confrontam-se continuamente com o conflito inevitável entre um formalismo abstrato da certeza jurídica legal e seu desejo de realizar objetivos substanciais” (p.310). Dentre os vários exemplos citados por Weber, destaca-se a elaboração das sentenças dos magistrados, que estão condicionados aos aspectos formais do direito vigente, mas, no entanto, diante da possibilidade de criar a justiça concreta, o princípio da “equidade” é aplicado constituindo-se, do ponto de vista formal, uma justiça fortemente irracional (WEBER, 2009, p.122). O autor ainda continua demonstrando inúmeros exemplos do conflito irremediável entre o valor e a norma.

Cabe ainda esclarecer que Weber não se limita em demonstrar o processo de racionalização da ordem jurídica, na medida em que ocorre o desenvolvimento do direito, existem variações na aplicação da norma que a tornam legítima, tais variações são cumpridas socialmente, permitindo estabelecer um paralelo entre as categorias da sociologia da dominação (tradicional, carismática e legal) e as variações da racionalidade jurídica⁷.

Percebe-se então que, embora Weber não tenha feito diretamente estas observações a Kelsen, o autor antecipou muitas das críticas feitas ao positivismo jurídico no século XX, do qual Kelsen é o principal expoente. Pode-se afirmar inclusive que, o debate da teoria do direito pós-segunda guerra mundial foi apresentar os limites morais que as cartas constitucionais possuíam perante seus ordenamentos jurídicos, demonstrando os limites do positivismo jurídico enquanto teoria, método e ideologia perante o movimento do constitucionalismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tarefa da sociologia dos séculos XIX e XX era tentar entender as mudanças sociais e explicar o desenvolvimento e a forma como os fenômenos caracterizaram a Modernidade.

⁷ De forma didática esta exposição é feita no artigo de David Trubek, publicado originalmente em 1972, sob o título “Max Weber sobre o Direito e a ascensão do Capitalismo”. Vide Trubek (2007).

Max Weber, diferentemente dos outros autores clássicos da sociologia, investigou tais transformações pelo processo de racionalização da vida. A pergunta chave da sociologia Weberiana é: quais são os fatores sociais que caracterizam o processo de racionalização no mundo ocidental? A partir desta premissa, Weber começou a analisar várias esferas da vida social, que possuem características típicas do ocidente. Dentre elas, pode-se destacar a esfera do direito. O desenvolvimento desta esfera para o autor, não representou tão somente, uma esfera particular do desenvolvimento da racionalidade na modernidade, representou sim, uma categoria estruturante da Teoria do Direito. Isto é, o direito para Weber, além de ser uma esfera específica do racionalismo ocidental representa-se como um instrumento para o desenvolvimento do Capitalismo e um sistema autônomo para estrutura do Estado Moderno. Estas duas questões tornam-se primordiais para identificar Weber como teórico do Direito.

O método pelo qual o autor demonstra os limites e os perigos de uma ciência positiva ganhou contornos heurísticos, identificando não apenas o reducionismo da purificação kelsiana, como também, tal postura não contribuiu para uma visão crítica do estudo do Direito enquanto ciência.

Os teóricos do direito, principalmente a partir da segunda metade do século XX, irão introduzir no debate a noção de valor do direito, visto os horrores produzidos pelas experiências totalitárias sobre a estrutura jurídica do Estado de Direito.

A proposta apresentada por Weber não se limita a ignorar por completo o positivismo jurídico, como algumas vertentes mais radicais do direito. Por outro lado, demonstra a emergência de reconhecer a tensão entre Valor e Norma na Teoria do Direito.

REFERÊNCIAS

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. **O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997. 216 p.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BENDIX, Reinhard. **Max Weber: um perfil intelectual**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. 428 p.

BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. 520 p.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. **Dicionário de Sociologia**. São Paulo: Ática, 1993. 653 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª São Paulo: Atlas, 1980.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HESPAÑA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 551 p.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 320 p.

KALBERG, Stephen. **Max Weber: uma introdução**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. 172 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 637 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 427 p.

MELLO, Marcelo Pereira de. **A sociologia do Direito de Max Weber: o método Caleidoscópico**. In: CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE SOCIOLOGIA, 12., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** . Belo Horizonte: Editora da Ufm, 2005. p. 1 - 22. Disponível em: <www.sbsociologia.com.br>. Acesso em: 25 nov. 2014.

MELLO, Marcelo Pereira de. **A sociologia do Direito de Max Weber: o método Caleidoscópico**. In: CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE SOCIOLOGIA, Não use números Romanos ou letras, use somente números Arábicos., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** . Belo Horizonte: Editora da Ufm, 2005. p. 1 - 22. Disponível em: <www.sbsociologia.com.br>. Acesso em: 25 nov. 2014.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RINGER, Fritz K. **A metodologia de Max Weber: Unificação das ciências culturais e sociais**. São Paulo: Edusp, 2004.

SCHLUCHTER, Wolfgang. **Paradoxos da Modernidade: Cultura e conduta na teoria de Max Weber**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

SELL, Carlos Eduardo. **Max Weber e a racionalização da vida**. Petrópolis: Vozes, 2013

SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia clássica: Marx, Durkheim e Weber**. Petrópolis: Vozes, 2012.

SELL, Carlos Eduardo. **Racionalidade e racionalização em Max Weber**. Rev. Bras. Ci. Soc., [s.l.], v. 27, n. 79, p.153-172, 2012. FapUNIFESP (SciELO). DOI: 10.1590/s0102-69092012000200010.

SELL, Carlos Eduardo. **Um paradigma Weberiano?: Anotações sobre um programa de pesquisa**. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 36., 2012, Águas de Lindóia. **Paper**. São

Paulo: Anpocs, 2012a. p. 1 - 38. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8108&Itemid=217>. Acesso em: 12 abr. 2013.

TRUBEK, David M.. **Max Weber sobre o Direito e ascensão do Capitalismo**. Revista Direito Gv 5, São Paulo, v. 1, n. 3, p.151-187, jan. 2007. Semestral. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/max-weber-sobre-direito-ascensao-capitalismo>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

VANDERBERGHE, Frédéric. **Sociologia e Epistemologia: As sociologias de Georg Simmel**. São Paulo: Edusc, 2005.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. 4. ed. Brasília: Editora Unb, 2012. 464 p. (Vol 1).

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora Unb, 2009. 584 p. (Vol 2).

WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez / Unicamp, 2001. (2 parte).

WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**. 4. ed. São Paulo: Cortez / Unicamp, 2001. (1 parte).