

## A moral e o direito: entre a vida pública e o fato normativo

*Cesar Louís Kiraly*

Coordenador Executivo do Laboratório de Estudos Hum(e)anos do IUPERJ. Professor do Departamento de Sociologia e Política da PUC-Rio e do Departamento de Ciência Política da UFRJ. Editor da Revista Estudos Políticos do Núcleo de Estudos de Teoria Política do Departamento de Ciência Política da UFRJ e da Revista Estudos Hum(e)anos do IUPERJ.

### **Resumo**

Discute-se, no artigo, a natureza do fenômeno normativo e as razões históricas da distinção/separação entre direito e moral, especialmente a partir da posição kantiana e sua radicalizada tematização por Kelsen e pelo positivismo jurídico. Expõem-se criticamente as pretensões universalistas da teoria do Direito de Habermas. Esposa-se a tese de que o processo de formalização do direito foi o fator da marca de separação entre os dois fenômenos, inclusive no campo da linguagem.

### **The moral and law: the public life and the fact normative**

### **Abstract**

It is discussed in the article, the normative nature of the phenomenon and the historical reasons of the distinction/separation between law and morality, especially from the Kantian position and radicalized by thematization Kelsen and the legal positivism. It is critically expose the pretensions of the theory of universal law of Habermas. Wife is the thesis that the process of formalizing the right was the instigator of the mark of separation between the two phenomena, including in the field of language.

### **1. Introdução**

Devemos aventar que por vezes os termos direito e moral são confundidos em suas acepções teóricas. Parece que em algumas ocasiões não somos capazes, em nossa lida prática com esses conceitos, em distinguir quais as conseqüências teóricas do direito ou da moral. O que nos leva a empreender usos ordinários, desses termos, que confundem a compreensão dos fenômenos normativos. Quando pensamos nas grandes revoluções, por exemplo, somos lançados à temática acerca da moralidade dos direitos universais ao mesmo tempo em que ensejamos o convencionalismo

tradicional que gera a efetividade do cumprimento dos direitos<sup>1</sup>. Podemos pensar a moralidade tal como Rousseau e Kant ou podemos pensar a moralidade como distinta do direito, como Bentham e Burke. Dependendo do rumo teoricamente adotado teremos uma compreensão de sociedade distinta. A nossa tese (por certo, que essa tese é muito mais de Weber do que nossa, o que tentamos fazer é situá-la em um contexto mais amplo) é que o processo de formalização do direito empreende a marca da separação entre esses dois fenômenos, inclusive no campo da linguagem, ainda que possamos enxergá-los como distintos desde o debate entre Antígona e Creonte.

Habermas consegue explicitar bem a questão; explana sobre os modos de abordagem acerca do direito, diferencia a atividade da jurisprudência da atividade da ciência política. Atribui à jurisprudência o estudo da sistematicidade das regras e dos requisitos internos das instituições. Percebe, para que o direito possa funcionar enquanto provedor de segurança e solucionador de conflitos precisa ser capaz de justificar, do ponto de vista lógico, a interação interna de suas regras. Para a ciência política, Habermas atribui a prática de estudar as dinâmicas geradoras de instituições ou da “democracia”. Sendo evidente que a distinção não é estanque, mas apenas mobiliza critérios de análise para objetos de ciência<sup>2</sup>.

O que nos leva, no âmbito da usual confusão entre direito e moral, a supor que a jurisprudência trata do direito dos juristas, e a ciência política das interpretações morais produtoras dos critérios para que seja possível dizer se vivemos, ou não, em instituições justas. As regras intrínsecas às atividades normativas (moral e direito) serão objeto dessa exposição. Abordaremos o direito, por vezes, como jurisprudência e, por outras, como ciência política. Ainda que não possamos desenvolver esse ponto, no presente artigo, julgamos pertinente indicar que jurisprudência e ciência política são saberes complementares no contexto da teoria das instituições<sup>3</sup>.

Dessa forma, podemos de início, afirmar que a consonância entre o direito e a moral habita no fato das duas disciplinas lidarem essencialmente com regras sociais. Regras que determinam condutas ou que determinam que condutas não sejam praticadas, ou tornando o argumento ainda mais complexo, regras que visam exercer o domínio de uma parcela da população sobre outra, por razões étnicas, sociais ou econômicas. Em suma: regras constituem o fundamento dessas duas disciplinas que pensam a sociedade, não sendo abstruso observar que as regras das duas disciplinas suscitadas são espécies do grande gênero: regras sociais.

A afirmação de que existe um espaço nebuloso entre o direito e a moral significa que a tradição de teóricos que abordaram as duas disciplinas não delimitou o *locus* conceitual de cada uma, ou, quando o fazem, descrevem o fenômeno jurídico como sendo parte integrante da moral. A

---

<sup>1</sup> Assumir a distinção entre o direito e a moral é assumir evidentemente o partido da Revolução Gloriosa em detrimento da Revolução Francesa, para novamente assumir o caminho da Revolução no que concerne à sistematização empreendida por Napoleão das leis civis. Podemos observar a crítica ao diagnóstico que empreenderemos no texto de Marcel Gauchet. *La révolution des pouvoirs*. A distinção entre direito e moral é igualmente empreendida por Hans Kelsen e por Herbert Hart.

<sup>2</sup> Jürgen Habermas. *Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia*. p. 293

<sup>3</sup> Elementos de teoria da instituição podem ser encontrados na filosofia política de Hume e na filosofia social de Searle. Investigamos algumas dessas questões: *“Aqui não existe porque”: crença e trauma nas instituições da política*.

discussão que travaremos, desencavará o entendimento de que o direito e a moral, por mais que sejam fenômenos contíguos, não se confundem. Ainda que uma larga tradição em teoria social, tendo em vista o aspecto das duas disciplinas serem fundadas em regras, ter abordado os dois fenômenos de modo indiscernível, empreendemos a assertiva de que essa indiscernibilidade é errônea, pois a moral e o direito podem ser complementares, mas não perdem a sua independência enquanto fenômeno social.

As páginas que se seguem versam sobre a natureza do fenômeno normativo. Para tanto, vamos atravessar uma série de autores que se bateram contra essa questão, iniciaremos nosso argumento com alguns comentários sobre a distinção entre moral e lei, encontrada em Kant, na sua *Doutrina do Direito*. Nosso segundo ponto aborda as concepções de teoria do direito de Weber e de Durkheim e as correlaciona com a separação entre direito e moral desenvolvida por Kelsen e posteriormente pelo positivismo jurídico inglês. Nosso terceiro ponto está centrado na análise de algumas críticas ao positivismo jurídico e ao positivismo jurídico conceitual; principalmente as desenvolvidas por Ronald Dworkin e pelos estudos históricos e sociológicos empreendidos por Marcel Gouchet e Pierre Rosavallon. Nosso quarto ponto versa sobre as pretensões universalistas da teoria do direito habermasiana.

Nas discussões sobre a obra de Habermas aventamos algumas alternativas, ao modo de instauração do pensamento político, a teoria do discurso. Mostramos que “a consciência aguçada das palavras” trazida à teoria pela escola analítica inglesa supre à necessidade pragmática, própria aos fenômenos sociais contemporâneos, com o benefício teórico de se ater aos jogos e construções lingüísticas presentes nos vários mundos sociais possíveis, vistos nos múltiplos universos culturais com os quais lidamos.

O processo de racionalização produz, nas instituições, a separação entre o direito e a moral. Agora, essa separação não se deve a racionalização em si, ainda que esse processo seja responsável pela efetividade pragmática dessa distinção, a separação entre o direito e a moral está fundada na dinâmica da linguagem. No fato de que remetemos a práticas diferentes nossas expressões lingüísticas que denotam moralidade ou juridicidade. Contudo, a linguagem não encerra a distinção. Pois não haveria que se falar em separação sem uma crença de que esses fenômenos são realmente distintos. Assim, a separação entre moral e direito é ancorada pelo processo de racionalização, em virtude da natureza lingüística dessa distinção, bem como, o fato da separação entre moral e direito ser, sobretudo, uma questão de crença.

## 2. A racionalização do direito: a moral fundadora ou da necessidade de uma distinção entre lei e moral<sup>4</sup>

### I

Antes de abordarmos as conseqüências teóricas das formulações teóricas sobre o direito, de Weber e de Durkheim precisamos passar em revista algumas páginas da história da filosofia, para apreendermos a dinâmica de alguns conceitos fundamentais para essa discussão. A ciência política aborda, com bastante freqüência, temas que se relacionam com o direito e com a moral. Podemos inclusive dizer, que a normatividade, como questão, de alguns institutos da vida social é o tema mais freqüente dos questionamentos colocados por essas disciplinas. O aproveitamento desses conceitos pode ser feito à maneira de Durkheim, vendo na sociedade um grande esquema de moralidade e solidariedade que se atualiza em uma série de institutos de ordem da vida pública e de defesa de direitos, ou, pode ser feito à maneira de Weber, onde a separação entre direito e moral é vista com clareza. Weber observa que o processo de racionalização do direito, pela sua forma e sistematicidade, compreende, nas dinâmicas sociais, como a separação interfere na eficiência das instituições.

Todavia, nenhuma dessas noções, do ponto de vista conceitual, são possíveis, e serão abordadas nos parágrafos que se seguem, sem a distinção kantiana entre legalidade e moralidade. Kant chama de legalidade (*legalität*) o resultado do conjunto de ações que são levadas a cabo conforme o dever. As ações, segundo Kant, só podem ser julgadas pelo cumprimento do dever estatuído pela legalidade, enquanto a moralidade (*moralität*) diz respeito ao campo das intenções, das ações praticadas pelo dever e não conforme a ele. Devemos notar que a noção de legalidade kantiana diz respeito, ainda, ao grande conjunto das ações morais, podendo haver ações que são apenas legalmente morais e outras que são morais em sentido puro, onde a ação praticada é levada a cabo em cumprimento do dever e pelo dever em si mesmo. A legalidade para Kant pode ser objeto de legislação por parte do Estado e por isso recebe o nome de *officia iuris* enquanto o campo das intenções, impossível de se legislar acerca dele, passa a ser objeto da *officia virtutis*. Do campo disciplinar da legalidade teremos como resultado o advento do direito, responsável pela verificação das ações corretas. E do campo disciplinar da moralidade, teremos como resultado as investigações sobre as ações moralmente perfeitas, essas possuindo como referência a universalidade do imperativo categórico<sup>5</sup>. Hegel, em contrapartida, observa a questão de modo um pouco distinto, ignorando o fato de que freqüentemente comete incongruências filosóficas intransponíveis, observa que a moralidade não pode se realizar abstratamente na subjetividade, da mesma forma como a mera legalidade não é

<sup>4</sup> O processo de racionalização pode ser sinônimo de aprofundamento da racionalidade em âmbito social, todavia o extremado processo de racionalização, o qual se torna autônomo dos fatos do mundo da vida, pode evidenciar justamente o oposto, a racionalização que se desprende dos fatos materiais gera irracionalidade dos procedimentos. O processo de desencantamento do mundo deve vir aliado à necessidade de criação de crenças para esse mundo, crenças secularizadas.

<sup>5</sup> “Todos os deveres são ou deveres de direito (*officia iuris*), quais sejam, deveres para os quais a legislação externa é possível, ou deveres de virtude (*officia virtutis*), para os quais a legislação externa não é possível. Deveres de virtude não são suscetíveis de estarem submetidos à legislação externa simplesmente porque eles têm a ver com um fim o qual (ou cuja posse) é também um dever. Nenhuma legislação externa é capaz de fazer alguém estabelecer um fim para si mesmo (já que isto constitui um ato interno da mente), a despeito de lhe ser possível prescrever ações externas que conduzem a um fim sem que o sujeito o torne seu fim”. Kant, *Metafísica dos Costumes*, p. 85

útil se não estiver atrelada ao desenvolvimento absoluto da cultura e do Estado. Hegel critica a concepção de moralidade pura de Kant e propõe que moralidade e direito sejam vistos por sua estrutura universal e racional. A instauração do regime de moralidade e juridicidade através de percepções pessoais é vista como cegueira absoluta acerca dos rumos da liberdade, a qual deve se realizar na forma de um Estado promotor do belo e do bom<sup>6</sup>. A mera opinião, bem como, os sentimentos morais baseados na convicção, de nada serve para o estabelecimento do caminho da verdade e da promoção do justo. A ciência do direito participante que é da filosofia<sup>7</sup> consiste em atividade intelectual que formula o conceito de direito através da investigação do que é real e a subsequente descrição, de modo racional<sup>8</sup>, de como a filosofia se reconcilia com a atividade do Estado, na atividade de lidar com aquilo que é, pois aquilo que é, para Hegel, é a razão<sup>9</sup>. A manifestação objetiva do espírito: em lei, moral e Estado é evidenciada pelo conceito de *sittlichkeit* o qual atribui à verdadeira realização do espírito, a presença da moralidade universal e concreta na inscrição histórica, e não apenas na consciência moral, como apregoa Kant.

O debate exposto acima inaugura a temática do uso da razão pública e como os instrumentos de realização da moral, do direito e do Estado contam com a racionalidade para engendrar seu funcionamento adequado. Posteriormente, vemos que o tema da racionalização desenvolvido por Weber, onde as instituições sociais, suas crenças particulares e seus processos de modificação passam a evidenciar mais ou menos elementos do que denominou de rumo para a racionalização ou formalização, não é segredo. A identificação do processo de racionalização e secularização nas religiões do mundo, agora, em *Economia e Sociedade*, evidencia os modos de racionalização do direito, valendo-se inicialmente da observação institucional da prática jurídica romana e da análise de outros sistemas menos conhecidos do ocidente.

A distinção entre privado e público é o acesso temático de Weber para pensar a possível evolução, e condicionamento social, de uma série de institutos jurídicos, trazendo os mais variados exemplos. A prevalência do público sobre o privado ou a inexistência do privado não é tão pacífica como pode parecer. Da mesma forma a evolução do direito público para o direito privado não é muito simples. Mas podemos dizer que uma marca distintiva da racionalização do direito é a separação entre a esfera pública e a esfera privada e uma certa distinção entre os procedimentos adotados para a solução de possíveis conflitos. Dizer que o público é o conjunto de todos os regulamentos não é resolver a questão, pois a esfera privada, por vezes, e o direito romano é um bom exemplo, pode ser

<sup>6</sup> "... o Estado encerra em si a necessidade de uma cultura e de uma inteligência mais profundas e, para tanto, exige satisfação da ciência; ademais, aquele gênero de pensamentos por si desaba quando considera o Direito, a moralidade e o dever, os princípios que, em cada uma de suas esferas, constituem precisamente o erro superficial, os princípios dos sofistas que aprendemos com Platão; princípios que fazem repousar o Direito sobre fins e as opiniões subjetivas, sobre o sentimento e a convicção particulares, princípios onde resultam a destruição da moralidade interior, da consciência jurídica, do amor e do direito entre pessoas privadas e também aquela da ordem pública e das leis do Estado". Hegel. Princípios de Filosofia do Direito. p. 32.

<sup>7</sup> Compreendemos que a ciência do direito ou teoria do direito (ou filosofia do direito) ou ainda como os ingleses a denominam: jurisprudência: é parte integrante da filosofia, precisa de uma "alta consciência das palavras" envolvidas, nos processos de criação de regras para descrever o processo de criação de sistematicidades. Assim, concordamos com a sentença de Hegel, mas não com o modo de fundamentação da assertiva ou com o fundamento epistemológico da mesma.

<sup>8</sup> Hegel. Princípios de Filosofia do Direito. p. 39.

<sup>9</sup> Hegel. Princípios de Filosofia do Direito. p. 36.

absolutamente distinta dos regulamentos estatais, respondendo a tradições em que os mecanismos de massificação do estado não possuem ingerência. Todavia, afirmar que privado é tudo aquilo que não é público também não resolve o paradoxo, na medida em que o direito público pode administrar interesses privados e o direito privado pode ser norteado pela realização de projetos públicos, como vemos no paradigma do Estado realizador de projetos sociais. Assim, o público e o privado não podem ser distinguidos de modo estanque, mas de maneira a serem passíveis deslocamentos, quanto a menor ou maior influência, de um ou outro, na vida pública. De todo modo, a separação de poderes e a formalização das funções jurídicas marcam a racionalização da atividade jurídica. No processo de racionalização dois pólos são abertos: (1) o pólo público, o qual responde pelo estabelecimento de punições (expurgar o que a sociedade pretende como nocivo). Por certo, existe um resquício religioso nesse registro. (2) O pólo privado estabelece posições hierárquicas. Assim, autoriza a contratação, o estabelecimento de obrigações e direitos individualmente localizados. Do primeiro pólo advém o direito público (*norma agendi*) e do segundo o direito privado (*facultas agendi*). Vejamos algumas notas de Weber a respeito:

... não é unívoca por toda a parte a delimitação das esferas do direito público e do privado. Muito menos ainda aconteceu isso no passado. Pode até faltar completamente a possibilidade de uma distinção. Isso acontece quando todo direito e todas as competências, especialmente todos os poderes de mando, têm o caráter de privilégios pessoais (na maioria das vezes, tratando-se do chefe do Estado), denominados “prerrogativas”. Nesse caso, a faculdade de pronunciar o direito em determinada causa ou de chamar alguém às armas ou de exigir sua obediência noutras situações é tanto um direito subjetivo “adquirido” e eventualmente também objeto de um acordo jurídico, de uma alienação ou de uma transmissão hereditária, quanto, por exemplo, a faculdade de aproveitar determinado pedaço de terra. Nesse caso, o poder político, do ponto de vista jurídico, não tem estrutura de instituição, mas apresenta-se na forma de relações associativas e compromissos concretos dos diversos detentores e pretendentes de faculdades de mando subjetivas<sup>10</sup>.

A distinção entre o privado e o público é característica de alguns sistemas jurídicos que fundam as suas argumentações internas na figura conceitual da instituição. Essa, necessariamente, deve explicitar as crenças as quais se filia, para que toda regra, ao encontrar referência na crença, possa ter seus efeitos antecipados, tanto com relação aos valores, quanto com relação aos efeitos da aplicação das regras. O direito subjetivo é a figura central do direito privado quando é concedido pela figura do Estado. Todavia quando o direito subjetivo é adquirido por prerrogativas das faculdades de mando, a distinção entre público e privado encontra-se novamente dissolvida<sup>11</sup>. Para evitar a dissolução dos pólos e conseqüentemente da racionalização, as populações tomam mão da estratégia do governo, o qual *administra os institutos*: concedendo as prerrogativas, e, portanto, exercendo função

<sup>10</sup> Max Weber. Economia e Sociedade. p. 3. V.2

<sup>11</sup> Indicamos a leitura do nosso ensaio sobre Raymundo Faoro presente no livro: *Exemplaridades: comentários acidentais*.

positiva, quando promove, através de suas competências, viabilidade para que atos da vida pública sejam exercidos. No sentido negativo, por outro lado, limitando a liberdade de ação de grupos ou de indivíduos:

Para o “governo”, o indivíduo e seus interesses, no sentido jurídico, são, em princípio, objetos, não sujeitos jurídicos. No entanto, precisamente no Estado moderno existe a tendência de promover uma aproximação formal entre a aplicação do direito e a administração [...] E perante a “administração”, a organização estatal atual concede ao indivíduo meios para proteger seus interesses. O “governo” aproxima-se da criação do direito, mas quando renunciando à livre decisão em cada caso, cria regulamentos gerais para a forma de realizar negócios típicos, e isto, em certo grau, mesmo quando não se considera comprometido por estes regulamentos, pois mesmo neste caso espera-se dele, como o normal, a aceitação deste compromisso, e a atitude contrária costuma ser censurada, pelo menos convencionalmente, como “arbitrariedade”<sup>12</sup>.

O governo surge, para Weber, como um fim em si mesmo. Quando o governo toma para si a administração da força, e de outros meios arbitrários, realiza sua potência *index sui*. Por outro lado, a evolução da figura do Estado (em seus rudimentos), para a noção de Estado moderno inaugura duas instâncias (para a promoção autorizada e limitada dos direitos subjetivos, *facultas agendi*): a instância do direito e a da administração. Onde o indivíduo tem meios específicos para defender seus interesses. Relevante notar que a noção de governo, como criador do direito, se aproxima muito com a noção de comando desenvolvida pelo positivista legal inglês John Austin. Austin compreende como a marca distintiva do direito o fato de que se baseia em ameaças provenientes de uma autoridade. Capaz de causar mal para aqueles que descumprem os seus desígnios. Uma simples arbitrariedade é diferenciada do direito pelo fato de que, para além dos comandos fundados em ameaças: o direito é dotado de generalidade e de permanência em suas determinações<sup>13</sup>. Todavia, ainda que os comandos sejam gerais e a determinação minimamente constante, permanece a figura do soberano centralizador do poder, fonte da qual emana às regras de direito. Weber vê na autoridade doméstica o início da autoridade e da regulação das condutas sociais. Depois da autoridade doméstica isolada defende o surgimento da autoridade doméstica que coexiste com a administração, para, em último nível, haver a consolidação de uma autoridade pública que permita à autoridade doméstica o uso de parte de sua autoridade. Como Austin, que percebe na limitação da soberania o ato próprio do soberano em adotar limitações, uma vez que pode delegar autoridade para seus súditos, Weber percebe que em um certo

<sup>12</sup> Max Weber. Economia e Sociedade. p. 4. V.2

<sup>13</sup> John Austin. The Province of Determined Jurisprudence. p. 21. “A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded. If you cannot or will not harm me, in case I comply not with your wish, the expression of your wish is not a command, although you utter your wish in imperative phrase. If you are able and willing to harm me in case I comply not with your wish, the expression of your wish amounts to a command, although you are prompted by a spirit of courtesy to utter in the shape of a request.”

momento do processo de racionalização da vida pública, o uso da força passa ser distintivo do uso do direito. Essa quebra do monopólio da autoridade é a gênese do direito privado<sup>14</sup>.

Assim, todos os poderes domésticos são transferidos para atividades não domésticas como a regulação do direito de propriedade. Os poderes apropriados pela administração passam a deter a força do *imperium*. Esse pode ser definido como a possibilidade de exercício do poder de castigar, e vencer a desobediência não apenas pela violência explícita, mas pelos modos subjacentes, como as ameaças de graves desvantagens. O direito público é próprio da “administração” ou “governo”, conta com o braço do direito penal para exercer a capacidade de criar meios de utilizar o *ius puniendi*, de modo afeito às regras estabelecidas de modo geral.

Todavia, apenas quando o Estado limita o seu *imperium* podemos começar a pensar no sistema formal de regras próprio à racionalização. Weber explana que as restrições ao *imperium* podem ser de dois tipos: (1) limitação do poder e (2) divisão de poderes<sup>15</sup>. A limitação do poder pode ser de *tipo jurídico* onde as regras postas pela “administração” fazem salvaguardas acerca de seu próprio funcionamento, e, como o respeito a regras prévias é condicionante, marca o início do sistema de regras, devendo buscar sincronia lógica e apelo à ausência de lacunas. Ou podem ser limitações de tipo consuetudinário. Ambas necessitam de aparatos de coação. Interessante notar que o aparato de limitação do poder existe para poupar a “administração” da necessidade de coações sistemáticas. Quando estabelece a limitação, informa qual o limite de liberdade que tolera para as ações e determina onde a intervenção da força começa a ser solicitada. (2) A divisão de poderes surge quando um *imperium* se depara com outro *imperium* e em virtude da natureza dos poderes que exercem, demandam limitação recíproca para o funcionamento coeso de ambos. Com efeito, quando pensamos em temas contemporâneos de ciência política somos remetidos diretamente para a judicialização da política. Se pensarmos nessa guinada normativa, pela dualidade e confronto dos *imperia*, veremos que a força executiva e legislativa cede espaço para os instrumentos de racionalização das ciências jurídicas. A delimitação de competências, tema bastante usual no estudo da organização social, é ponto fundamental para a compreensão do funcionamento do Estado moderno e marca a divisão entre privado e público como sendo inexorável.

O inexorável caminho de divisão entre o privado e o público – uma vez que existe o aprimoramento do processo de racionalização em um determinado sentido – torna a sistematização das normas um passo lógico na escalada racional das instituições, da onde se segue à delimitação de competências, e, por conseguinte, a necessidade de generalidade das leis. Weber analisa dois movimentos acerca das dinâmicas jurídicas; primeiro o movimento de criação das leis e segundo o movimento de aplicação das leis. Na terminologia do jurista inglês Herbert Hart – em sistemas jurídico simples – onde não há necessidade de complexa delimitação de competências – na medida em que a

<sup>14</sup> Max Weber. Economia e Sociedade. p. 7. V.2

<sup>15</sup> Max Weber. Economia e Sociedade. p. 9. V.2



figura do legislador e do executor dos comandos se confunde, não há necessidade de generalização das leis e subseqüentemente de separar os momentos de criação e de aplicação<sup>16</sup>. Quando estamos diante de sistemas jurídicos complexos – o procedimento de generalização faz-se necessário, da mesma forma a delimitação de uma esfera que cria fundamentos institucionais para a criação de leis<sup>17</sup>, e outra esfera que cria condições de aplicação para os comandos. Pois a soberania se encontra repartida em várias instâncias que exercem o *imperium*<sup>18</sup>. A dicotomia entre criar leis e apenas aplicá-las faz sentido, no que Hart chama de sistema jurídico complexo, onde as regras demandam instituições que repartam e controlem o uso do *imperium*. Nessa instância, criar leis pode ser visto como o ato instaurador do direito pelas instituições. E a aplicação da lei como o ato fundador da coerção sobre os governados.

Weber postula: por mais que o processo de racionalização do direito possua sérias marcas no desenvolvimento de certas categorias econômicas, apenas o rumo das relações econômicas não é capaz de explicar a separação entre as esferas privada e pública e a criação de institutos que protegem uma determinada liberdade para as relações privadas. É evidente que a progressiva racionalização da economia “empurra” o direito para meios de racionalização semelhantes. Todavia, o direito possui instâncias que só podem ser explicadas pelos fatores técnico-jurídicos e pela dinâmica interna da regulação da vida social. De alguma forma, a tese de que o direito é um instrumento de dominação social é incompleta, tendo em vista que exerce a dominação social, mas não sem que existam instituições fundadas no desenvolvimento das sociedades. A dominação possui circunscrições históricas e referentes institucionais, mas sem que outros fatores alheios à dominação sejam mobilizados, não há que se falar no motivo pelo qual o direito é um elemento central do processo de racionalização de nossas sociedades.

A criação de regras tanto pode ser explicada *de fora*: através da descrição dos fenômenos econômicos e ações sociais, quanto pode ser explicada *de dentro*: enseja o porquê de criarmos regras, como interação com ações sociais, bem como, os modos como podemos entender o aspecto essencial das regras para a vida pública (e não apenas como fenômenos coercitivos). A dinâmica da racionalização pode receber muitas acepções, Weber, no que concerne ao direito, busca identificar uma certa tendência intelectual na aplicação do direito, no seu crescente apego a uma estrutura de funcionamento lógico:

Um direito pode ser “racional” em sentido muito diverso, dependendo do rumo que toma a racionalização no desenvolvimento do pensamento jurídico. Por um lado, no sentido da manipulação intelectual (aparentemente) mais elementar: a generalização. Isso significa, nesse caso, a redução das razões que determinam a decisão, no caso concreto, a um ou a vários “princípios”, que são as

<sup>16</sup> H. L. A. Hart. *The Concept of Law*. p. 52.

<sup>17</sup> Max Weber. *Economia e Sociedade*. p. 11.

<sup>18</sup> H. L. A. Hart. *The Concept of Law*. p. 52.

“disposições jurídicas”. Esta redução está geralmente condicionada por uma análise prévia ou paralela dos fatos, a fim de encontrar elementos que interessam ao ajuizamento jurídico<sup>19</sup>.

Devemos vislumbrar que as disciplinas normativas afeitas ao direito e não a moral – em sociedades com sistemas jurídicos complexos – terminam por separar um direito público de um direito das liberdades burguesas. Da mesma forma empreende a separação entre uma ordem de direitos materiais, os quais estão na esfera da criação de substratos jurídicos, e uma ordem de direitos processuais, esses responsáveis pela eventual aplicação dos direitos materiais. Por fim, todas as disciplinas jurídicas encontram-se sob a distinção entre organização lógico-formal de suas disciplinas e estudos sobre sociedade, ensejando o modo como os instrumentos lógico-formais podem ser mais úteis para os mecanismos de organização social. A *temática da materialização do direito* é possível porque tais cisões, decorrentes do processo de racionalização, acontecem de modo institucionalizado. Considerar os elementos externos ao direito, como sendo condicionantes e participativos da aplicação e criação do direito, apenas é possível porque o direito se tornou mais técnico, sendo, agora, possível se falar de “um dentro” e “um fora” nas dinâmicas normativas.

A idéia de materialização – conectada que está com entendimento de que as sociedades se tornam mais modernas e o direito mais formal e técnico – precisa ser dividida em dois seguimentos conceituais: (1) materialização que concerne à racionalização formal e (2) materialização que diz respeito à racionalização material. A primeira concerne às formas jurídicas e a segunda concerne às formas: sociológicas, morais e econômicas que se pretendem condicionantes do fenômeno jurídico<sup>20</sup>.

Faremos uma pequena volta para analisarmos os diagnósticos, de Emile Durkheim, sobre a questão do direito, da materialização e da moral, para, logo em seguida, retornarmos à avaliação de Weber e o elenco das características do direito moderno. O procedimento vai ser adotado para que sejamos capazes de vislumbrar que tipo de teleologia, para a materialização, Weber assume e no que essa se distingue da assumida por Durkheim. Vamos perceber nas linhas que se seguem: determinar um ponto a ser alcançado e os possíveis estágios pelos quais as sociedades passam ou devem passar é um ponto salutar nesses dois cientistas sociais. Talvez essa seja a deixa para uma crítica contundente ao método adotado por esses autores.

## II

Durkheim possui pouca compreensão do tema da autonomia do direito. Para ele o direito emerge de dentro dos mecanismos morais da sociedade, sendo mais uma atualização dos meios de normatividade social, que possuem na disciplina da moral o seu gênero. Todavia, paradoxalmente,

<sup>19</sup> Max Weber. *Economia e Sociedade*. p. 11.

<sup>20</sup> Podemos notar que o diagnóstico weberiano abre espaço para uma série de movimentos teóricos que reivindicam diálogo com o direito que não pelos conceitos jurídicos tradicionais, mas por categorias sociológicas e econômicas. Em Nonet e Selznick temos um exemplo desse tipo de tendência, onde o aspecto formal e sistemático do direito é criticado em favor de uma *responsive law*, uma vez que enxergam nela um desenvolvimento ainda mais avançado do direito. Por *responsive law* entendem a necessidade do direito ser estudado conjuntamente com os fatores sociais, culturais e organizacionais que o vinculam. Admitem que esse procedimento pode gerar uma certa instabilidade de meios de normatização da vida social, mas entendem que a complexidade social demanda que esses desafios sejam assumidos pelas ciências da sociedade. Nonet e Selznick. *Law in Society in Transition: Toward Responsive Law*.

expõe hipótese para a instauração do tema da individualidade político-jurídica, que é bastante coerente, ajudando-nos, por suas intuições, a vislumbrar de que modo às liberdades civis se relacionam com o tema da propriedade.

Começa sua hipótese, sobre o direito, aventando que uma possível crise dos valores jurídicos é participante de uma crise dos valores sociais. E essa, por sua vez, é fundada, em última medida, em uma crise dos valores morais. Para Durkheim falar em moral, em Estado ou em direito é falar de um mesmo constructo, que se não for harmônico, desencadeia uma quebra contraditória no *continuum* das identidades sociais. O Estado demanda comprometimento moral com a sua manutenção, tendo em vista que é resultado das representações coletivas. A democracia demanda comprometimento moral ainda maior, pois é a relação mais estreita entre o poder e os indivíduos, consubstanciando a realização moral, do ato de se conduzir politicamente indivíduos.

A economia é justamente o espírito pernicioso que dilacera o compromisso moral entre indivíduos e Estado, na medida em que fornece uma sorte especial de poder para que indivíduos possam quebrar a harmonia social. A solução para essa hipótese de dissolução do tecido social é a implementação de instâncias corporativas que regulem os interesses pessoais por intermédio do interesse dos grupos. As corporações devolvem ao direito o valor moral perdido com o recrudescimento dos valores liberais, por assim dizer. Assim, quando Durkheim afirma que a moral humana possui dois grandes objetos, sendo que esses são a vida e a propriedade, ele não assume qualquer noção de propriedade e muito menos se coloca próxima à noção de propriedade de um Locke<sup>21</sup>.

Podemos extrair dos textos de Durkheim: o seu atomismo social surge da dinâmica das instituições, mais ou menos, afastadas de seu destino e uso moral. A propriedade, para Durkheim, é o modo de observar o estado da moralidade. A percepção da propriedade constitui o “laboratório ideal” acerca dos valores morais atrelados à vida em sociedade, pois quando investigamos os modos de cristalização da propriedade, podemos notar a interação entre valores. Por assim dizer: a importância que damos à propriedade revela os valores socialmente difusos. A materialização do direito, para Durkheim, se confunde com o próprio direito. Não sabemos, ao certo, se existe uma instância de análise do direito, em Durkheim, que não seja, em larga medida, descrição dos modos de materialização social de valores difusos.

Não é demais indicar: tal como é para Weber, o estudo de Durkheim sobre o direito é bastante próximo de seu procedimento para analisar as religiões. Enquanto Weber percebe que a religião estabelece um processo de incrementar os mecanismos racionais, também o direito possui o mesmo incremento racional. Para Durkheim, a apropriação de algo por intermédio da vontade, que se direciona sobre um objeto, é bastante próxima da intangibilidade da coisa religiosa, tendo em vista: uma vez direcionada minha vontade sobre algo, tenho minha propriedade constituída. Esse processo é

---

<sup>21</sup> Emile Durkheim. Lições de Sociologia. p. 169.

estabelecido segundo a regra de que não pode existir propriedade anterior com relação ao objeto intencionado. De maneira que o respeito à propriedade alheia deva ser integral.

A propriedade não encontra possibilidade de justificação fundada em único homem. A propriedade só pode ser justificada em um raciocínio sobre a humanidade. Os interesses da humanidade criam a noção de propriedade e por isso a moralidade, relacionada à propriedade, é um atributo que não pode ser desvinculado. Locke justifica a propriedade como um direito natural, uma vez que a força instauradora do trabalho é fundamento suficiente para afirmar: o que o homem produz deve pertencer apenas a ele. Durkheim refuta essa assertiva, pois a troca, a doação e a herança são fundadas no trabalho. A propriedade se justifica pela colaboração dos homens e do interesse moral. A propriedade não é justificada pelo trabalho em si mesmo. A propriedade necessita do trabalho, enquanto movimento que modifica as matérias amorfas do mundo, mas o interesse da humanidade em ter a sua vontade respeitada é a força fundadora<sup>22</sup>.

Assim, para além do trabalho, e para além do fetichismo do objeto, a propriedade, filha que é da humanidade, precisa da opinião para ser fundada enquanto instituição<sup>23</sup>. Não é o simples objeto que diz o valor da coisa, mas o jogo de opiniões, afeitas ao sentido geral da moralidade, que ditará o quanto ganhamos, ou perdemos, com a estrutura social das aquisições<sup>24</sup>. A propriedade “instituição” possui seu fundamento na humanidade e na opinião construída, acerca dos valores do obtidos.

Agora, podemos perceber que grupos sociais podem encontrar justificativas para afastar a moralidade da propriedade. Por isso, instituição e moralidade não se confundem, a propriedade pode assumir feições mais próximas e mais distantes da moralidade, mas essa é a parcela institucional da propriedade<sup>25</sup>. A parcela moral da propriedade rogará pela defesa da vontade e invocará que essa deve ser soberana, atendendo ao princípio de que a vontade alheia deve ser respeitada<sup>26</sup>. Para Durkheim o Estado não deve englobar o indivíduo (de modo que ele perca a sua capacidade de se diferenciar das finalidades do Estado), mas o indivíduo não pode ter fins que signifiquem a ignorância da finalidade moral que a propriedade deve possuir. Assim, os interesses devem ser preservados e estimulados, mas nunca quando atentam contra a humanidade<sup>27</sup>. A dialética entre Estado e indivíduo é reforçada pela categoria do valor, esse deve ser entendido pelo caráter intelectual: gera vínculo entre uma coisa e um conceito (nessa caso de propriedade). Da mesma forma, o vínculo entre o próprio valor e a coisa.

A intelecção sobre os valores se dá fora do tempo, tendo em vista que se caracteriza como ato do pensamento, mas as elucubrações que envolvem o objeto devem se dar no espaço. Assim, à noção de propriedade para Durkheim, é a confluência entre o atemporal dos valores e a inscrição espacial do

<sup>22</sup> Emile Durkheim. Lições de Sociologia. p. 175.

<sup>23</sup> Emile Durkheim. Lições de Sociologia. p. 175. “O valor depende da opinião, é uma questão de opinião. Se construo uma casa num local que, de repente, se torna um lugar procurado por ser agradável ou por alguma outra razão, ela irá ganhar muito valor”.

<sup>24</sup> Emile Durkheim. Lições de Sociologia. p. 176. “Assim, em toda propriedade entra algo que não o trabalho do proprietário, mesmo que o objeto possuído saia efetivamente de suas mãos; entra, além de uma parte vinda da matéria, um elemento que vem da sociedade”.

<sup>25</sup> Utilizamos, neste ponto, instituição como sinônimo de corpo burocrático e não como ato social criativo. Ainda que todo o corpo burocrático dependa de atos sociais criativos.

<sup>26</sup> Emile Durkheim. Lições de Sociologia. p. 182. “Uma vez que minha vontade se declarou, nenhuma outra pode se declarar em sentido contrário; mas, inversamente, se nenhuma vontade se declarou, a minha pode se afirmar com toda a liberdade”.

<sup>27</sup> Emile Durkheim. Lições de Sociologia. p. 177.

objeto. A vontade direciona o valor, e, por isso, a vontade individual deve estar submetida à vontade coletiva superior<sup>28</sup>. Se nos valêssemos da linguagem do direito das obrigações chegaríamos à sentença de que os indivíduos se obrigam individualmente para que o instituto da obrigação encontre vigência em âmbito social. A coletividade é a grande possuidora das propriedades, e dentro desse espaço ideal às individualidades devem exercer as suas vontades de modo regrado, para que continuem exercendo a vontade e para que as vontades alheias não sejam tolhidas pelo mero arbítrio:

Para que os homens tenham fundamento para querer se apropriar das coisas individuais, é preciso que as coisas sejam originalmente possuídas por uma coletividade. E, como a única coletividade natural é a formada por toda a humanidade, como ela é a única completa, como todas as outras são apenas parciais, o direito de apropriação previsto implica uma comunidade original das coisas e deriva dela<sup>29</sup>.

Nas primeiras linhas deste ensaio fizemos alusão à falta de clareza sobre a separação entre os fenômenos jurídicos e os fenômenos morais. Ressaltamos que a distinção não é clara para Durkheim. Fizemos nota para afirmar: apesar da ausência de uma distinção, Durkheim é capaz de nos fornecer algumas intuições sobre o tema da propriedade. Com efeito, uma das intuições pode ser encarada como delimitação do espaço do cosmopolitismo. Desse momento, podemos traçar uma crítica à idéia de cosmopolitismo. Se a humanidade é a grande possuidora das propriedades e se a partir da humanidade as individualidades começam a manifestar as suas vontades, o tema da propriedade não possui sua instauração pelo fenômeno político e nem sua regulamentação pela noção jurídica, mas encontra sua gênese na transcendência moral. Não sendo uma noção de moral que possa ser resolvida nos confrontos políticos e discursivos, mas uma moral que possui morada absoluta no uso da razão e nos modos harmônicos de se chegar até os dividendos da racionalidade. Vamos contra as assertivas formuladas por Durkheim. Em primeiro momento porque a noção de moral não explica os fundamentos da propriedade, em segundo momento porque a propriedade é posta como evidência por intermédio de uma crença política e em terceiro lugar salientamos o fato de que o modo de regulamentação normativa dessas crenças não é a moral discursiva, e muito menos a transcendente, mas o direito. A idéia de cosmopolitismo frente a concepção de que moral e direito são fenômenos diferenciados é impossível, pois para o cosmopolitismo deve haver uma regulamentação normativa para a humanidade que extravase o campo das regras postas.

Entendemos por moral transcendente a concepção kantiana baseada na capacidade da razão em descobrir o bom e o justo e por moral discursiva a concepção habermasiana de que os modos institucionais de diálogo podem nos trazer um consenso razoável acerca do bom e do justo. Filiamos a uma concepção de moral cética que encontra abrigo em Hume, onde a moral deve ser

<sup>28</sup> Emile Durkheim. Lições de Sociologia. p. 180. “Não posso, em nome de minha vontade individual, obrigar ninguém a se abster do uso de uma coisa, para com a qual, aliás, ninguém teria nenhuma obrigação; só posso fazê-lo, portanto, em nome da vontade coletiva de todos os que possuem essa coisa em comum”.

<sup>29</sup> Emile Durkheim. Lições de Sociologia. p. 180.

observada pelas crenças que norteiam, e, a melhor maneira de empreender essa noção é a separação entre os campos da moral e do direito.

Para que o cosmopolitismo seja possível enquanto doutrina que percebe a universalidade da propriedade, como algo inexorável à humanidade, o conceito de propriedade não pode ser jurídico, ou seja, fundado na historicidade das instituições e suas acidentalidades, mas deve ser fundado na natureza das coisas. O Estado civil, onde a lei governa a vontade dos homens, não é para Durkheim fundador da propriedade, mas apenas a regulamenta. Ao contrário do que veríamos em uma concepção empirista, onde encontraríamos, na ordem dos fatos sociais, uma diferença marcante entre os fenômenos jurídicos e os fenômenos morais. Ainda que, em alguns momentos, direito e moral, efetivamente, andem juntos<sup>30</sup>. Durkheim salienta duas razões pelas quais não podemos dizer que a propriedade decorra do Estado civil, mas sim ao contrário: (1) primeira que a propriedade é fundada na natureza da vontade humana e (2) segunda que a propriedade é fundada na natureza das relações entre a humanidade e a terra<sup>31</sup>.

### III

Encerramos, o item sobre Weber, anunciando que explanaríamos alguns conceitos de Durkheim que nos seriam úteis para compreender como o processo de racionalização do direito, faz com que seja cada vez mais premente a presença de outras disciplinas para compreender o direito. Vimos, com Durkheim, que a noção de propriedade integra todo um sistema de harmonias sociais, e, da mesma forma, vimos que a propriedade extravasa o interesse individual e demanda que os interesses sejam norteados pela vida pública. Discordamos de Durkheim, com relação à interpretação da sociedade como um sistema de moralidade. E discordamos que a propriedade seja o ponto central da realização moral na vida em sociedade. Anunciamos, outrossim, que iniciaremos esse tópico dissertando sobre as características do direito moderno. Faremos dissecação dessas características para evidenciarmos como elas se relacionam com o monopólio da força (*imperium*) e com os tipos sociais que estão envolvidos na dinâmica do direito em suas muitas fases de racionalização. Concluiremos, este item, com a assertiva de que a racionalização significa, no momento em que atingimos o nível técnico do formalismo jurídico, uma progressiva materialização devido à dinâmica mais complexa. Ao mesmo tempo em que o direito demanda uma lógica própria, mecanismos de razoabilidade próprios e profissionais, em virtude da dinâmica mais complexa, que dominem a técnica específica; o fenômeno para ser compreendido, em sua inteireza, demanda que outras disciplinas (como sociologia e a psicanálise) descrevam o mesmo objeto, sob pena de que, sem esse esforço, dimensões epistemológicas essenciais sejam olvidadas.

<sup>30</sup> H. L. A. Hart. *The Concept of Law*. p. 185-193.

<sup>31</sup> Emile Durkheim. *Lições de Sociologia*. p. 183.

Assim, no que tange as características do direito moderno, Weber salienta que o arraigamento da forma, e a progressiva materialização, pode ser identificada numa série de outras situações: (1) na aplicação do constructo sistemático a fatos concretos, pelo o que os juristas denominam subsunção do fato a norma, de modo que além da aplicação formal, uma série de disciplinas devem ser mobilizadas para que vejamos os efeitos da aplicação. (2) A adequação da lógica formal à lógica própria ao direito pela incorporação da figura do razoável. (3) A formação do dogma da completude, segundo o qual acreditamos que o sistema de regras possui ferramentas endógenas para suprir possíveis deficiências, no caso de um fato não ser previsto em lei. (4) A formação do dogma de que o direito funciona de modo racional e se não for racional o procedimento não é direito. (5) A ação social sendo compreendida como aplicação e execução, de modo que haja modos de correlacionar a dinâmica entre esses elementos da lei<sup>32</sup>.

Quando Habermas analisa a questão do direito formal moderno encontra questões muito semelhantes a essas apresentadas, de modo que podemos chamar as suas conclusões de weberianas, se não formos muito rigorosos. Habermas pensa o tema do constitucionalismo atrelado à noção formal. E nos diz que o direito das sociedades ocidentais se vincula a positividade, enquanto modo de enunciar a sistematicidade das regras, por um lado, e ao caráter coercitivo do direito, pelo qual deve assegurar liberdade para um maior número de pessoas, por outro.

O caráter coercitivo encontra modificabilidade, de seus objetos, por intermédio da mudança das leis. A mudança das leis, em uma democracia, demanda muito mais uma dinâmica retórica, do uso das regras, do que propriamente à sapiência acerca da técnica. Por isso, Habermas indica que no direito moderno, ao mesmo tempo em que assumimos o formalismo da jurisprudência, temos, inextricavelmente, de assumir a teoria democrática que nos dá os elementos de construção de legitimidades. A relação entre jurisprudência e democracia se dá no âmbito da materialização, mas, como é próprio da ética do discurso, dá-se em âmbito conceitual. Poderíamos, nesse sentido, indicar que o diagnóstico de Habermas aprofunda um pouco mais a análise weberiana, pois enquanto Weber informa a materialização em âmbito instrumental, qual seja, o da racionalidade, Habermas traz a materialização para o âmbito da persuasão conceitual, fazendo com que, em âmbito democrático, o formalismo estrito não seja mais aceitável.

O que Habermas indica (com o que Weber ainda não se compromete) é que o direito formal das sociedades modernas possui como valor, uma vez que se encontre em estado de irmandade com a teoria democrática, a liberdade. Como expusemos – na parte I Kant diz – mesmo que se comprometendo com juízos morais: (com os quais Habermas também se compromete, motivo de nossa discordância) - a legalidade é, ao mesmo tempo, coercitiva e uma lei de liberdade.

---

<sup>32</sup> Max Weber. *Economia e Sociedade*. p. 13. "... que a ação social das pessoas seja sempre interpretada como "aplicação" ou "execução" ou, ao contrário, como "infração" de disposições jurídicas, isto porque, de modo correspondente à ausência de lacunas no sistema jurídico, também a "situação jurídica ordenada" seria uma categoria básica de todo acontecer social".

Dessa maneira, a validade em tempos de formalização e materialização, deve ser, segundo o parecer de Habermas, a possibilidade de se coadunar imposição jurídica e instituição legítima. O que significa que para "... garantir de um lado a legalidade do procedimento no sentido de uma observância média das normas que em caso de necessidade pode ser impingida por meio de sanções, e, de outro lado, a legitimidade das regras em si, da qual se espera que possibilite a todo o momento um cumprimento das normas por respeito à lei" precisamos de um conjunto conceitual que forneça meios para que a sistematicidade da jurisprudência e a teoria democrática sejam discutidas como meios afins para a consecução do interesse público. De modo que as disciplinas que têm na normatividade social um objeto possam contribuir para o esclarecimento legítimo do direito, sob pena de perdermos a segurança do dogma da racionalidade instrumental (pois para os outros modos de racionalidade já não mais encontramos meios de fundamentação)<sup>33</sup>.

A continuação weberiana, do assunto abordado, procura encontrar em alguns fatos sociais o que poderíamos denominar de evidências da abordagem material do direito. Ao informarmos que a materialização do direito participa do processo de formalização, estamos a dizer que os modos de criação do direito estão sempre em fase de reinvenção, uma vez que: são dependentes do cenário material e formal. À pergunta de Weber sobre como são criadas novas regras jurídicas só podemos responder com o lacônico: de muitas formas podem ser criadas as regras jurídicas. Atentando para os comentários de Habermas diremos que as regras são criadas por intermédio das leis, coadunando força coercitiva e legitimidade pública construída em um ambiente democrático. Mas esse diagnóstico é válido para sistemas democráticos, não podendo ser indicado como a essência do problema do fenômeno normativo.

Weber mostra como a figura do estatuto legal é distintiva de um certo grau de formalização que distingue, a *common law*, por exemplo, do regime jurídico romano-germânico dito pelos ingleses como *statute law*. A formalização romano-germânica é nitidamente vertical, de modo que o aparato lógico para a sistematização é utilizado de modo anterior à criação da regra, de maneira que a regra surge em um ambiente normativo devidamente dotado das ferramentas da lógica. No caso da *common law* a sistematicidade vai sendo criada conforme as pretensões vão surgindo, um emaranhado de decisões e contendas pode ser formalizado de modo que a previsibilidade escape à mera relação de analogia. Evidentemente, alguns fatores da *common law* seriam muito úteis ao *statute law* e da mesma forma a capacidade de prever o funcionamento das regras em um ambiente sistemático é alguma coisa que a *common law* pode retirar do *statute law*<sup>34</sup>. O consenso entre esses

<sup>33</sup> De certa forma, podemos dizer que a noção de racionalidade é bastante cara para Habermas, de um modo que podemos ensejar que a teoria do discurso é uma espécie de tentativa de salvamento dos pressupostos morais da metafísica dos costumes de Kant. Mas ao mesmo tempo em que encara a moral com bons olhos, afirma que essa não é suficiente para a normatização dos fenômenos sociais. Assim, temos em Habermas um aliado factual, para a compreensão dos fenômenos do direito e da moral como questões distintas, mas temos nele um adversário; na medida em que procura, pelo discurso, devolver à moral o papel de protagonista das questões que norteiam a vida pública. Jürgen Habermas. A inclusão do outro. p. 296. "... o direito moderno, em razão de seu caráter formal, exime-se em todo caso de qualquer ingerência direta que advenha de uma consciência moral remanescente e pós-tradicional".

<sup>34</sup> O ambiente de integração europeu é um grande laboratório para a intersecção dos dois modelos de formalização da atividade jurídica. Todavia, essa influência não é hodierna sendo possível encontrar a dupla influência em uma série de sistemas legais tidos como antigos.



dois regimes jurídicos – o que informa que são estágios formais semelhantes – habita no fato de que é primordial: a efetividade das regras, a construção da legitimidade e a progressiva racionalização dos instrumentos<sup>35</sup>.

A observação dos fatos sociais evidencia, para Weber, na história das instituições, três fases determinantes no processo de formalização do ato de se aplicar regras: (1) a primeira é caracterizada pela simples aplicação da regra do precedente, sem qualquer anseio por estrutura lógica ou sistematização; (2) a segunda é marcada pela possibilidade dos precedentes criarem estatutos legais a serem seguidos, de modo a orientar a formalização sistemática; (3) a terceira fase é pontuada pela criação dos estatutos que se fazem independentes e irradiam verticalmente sua vinculação normativa<sup>36</sup>. Um bom exemplo desse tipo de estrutura lógico-racional é a enunciada pelo código de Napoleão de 1804<sup>37</sup>.

É evidente pensar que a noção de *imperium* decorre da dinâmica das guerras de conquista e de como o dominador precisará, em curto espaço de tempo, gerar normatividade para algumas condutas, para evitar que crises econômicas e sociais - decorrentes do processo de dominação - se recrudescam ainda mais. Weber, dessa forma, afirma que um dos componentes da secularização do direito, de modo que consegue se emancipar da tradição para favorecer determinados princípios, é a ação do guerreiro, ou seja, do conquistador.

O domínio bélico faz com que a autoridade dos anciãos e dos que manipulam a magia diminua, tendo em vista que uma vez que surgem conflitos, uma força exógena; militar, devemos dizer, romperá o vínculo da relação por intermédio da solução abstrata.

O ajustamento entre o *imperium* do príncipe guerreiro, por uma lado, e os guardiões seculares ou religiosos da tradição sagrada, por outro, e, por fim, as pretensões de uma comunidade militar, relativamente independente diante da tradição, também de participar no controle das disposições promulgadas realizam-se com resultados muito diversos<sup>38</sup>.

Weber se dedica, nos últimos parágrafos do capítulo sobre o sentido formal do direito, a uma espécie de genealogia de tipos sociais dos homens que se dedicam ao direito. Evidencia, o modo como cada organização jurídica demanda um tipo de ator específico. As organizações sociais, ainda próximas da magia ou do carisma, outrossim, necessitam de tipos que exerçam a dinâmica própria da demonstração da lei, através da revelação pelo verbo ou pela evidência do oráculo. O processo de racionalização demanda que a especialização técnica em procedimentos administrativos e jurídicos

<sup>35</sup> Max Weber. Economia e Sociedade. p. 67.

<sup>36</sup> Max Weber. Economia e Sociedade. p. 79.

<sup>37</sup> Falamos da Revolução Francesa e de Napoleão, mas não podemos olvidar que a separação entre a forma e a aplicação é uma invenção Romana, não por acaso são os Romanos pioneiros na atividade de verticalização no uso das regras, e, ainda, não por acaso cunham o conceito de *imperium* para dizer o monopólio da força que exercem sobre os povos dominados. E indicam, os Romanos, de que modo o novo direito, imposto, se baseia na estrutura do *imperium* e na criação da legitimidade para vigorar. Vejamos em Max Weber. Economia e Sociedade. p. 81. "Em todo caso, existia também em Roma o princípio da separação entre direito formal do processo e a aplicação do direito, ainda que, sem dúvida, numa forma tecnicamente muito diferente da elaboração germânica da sentença".

<sup>38</sup> Max Weber. Economia e Sociedade. p. 82.

seja imensa. Nesse momento nossas sociedades passam a demandar um tipo muito específico de ator, a saber, o advogado ou procuradores privados. O juiz deixa de ser uma figura de revelação para ser um profissional que deve dominar determinadas técnicas. A tarefa da lei torna-se uma atividade que demanda concentração integral de esforços.

A racionalização, ao mesmo tempo em que exige um profissional que domine as técnicas subjacentes à atividade que irá exercer, demanda que os fenômenos que compõe o objeto do direito, mas que não são passíveis de elucidação pelo formalismo do direito, possuam abordagens por outros conjuntos de saberes. Nesse ponto vemos a economia, a sociologia e a psicanálise como epistemes que exploram partes do objeto do direito ocultos a jurisprudência.

### **3. A integração do direito: confronto de teorias, ou de como a teoria do direito se faz inafastável da atividade de interpretar regras, em um cenário público**

A temática do fato normativo e a sua expressão na vida pública foram largamente trabalhadas nas linhas acima. Passaremos agora a dissertar sobre a importância da temática da interpretação do direito. Weber se pudesse observar a questão da interpretação pelo enfoque contemporâneo, provavelmente teria dificuldades em situá-la no rumo evolutivo da formalização. Uma abordagem que pode dar uma segunda opinião sobre o tema da formalização, sem assumir a mesma finalidade histórica do direito, enseja demonstrar que para além do inexorável rumo ao sistema, coadunado com a crescente materialização, existe a construção de legitimidades por intermédio do conceito de legalidade. Ao invés de fundar a formalização em um rumo factual, fundamenta o processo de formalização na atividade de construir consensos acerca dos mandamentos normativos<sup>39</sup>. Essa temática nos abre para a questão de como podemos utilizar a interpretação no direito, sem olvidar para o sentido do sistema de regras, evidenciando o que é uma concepção de direito como integração.

A integração se afasta da materialização weberiana porque incorpora a atividade de interpretar como sendo fundadora da experiência jurídica. Assim, a pergunta sobre o que fazemos quando criamos e aplicamos normas, deve ser respondida com um categórico: interpretamos fenômenos e criamos viabilidade normativa para o convívio social através da lei. O conceito de interpretação é absolutamente fragmentário, encontrando soluções possíveis segundo o cenário apresentado pelo problema; a sociologia de Weber, uma vez que estipula compreensão absoluta sobre os fenômenos da sociedade, olvida o aspecto interpretativo.

Em nossas democracias, a integração, e, sucessivamente, a arte de interpretar fenômenos, de modo que as experiências humanas estejam integradas, devem estar aliadas à questão dos poderes públicos. Assim, a aplicação da lei não pode ignorar a dinâmica legislativa como fonte que emana o ideal político e a noção de honra política<sup>40</sup>. A atividade política deve lidar como a noção de “*nossos*

<sup>39</sup> Essa temática encontra-se desenvolvida em Jürgen Habermas. *Direito e Democracia*. V. 2. p.193-208.

<sup>40</sup> Ronald Dworkin. *O Império do Direito*. p. 213.

*ideais políticos*” e correlacionar se a política que temos corresponde à política que queremos, da mesma forma, a política que temos deve ser interpelada pela política que nos honraria enquanto cidadãos<sup>41</sup>.

Na política comum, porém, devemos tratar a integridade como um ideal independente se a admitirmos por inteiro, pois pode entrar em conflito com esses outros ideais. Pode exigir que apoiemos uma legislação que consideraríamos inadequada numa sociedade perfeitamente justa e imparcial, e que reconheçamos direitos que, segundo acreditamos, seus membros não teriam<sup>42</sup>.

O paradoxo da integridade é que a observação interpretativa dos fenômenos exige uma espécie de visada sobre todo o núcleo social, atitude que é inconciliável com o estágio de formalização em que nos encontramos. Podemos dizer que a integração, enquanto política, ou lei, não é desejável, mas deve ser desejada enquanto método de interpelação de nossos valores e de como esses acabam por se atualizar na esfera pública. Por certo, valores como justiça e equidade podem entrar em conflito com tal atitude hermenêutica – e os mecanismos de segurança jurídica (como o devido processo legal) entrarão em funcionamento para dizer quando a integridade pode ser utilizada ou quando deve ser afastada – e por essa razão a integridade deve ser norteada por princípios políticos. Ainda que compreendamos que a integridade pode suprimir a equidade e a justiça em algumas hipóteses<sup>43</sup>, tal ação deverá estar fundamentada em princípios políticos que se aliem à democracia e aos processos deliberativos que não suprimam minorias<sup>44</sup>.

Por outro lado, a integridade, mesmo que possua visada interpretativa sobre o meio social, não se confunde com atitude conciliatória em âmbito político ou jurídico. Podemos, com efeito, até mesmo, afirmar que conciliar duas posturas contraditórias, sem um princípio político claro, é uma violação ao ideal de uma interpretação integral dos fenômenos. Por aplicação conciliatória devemos entender o momento em que são permitidas aplicações de leis cujos valores são absolutamente contraditórios. Para que isso não desrespeite a sistematicidade do ordenamento, engendram-se aplicações nucleares, dando o sentido de que uma esfera de atuação não interfere na outra, de modo que são *conciliadas*. O exemplo que Dworkin insiste em dar é o caso do aborto autorizado nos últimos três meses de gravidez, diz que essa medida não atende à integração, tal como a medida de permitir abortos para mães nascidas em anos ímpares também não atenderia. Não nos fica claro a exemplificação do descumprimento ao princípio de integração, para nós o princípio pode ser visto na postura pública de assumir que a vida política deve ser norteada por princípios amplamente discutidos, os quais serão os paradigmas da interpretação das regras.

<sup>41</sup> Ronald Dworkin. O Império do Direito. p. 215.

<sup>42</sup> Ronald Dworkin. O Império do Direito. p. 214.

<sup>43</sup> Ronald Dworkin. O Império do Direito. p. 215. “Se acreditarmos que a integridade é um terceiro e independente ideal, pelo menos quando as pessoas divergem sobre um dos dois primeiros, então podemos pensar que, às vezes, a equidade ou a justiça devem ser sacrificadas à integridade”.

<sup>44</sup> Ronald Dworkin. O Império do Direito. p. 217. “...cada ponto de vista deve ter voz no processo de deliberação, mas a decisão coletiva deve, não obstante, tentar fundamentar-se em algum princípio coerente cuja influência se estenda então aos limites naturais de sua autoridade”.

Quando Dworkin afirma que se “insistimos na integridade porque acreditamos que as conciliações internas negariam o que é freqüentemente chamado de “igualdade perante a lei e, às vezes, de igualdade formal<sup>45</sup>” está dizendo que nenhuma sociedade pode funcionar se adotar *internamente* pontos de partida relativistas. De alguma forma é preciso, em âmbito social, assumir a liberdade e a igualdade enquanto princípios públicos, e não somente enquanto normas a serem regulamentadas ou de aplicação sempre vindoura. A aplicação de normas fala à sistematicidade das regras, com bem ensina o velho Weber, mas também diz respeito à postura teórica (ou de princípio) que assumimos. Evidentemente, não afirmamos que o direito, em sua aplicação, diga respeito ao mesmo fenômeno da moral. Contudo, afirmamos que o direito necessita de comprometimento teórico, ou melhor, de comprometimento com uma imagem de mundo político que almejamos construir. Dworkin considera que a sociedade deve ser assumida enquanto agente moral; discordamos: afirmamos que a sociedade deve ser assumida enquanto agente criativo comprometido com princípios específicos.

De certa forma, os rumos que Dworkin deseja assumir são se coadunam com a transformação da sociedade em agente moral (agente movido pelo sentido da virtude pública, e, conseqüentemente na constituição da autoridade baseada na moralidade), tendo em vista que todas essas medidas, ainda que norteadas por princípios, irão se tornar mais opressivas com o passar do tempo. Se a preocupação é a liberdade, e a igualdade, não devemos fundá-las no estatuto da moralidade, pois a moralidade, em regra, deseja segurança, e não igualdade e liberdade, por isso assumir princípios deve dizer respeito à crença de que princípios são, norteadores da vida política, melhores do que o exercício da autoridade moral.

A integridade também contribui para a eficiência do direito no sentido que já assinalamos aqui. Se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõe, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito<sup>46</sup>.

Hart, em texto denominado, *Are there any natural rights*, trabalha a questão, pondera: o único direito moral, sem fundamento epistemológico cabe dizer, que podemos assumir é a liberdade. Pois todos os outros se vinculam a liberdade em alguma proporção. Mas assumir esse direito moral mínimo não é fundar a normatividade da vida pública na autoridade moralizadora, mas na crença acerca da

<sup>45</sup> Ronald Dworkin. O Império do Direito. p. 225.

<sup>46</sup> Ronald Dworkin. O Império do Direito. p. 229.

importância da liberdade. Crença coadunada com o desejo de criatividade na vida pública e não com os mecanismos condicionantes da moral<sup>47</sup>.

A noção de integridade coaduna as duas mais importantes idéias da jurisprudência contemporânea. Vale-se da noção (1) de interpretação: pois indica que a vida pública, e seus processos, são basicamente fenômenos criativos, devendo ser encarados como regras criadas e princípios estabelecidos. (2) Vale-se da perspectiva da decisão. A decisão escapa ao contratualismo, segundo o qual a obrigação se encontra no acordo de vontades dos indivíduos, uma vez sacrificadas, em parte suas liberdades. Pela decisão entendemos que a vida pública não nasce de um acordo, mas de uma necessidade. Da necessidade podem surgir viabilidades da vida pública. E uma delas é encontrada no ato de se assumir princípios relevantes para o norteamo da aplicação de regras. Aplicação de regras sociais e das regras jurídicas. O que significa dizer que “a obrigação política deixa de ser, portanto, apenas uma questão de obedecer a cada uma das decisões políticas da comunidade, como em geral a representam os filósofos políticos<sup>48</sup>”.

Assim, a atitude compreensiva da integração gera inafastabilidade entre o campo da política e a esfera jurídica, significa dizer que para que assumamos uma postura integradora, em âmbito público, devemos assumir princípios políticos que se compostos pelo poder da decisão social deliberada. Outrossim, o direito se compromete com os princípios da política. Todavia, fundamentos políticos absurdos, quando vistos do ponto de vista jurídico, não são bons fundamentos, pois não possuem aplicabilidade funcional. Os fundamentos jurídicos que olvidam a dinâmica política, da mesma forma, são maus fundamentos, pois olvidam a dimensão resolutiva que o direito deve carregar.

A postura interpretativa não consiste em um convencionalismo saudosista. Por saudosismo entendemos a crença de que basta aplicar no futuro o que aconteceu no passado para se estabilizar o direito e a política. Outrossim, não consiste em *vanguardismo*, espera do futuro a solução do presente, como parecem crer os pragmatistas. Assim, o direito não é nem descoberto e nem inventado, mas concerne a “prática jurídica contemporânea como uma política em desenvolvimento”. Por isso, Dworkin afirma que o direito como integridade se dá: (1) tanto como produto de uma interpretação abrangente da sociedade, aquela com capacidade de fundar direito e política, como elementos indiscerníveis, (2) quanto como fonte de inspiração para a modificabilidade social.

A integridade não exige que o direito seja coerente com relação as suas supostas fases de desenvolvimento<sup>49</sup>, mas que formule e respeite os princípios postos, não segundo justificativa fundada na metafísica, mas segundo ato de assunção de que a realidade política-jurídica é dotada de alto grau de complexidade, onde apenas interpretações parciais de fenômenos podem ser utilizadas. Dessa forma, a relação entre o direito como integridade e a ciência da história é meramente circunstancial,

<sup>47</sup> H. L. A. Hart. Are there any natural rights. p. 175.

<sup>48</sup> Ronald Dworkin. O Império do Direito. p. 229.

<sup>49</sup> Devemos notar que na interpretação de Weber a coerência é intrínseca ao desenvolvimento racional dos mecanismos da formalização e posterior materialização. Da mesma forma em Habermas a coerência é necessária para que os discursos obtenham preeminência no espaço público.

na medida em que as interpretações demandam, muito mais do que uma circunscrição histórica de um cenário<sup>50</sup>, onde possa colher elementos para engendrar o sentido que almeja. Evidentemente, a interpretação é uma ação subjetiva e Dworkin não vê qualquer problema nisso, pois ainda que seja subjetiva demanda que seja estruturada em linguagem e submetida à adequação com os objetos da vida social. O julgamento público sobre a melhor interpretação é o melhor juiz para a aplicação do conceito ao caso concreto. Assim, a interpretação sempre diz respeito à intenção do intérprete, sua criatividade e os cenários que deseja evidenciar<sup>51</sup>.

### Conclusões

(1) O processo de racionalização das instituições indica separação pragmática entre direito e moral. Mas a separação institucional, depende, das dinâmicas intrínsecas da linguagem e das crenças formadoras das instituições. Até mesmo a distinção lingüística depende dos mecanismos de formação de crenças na vida pública.

(2) Contudo, a ausência de uma distinção conceitual entre direito e moral, permite que o particularismo ético tome as instituições jurídicas de assalto: como no ativismo judicial ou na judicialização da política.

(3) O positivismo jurídico oferece mecanismos céticos que impedem a formação do particularismo ético, ao mesmo tempo em que permite pensar, em novas bases, os direitos individuais e humanos.

### Referências

- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Edited by Wilfrid E. Rumble. London, Cambridge University Press: 1995.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes: 2003.
- DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. Tradução Mônica Stahel. São Paulo, Martins Fontes: 2002.
- GAUCHET, Marcel. *La révolution des pouvoirs : la souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*. Paris, Gallimard : 1995.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. Are there any natural rights? *The Philosophical Review*, 1955, v. 64, p. 175-191.
- \_\_\_\_\_. *The concept of law*. Edited by Peter Cane, Tony Honoré and Jane Stapleton. Oxford, Oxford University Press: 1994.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia in: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber. São Paulo, Editora Loyola: 2004.

<sup>50</sup> A função do cenário para a Hermenêutica pode ser vista em *Verdade e Método* de Hans George Gadamer. Também pode ser perscrutada, com um pouco mais de dificuldade, em *Ser e Tempo* de Martin Heidegger e em *A Escritura e a Diferença* de Jacques Derrida.

<sup>51</sup> Ronald Dworkin. *O Império do Direito*. p. 275.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 1997.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução Norberto de Paula Lima. São Paulo, Ícone: 1997.

KANT, Immanuel. A doutrina do direito in: \_ *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. Bauru, EDIPRO: 2003.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and society in transition: toward responsive law*. New Jersey, Transaction Publishers: 2001.

Weber, Max. *Economia e sociedade*. Tradução Regis Barbosa. São Paulo, Imprensa Oficial: 1999.