

RACIONALIDADE JURÍDICA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: REFLEXÕES SOBRE A DECISÃO JURÍDICA A PARTIR DE MAX WEBER

*LEGAL RATIONALITY AND DEMOCRATIC RULE OF LAW: REMARKS ON THE
LEGAL DECISION GROUNDED UPON MAX WEBER'S WORK*

Adalberto Narciso Hommerding¹

Francisco José Borges Motta²

SÚMARIO: Introdução; 1. A *ação social* em Max Weber: conceitos preliminares; 2. Max Weber e o Direito; 3. De Max Weber a Luigi Ferrajoli: a validade qualificada do modelo garantista; 4. A decisão judicial em evidência: Weber, Dworkin e o caso brasileiro; Considerações Finais; Referência das fontes citadas.

RESUMO

Este artigo visa a examinar a racionalidade da decisão jurídica, nos quadros de um Estado Democrático de Direito, a partir de uma releitura da obra de Max Weber. A validade/legitimidade do direito, em Weber, reside não apenas no reconhecimento, mas na possibilidade de coerção. Já em Democracias Constitucionais a validade passa a ser uma validade qualificada, pois a norma jurídica, seja ela no sentido de texto legal ou como produto da interpretação judicial, deve estar em conformidade com o conteúdo material da Constituição. Pretende-se situar, analiticamente, os impactos desta transformação na discussão weberiana a respeito das racionalidades da ação social, ora orientadas a valores, ora a fins. Para tanto, será estabelecido um diálogo, num primeiro momento, com o pensamento de Luigi Ferrajoli sobre a validade do Direito; e, num segundo, com o de Ronald Dworkin, que concebe a decisão judicial como uma ação gerada por princípios.

Palavras-chave: Max Weber; Decisão judicial; Ação social; Racionalidade jurídica; Estado Democrático de Direito

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo/RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS e na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *campus* de Santo Ângelo/RS, na Graduação e Mestrado em Direito. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: anhommerding@tj.rs.gov.br

² Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor da Faculdade Escola Superior do Ministério Público – FMP (graduação e mestrado). Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: bmotta@mp.rs.gov.br

ABSTRACT

This paper revisits Max Weber's work with the purpose to examine the rationality of legal decisions in a Democratic Rule of Law framework. As Weber points out, the validity/legitimacy of Law regards not only on recognition, but also on coercion. On the other hand, Constitutional Democracies ground juridical validity of rules and legal interpretations in their accordance with the substantive content of the Constitution. This text intends to analyse the impacts of this perspective change on Weber's remarks about the rationalities of social action, sometimes guided by values, sometimes guided by goals. In order to do so, a dialogue with Luigi Ferrajoli's thinking on the validity of Law, and with Ronald Dworkin's notes on principle-grounded legal decisions, will be established.

Keywords: Max Weber – judicial decision – social action – legal rationality – Democratic Rule of Law

INTRODUÇÃO³

A Sociologia do Direito, ou Sociologia Jurídica⁴, tem uma finalidade prática que é a de mostrar aos juristas a outra face do Direito, ou seja, a realidade mundana, fazendo neles despertar uma consciência crítica com relação à ordem jurídica, realizando, portanto, um contraponto à postura dogmática⁵.

Do ponto de vista da dogmática jurídica, o sistema jurídico é um conjunto lógico-formal de regras jurídicas. Suas características são a sistematização, generalidade, completude, unidade e coerência⁶. A dogmática jurídica trata da significação conceitual das normas que compõem determinado sistema jurídico.

³ O presente texto foi elaborado da seguinte forma: a proposta de trabalho, bem como o estudo do pensamento de Max Weber e da obra de Luigi Ferrajoli, são de responsabilidade do primeiro autor (Adalberto); já as aproximações deste quadro referencial com o pensamento de Ronald Dworkin foram supervisionadas/complementadas pelo coautor (Francisco); as conclusões são resultado de trabalho conjunto entre autor e coautor. A temática vem sendo objeto das disciplinas *Políticas legislativas e diversidade* e *Temas em sistemas de direitos fundamentais e Constituição*, do Mestrado e Doutorado em Direito da URI, campus de Santo Ângelo/RS, ministradas pelo autor Adalberto, e *Garantias processuais dos bens públicos incondicionados*, do Mestrado em Direito da FESMP, Porto Alegre/RS, ministrada pelo coautor Francisco.

⁴ Acerca da distinção ou similitude entre uma e outra consultar: OLIVEIRA, Luciano. *Manual de sociologia jurídica*. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 11-23.

⁵ JUNQUEIRA, Elaine B. *A sociologia do direito no Brasil: introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993, p. 56.

⁶ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Tem por papel interpretar o direito em vigor para permitir sua aplicação. Constrói um sistema conceitual o mais coerente e completo possível. Estuda o conjunto das normas jurídicas formalmente válidas. Sua meta é sistematizar, estruturar esse conjunto por meio de conceitos jurídicos⁷.

Já na observação sócio-jurídica, o sistema jurídico, primeiro, é um lugar de interação; é um sistema de comunicação formado por símbolos normativos com função persuasiva. Segundo, é um sistema de símbolos normativos que age como elemento causal dos comportamentos sociais. A Sociologia do Direito, assim, examina a realidade social subjacente às normas jurídicas; estuda os comportamentos, os fenômenos sociais, que são elementos determinantes na elaboração das normas jurídicas; estuda as funções atribuídas às normas, às instituições jurídicas; analisa os comportamentos sociais condicionados, impostos à força pelo sistema jurídico formalmente válido⁸. A Sociologia do Direito, em síntese, visa a apontar *consequências práticas*. Este é o termo importante no que diz com os objetivos da Sociologia do Direito: consequências práticas decorrentes de certas normas, de certas instituições que estejam formalmente em vigor. Enquanto a dogmática jurídica examina a validade formal do Direito, a Sociologia do Direito interessa-se pela validade empírica, pela eficácia social do Direito.

É certamente controverso situar o ponto de interseção entre a *descrição* (objeto da sociologia jurídica) e a *prescrição* (propósito de uma teoria normativa, a fornecer critérios para a tomada de decisões). Que o diga o célebre debate Hart v Dworkin⁹. É difícil, porém, deixar de reconhecer que há um enriquecimento

⁷ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 15.

⁸ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11-16.

⁹ Como se sabe, Hart se propôs, em seu *The Concept of Law*, a fazer um exercício de *sociologia descritiva*, qual seja, o de descrever o sistema jurídico de forma moralmente neutra; Dworkin, por sua vez, defende que o estudo conceitual não tem como ser meramente descritivo, na medida em que estudar um conceito *seria interpretá-lo* e, no caso do direito, isso implicaria fazer alegações substantivas (morais e éticas) para fundamentar essa interpretação. Conferir, para uma análise mais abrangente desta divergência, bem como de outros aspectos do conhecido debate: MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2017.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

recíproco no estabelecimento de um diálogo entre estes dois domínios. Trata-se, quando menos, de aprimorar a autocompreensão do agente a respeito do que faz e sobre as consequências de suas ações.

Com isso em vista, o presente trabalho visa a estabelecer um diálogo entre a observação sociológica e a prescrição teórico-normativa a respeito do tema da *decisão judicial*, assunto este que vem preenchendo nossas pesquisas já há mais tempo¹⁰. Retomamos, assim, as conhecidas reflexões de Max Weber a respeito da *ação social*, com o objetivo de verificar a sua compatibilidade com a arquitetura de um Estado Democrático de Direito. Esta investigação será feita mediante a aproximação, primeiro, com o pensamento de Luigi Ferrajoli, dando ênfase às suas reflexões sobre a validade do Direito; e, depois, com as contribuições do jusfilósofo Ronald Dworkin, um autor especialmente preocupado com as exigências democráticas da atividade decisória.

Mãos à obra, pois.

1 A AÇÃO SOCIAL EM MAX WEBER: CONCEITOS PRELIMINARES

Max Weber (1864-1920) é o representante *mais enciclopédico* da sociologia do século XX¹¹. A Sociologia é apenas um dos tantos temas com os quais se ocupou. Religião, poder e economia são algumas das temáticas sobre as quais Weber também se debruçou. A Sociologia, porém, só foi objeto de dedicação explícita de Weber no final da sua vida¹². Mas, sem dúvida, dos autores mais representativos da Sociologia, quem mais prestou atenção no Direito – e daí sua

¹⁰ Conferir, dos autores deste texto, dois trabalhos mais remotos a abordarem do tema da decisão jurídica: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; e MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹¹ A expressão é de SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011, p. 99.

¹² Cfe. COHN, Gabriel. Introdução. In: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. 7. ed. 5. impressão. São Paulo: Ática, 2003, p. 9.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

importância para a Sociologia do Direito - foi Max Weber¹³. Não é à toa que um dos maiores sociólogos americanos, Talcott Parsons, afirmou encontrar-se o âmago da teoria sociológica geral de Weber na sua sociologia do Direito. Para Parsons, o núcleo central da teoria weberiana não se encontra nas suas abordagens dos problemas econômicos e políticos, nem em sua sociologia da religião, mas em sua sociologia do Direito¹⁴.

*Wirtschaft und Gessellschaft: grundriss der verstehenden sociologie (Economia e sociedade: esboço de sociologia compreensiva*¹⁵) e *Die Protestantische Ethik Und Der Geits Des Kapitalismus (A ética protestante e o espírito do capitalismo*¹⁶) são duas obras de Weber de grande destaque e importância, notadamente para o Direito, com especial destaque para a primeira.

Dentre os conceitos fundamentais em Max Weber podem ser citados, por exemplo, os de ação social, sentido, compreensão, agente individual, tipo ideal, relação social, legitimação e dominação¹⁷. Alguns desses conceitos serão explicitados adiante, ao longo do texto, para tornar compreensível a aproximação que pretendemos fazer, na sequência, com a teoria da decisão judicial democraticamente consistente.

¹³ Cfe. ROJO, Raúl Enrique; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociedade, direito, justiça. Relações conflituosas, relações harmoniosas? In: *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 16-34.

¹⁴ Cfe. ROJO, Raúl Enrique; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociedade, direito, justiça. Relações conflituosas, relações harmoniosas? In: *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 16-34.

¹⁵ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3. ed. v. I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2000; WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. II. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.

¹⁶ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi, Tamás J. M. K. Szmrecsánvi. 15. ed. São Paulo: Pioneira, 2000.

¹⁷ COHN, Gabriel. Introdução. In: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. 7. ed. 5. impressão. São Paulo: Ática, 2003, p. 26-31.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O conceito fundamental da metodologia social de Weber é o do *tipo ideal*. O tipo ideal é consequência das generalizações. É uma construção mental que se obtém mediante a acentuação de determinados aspectos de uma série de fenômenos. O tipo ideal, assim, é um conceito básico para a análise histórico-social; é um recurso metodológico que consiste em enfatizar determinados traços da realidade até concebê-los na sua expressão mais pura e consequente¹⁸. Nas situações observáveis, no entanto, a expressão da realidade jamais se apresenta assim.

A noção de tipo ideal é a de um conceito reflexivo aplicado à noção de sentido como algo constitutivo do agir sensato. Este, o agir sensato, é o objeto de estudo da compreensão interpretativa. Os agentes sentem. O que por eles é sentido também faz sentido reflexivamente para o sociólogo: a possibilidade de construir tipos, que são construções metodológicas não arbitrarias¹⁹.

O individualismo metodológico de Max Weber caracteriza-se pelo fato de que, para ele, o real é sempre o indivíduo. Estamos sempre diante de indivíduos. Esses indivíduos, porém, orientam-se de acordo com outros indivíduos, pois, como dito, a noção de ação social implica intersubjetividade. Os tipos ideais, portanto, não devem ser dissociados desse *individualismo metodológico*²⁰.

O tipo ideal necessita ser construído no pensamento do pesquisador. Como dito, existe no plano das ideias sobre os fenômenos, e não nos próprios fenômenos. Tomemos o exemplo dos traços que permitem caracterizar a conduta do burocrata profissional e a organização em que ele atua. Se o tipo ideal está no plano das ideias, é possível afirmar com Parsons²¹ que se trata de uma *entidade*

¹⁸ COHN, Gabriel. Introdução. In: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. 7. ed. 5. impressão. São Paulo: Ática, 2003, p. 8.

¹⁹ RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 152.

²⁰ RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 152.

²¹ PARSONS, Talcott. *A estrutura da ação social: um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes*, vol. II: Weber. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010 (Coleção Sociologia), p. 787-788.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

hipoteticamente concreta, um *estado de coisas* ou um *processo*. É ideal apenas na medida em que consiste em uma construção a partir de uma simplificação fictícia ou do exagero de algumas características. Entre outros exemplos de tipos ideais utilizados por Weber, além dos acima referidos, encontram-se os de *manufatura, feudalismo, igreja, seita* etc.

Em síntese, o tipo ideal apresenta os seguintes caracteres: a) é ideal ou imaginário, pois representa uma ideia a que se parecem determinados fenômenos sociais, sem identificar-se completamente com ela; b) é puro, pois essa ideia é obtida afastando os aditamentos aos fenômenos para vê-los em seus traços essenciais; c) é instrumental, uma vez que constitui um meio de trabalho que serve para investigar situações e ações sociais comparando-as com ele; não é um postulado ou um princípio, mas uma simples ferramenta de trabalho²²; d) é intercambiável porque um mesmo fenômeno admite sua redução a vários tipos ideais, e porque o investigador constrói novos tipos na medida em que não lhe servem os anteriores ou quando muda a realidade social²³.

Os tipos ideais ou puros podem apresentar-se numa relação de complicação ou subordinação. Isso ocorre quando os tipos compreendidos incorporam um traço que não estava no tipo que lhe abarca. *Estado*, por exemplo, é um tipo ideal compreendido no tipo mais geral que é o *grupo político*. O traço que define o Estado, mas que não está na generalidade dos grupos políticos, é o monopólio exclusivo da força para exigir coativamente o cumprimento de suas normas. Vale aqui citar Weber na íntegra:

A uma associação de dominação denominamos associação *política*, quando e na medida em que sua subsistência e a vigência de suas ordens, dentro de determinado território geográfico, estejam garantidas de modo contínuo mediante ameaça e a aplicação de coação *física* por parte do quadro administrativo. Uma *empresa com caráter de instituição*

²² Nas palavras de Ramón Soriano, “como el modelo del pintor al que se tiene que ajustar el cuadro, el valor del tipo está en su virtualidad o eficacia para conocer a través de él los fenómenos sociales, siendo el proceso de investigación social el que revelará si el tipo es o no un modelo válido”. SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011, p. 103.

²³ Cfe. SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011, p. 103.

política denominamos *Estado*, quando e na medida em que seu quadro administrativo reivindica com êxito o *monopólio legítimo* da coação física para realizar as ordens vigentes²⁴.

Em resumo, o tipo ideal é importante porque serve de instrumento de orientação na realidade empírica e meio para elaboração de hipóteses, pois na análise científica os agentes e os sentidos das suas ações não são incorporados como se apresentam empiricamente. Existem certas regularidades na ação social. Certos processos de ação se repetem. A análise sociológica opera com base nisso, nesse fato que é empiricamente comprovável.

A racionalidade é o norte das investigações científicas de Max Weber, feitas por meio da redução dos dados da realidade a tipos ideais, a fim de facilitar sua compreensão²⁵. O conceito weberiano de racionalidade, porém, não tem nada a ver com a racionalidade da Ilustração ou utópica; não tem a ver com a razão de ser das coisas e nem com a razão ideal, ou seja, de como devem ser as coisas. Também não tem a ver com a racionalidade histórica e progressiva. A racionalidade de Weber é a racionalidade prática da organização e do bom funcionamento em um sentido externo, a adequação dos meios aos fins. Essa é a racionalidade que atinge seu ápice na civilização ocidental e que a distingue das demais civilizações²⁶. O elemento central do pensamento de Max Weber, portanto, é a *racionalização*. O processo de racionalização liquida com a *magia* como meio de salvação. Assim, em Weber, há um *desencantamento do mundo*. O triunfo da razão, pois, acaba banindo a magia politeísta de deuses e demônios, deixando o mundo desencantado. No lugar dos deuses e seus oráculos surge a ciência. Esta, no entanto, pode, no máximo, ajudar o *homem de ação* a melhor

²⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3. ed. v. I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2000, p. 34.

²⁵ SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011, p. 99.

²⁶ SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011, p. 100.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

compreender o que quer e o que *pode fazer*. Não pode, no entanto, prescrever a ele o que *deve querer*, como assinala Julien Freund²⁷.

Esse desencantamento do mundo, vinculado à racionalização, aumenta a eficiência e a produtividade, fazendo com que o mundo reste entregue a processos de eficiência, pois as atividades humanas passam a ser submetidas a uma lógica de cálculo e rendimento²⁸. O perigo que tal processo carrega, no entanto, é o da perda de liberdade e de sentido da vida. Assim, o desencantamento não pode querer significar a impossibilidade de princípios éticos.

Embora possa ser acusado de conservador e de tentar legitimar valores antidemocráticos, Weber não é um cientista infenso à moral²⁹. Para ele, o desencanto do mundo produziu, sim, um conflito insuperável de valores, havendo uma impossibilidade de princípios éticos, inexistindo, portanto, possibilidades de categorização objetiva dos valores fundamentais ou princípios morais³⁰. Em que pese, no entanto, seu *edifício teórico* ter por base uma neutralidade axiológica, Weber não despreza – ao contrário, cultua – a honestidade acadêmica e uma ética absoluta, fazendo, pois, da sociologia uma sociologia simplesmente *realista*³¹.

No mundo organizado, burocrático e desencantado, o canal mais importante para a expressão da individualidade é, segundo Max Weber, o comprometimento consciente com um valor ou uma causa. A prática política, assim, deve ser lúcida

²⁷ FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. Luiz Cláudio de Castro e Costa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987, p. 11.

²⁸ Cfe. OLIVEIRA, Luciano. *Manual de sociologia jurídica*. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 52.

²⁹ Cfe. AMORIM, Aluizio Batista. *Elementos de sociologia do direito em Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001, p. 171.

³⁰ WEBER, Max. *Escritos políticos*. Editado por Peter Lassman, Ronald Speirs; tradução Regis Barbosa, Karen Elsabe Barbosa. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. XXX (Clássicos Cambridge).

³¹ Cfe. AMORIM, Aluizio Batista. *Elementos de sociologia do direito em Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001, p. 171-172.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

e sem ilusões³². A política, para Weber, é um conflito interminável, oposto à *paz perpétua*. E a liberdade individual é o que tornaria possível o desenvolvimento total da personalidade humana³³.

Para Max Weber, a adesão a determinados valores (éticos, estéticos etc.) sempre está envolvida na seleção de um tema para análise. E isso ocorre mesmo que a análise esteja despojada de valorações no seu desenvolvimento interno. Cultura e nação, por exemplo, são conceitos de valor. Orientam a pesquisa e não podem ser neutralizadas ou eliminadas como simples pré-juízos³⁴.

Outra categoria central introduzida por Weber, e essencial para os propósitos deste trabalho, é a da *ação social*. Atua-se para conseguir um fim. A ação supõe um objetivo, uma finalidade. A ação implica sempre uma relação de meios e fins³⁵. A ação social é uma ação orientada significativamente pelo agente conforme a conduta de outros e que transcorre em consonância com isso. É, nas palavras de Weber, “uma ação que, quanto ao seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de *outros*, orientando-se por este em seu curso”³⁶. A ação social, assim, é uma *modalidade específica* de ação. Os

³² WEBER, Max. *Escritos políticos*. Editado por Peter Lassman, Ronald Speirs; tradução Regis Barbosa, Karen Elsabe Barbosa. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. XXX (Clássicos Cambridge).

³³ WEBER, Max. *Escritos políticos*. Editado por Peter Lassman, Ronald Speirs; tradução Regis Barbosa, Karen Elsabe Barbosa. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. XXXI (Clássicos Cambridge).

³⁴ Cfe. COHN, Gabriel. Introdução. In: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. 7. ed. 5. impressão. São Paulo: Ática, 2003, p. 19.

³⁵ SOTELO, Ignacio. De la sociología de la crisis a la crisis de la sociología. XVIII Conferencias Aranguren. In: *Isegoría*. Revista de Filosofía Moral y Política. Nº 42, enero-junio, 2010, 9-30. ISSN: 1130-2097.

³⁶ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3. ed. v. I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2000, p. 3.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

modos de ação social são tipos ideais de ação que podem auxiliar o cientista social no sentido de conhecer e ordenar o fluxo dos acontecimentos³⁷.

Avançando, as ações sociais podem ser racionais e irracionais. Dentre as ações racionais há: 1) ação racional orientada a fins (*Zweckrationalität*), determinada pela expectativa depositada no comportamento dos outros homens ou de objetos mundanos; expectativa que é condição ou meio no logro de fins racionalmente perseguidos; 2) ação racional orientada a valores (*Wertrationalität*), determinada pela crença no valor absoluto da própria conduta, cujo fim (da ação) coincide com a própria conduta, constituindo esta o valor racionalmente perseguido (valor ético, estético, religioso etc.). E dentre as ações irracionais há: 1) irracional afetiva, determinada por afetos, sentimentos, emoção etc.; 2) tradicional, que é determinada por um costume arraigado³⁸.

Do ponto de vista das ações racionais, que é o que nos interessa para fins desta análise, enquanto na ação racional orientada a valores o agente atua em função de suas convicções éticas, estéticas, religiosas ou políticas, sem considerar as consequências que da sua ação possam advir, na ação racional orientada a fins ele orienta sua ação pela avaliação racional de fins, meios e consequências nela implicados, ponderando racionalmente os meios com os fins, os fins com as consequências implicadas e os diferentes fins possíveis entre si. A decisão entre os vários fins possíveis e as consequências inevitáveis e em conflito, por sua vez, pode ser racional orientada a valores. Nesse caso, a ação será racional orientada a fins somente nos meios. Este, atenção, é o tipo ideal da ação política: *racional orientada a valores nos fins e racional orientada a fins nos meios*³⁹.

³⁷ Cfe. SAINT-PIERRE, Héctor L. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. 3. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1999 (Coleção Repertórios), p. 111.

³⁸ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3. ed. v. I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2000, p. 15. Veja-se a síntese de SAINT-PIERRE, Héctor L. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. 3. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1999 (Coleção Repertórios), p. 109.

³⁹ SAINT-PIERRE, Héctor L. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. 3. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1999 (Coleção Repertórios), p. 110.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Para Talcott Parsons⁴⁰, não se poderia, no entanto, distinguir as ações racionais sob o argumento de que a ação orientada a fins se refere ao setor intermediário da cadeia meio-fim, enquanto a ação orientada a valores se refere ao elemento dos fins últimos. A sugestão de Parsons parte, então, da distinção feita por von Schelting entre os dois tipos *formais* possíveis de disposições éticas, denominadas por Weber de *ética da responsabilidade* (*Verantwortungsethik*) e *ética da convicção* ou *ética do valor absoluto* (*Gesinnungsethik*). Essas duas éticas fundamentam dois tipos de atitude: ou o ator reconhece uma multiplicidade de direções possíveis de ação, com a possibilidade de as variadas direções terem importâncias distintas, ou orienta a sua ação na direção de um único valor absoluto, em relação ao qual os demais valores potenciais se ordenam em termos de meios e condições. Esta atitude ética, correspondente à *ética da convicção* ou do *valor absoluto*, é relacionada à ação racional orientada a valores (*Wertrationalität*); aquela, a primeira, a *ética da responsabilidade*, à ação racional orientada a fins (*Zweckrationalität*). A escolha racional dos meios é o que ambas têm em comum.

É importante dizer, ainda, que Weber é considerado um probabilista e um relativista⁴¹. O cientista, para ele, não pode adentrar em juízos de valor. Como estes, porém, são inevitáveis na tarefa científica, deve-se deixar bem claro quando ela descreve fatos e quando valora. Para Weber, não se pode conhecer a realidade social em si mesma; toda tese é um ponto de vista do investigador. Ela é mais abstrata quanto mais geral e menos conectada com a realidade. Assim, a certeza empírica objetiva não existe, pois o único juízo possível é um juízo de

⁴⁰ PARSONS, Talcott. *A estrutura da ação social: um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes*, vol. II: Weber. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010 (Coleção Sociologia), p. 817-820.

⁴¹ Nesse sentido, SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011, p. 100.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

probabilidade⁴². Probabilidade, portanto, indica o nosso fracasso em obter um conhecimento empírico completo e preciso⁴³.

Apresentada esta *conceitografia* inicial, avancemos para as considerações de Weber que dizem respeito, especificamente, ao Direito.

2 MAX WEBER E O DIREITO

As relações entre Direito e poder, o papel desempenhado pelo Direito no desenvolvimento da racionalidade econômica e do capitalismo são pontuais para Weber⁴⁴. Um dos objetivos do pensador alemão é a reconstrução do processo de racionalização do Direito moderno na civilização ocidental. Por isso o conceito sociológico do Direito e o conceito de racionalidade são paradigmáticos em sua obra.

Quanto ao conceito sociológico de Direito há que se dizer que este, o Direito, é inserido na categoria sociológica de ordenamento social. O Direito é uma ordem social. É uma ordem legítima. Sua validade é garantida exteriormente por um eventual constrangimento exercido por uma autoridade humana instituída para isso e para punir a violação⁴⁵. Há, aqui, dois elementos distintos e importantes: o *reconhecimento* e o *constrangimento*.

Com efeito, o *reconhecimento*, ou legitimidade, surge quando os indivíduos reconhecem uma ordem como sendo legítima, orientando para essa ordem seus comportamentos empíricos. Esse elemento implica a existência de fundamentos

⁴² PARSONS, Talcott. *A estrutura da ação social: um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes*, vol. II: Weber. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010 (Coleção Sociologia), p. 803.

⁴³ PARSONS, Talcott. *A estrutura da ação social: um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes*, vol. II: Weber. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010 (Coleção Sociologia), p. 804.

⁴⁴ Cfe. ROJO, Raúl Enrique; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociedade, direito, justiça. Relações conflituosas, relações harmoniosas? In: *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 16-34.

⁴⁵ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 99.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

de validade da ordem jurídica. Isso se chama justificação interna. À legitimação da autoridade se chega gradualmente⁴⁶. Para Weber, no que diz com o Direito, a legitimidade do ordenamento jurídico vem da possibilidade de coação física ou psicológica. É que nenhum poder diretivo se estabelece tão-somente com base em regras formais. Ele também é instituído por imposição de coerções, a ameaça do uso da força que está no *horizonte do problema da autoridade*, como ensina Paul Ricoeur⁴⁷. Essa coação, então, passa a ser exercida por funcionários que têm por função fazer cumprir a lei⁴⁸.

Ações que possuem o caráter de *direito* são, pois, ações garantidas por *coação jurídica*⁴⁹. O *constrangimento*, assim, é o elemento complementar. Implica a garantia externa da legitimidade e da eficácia da ordem jurídica. O constrangimento é uma característica exterior à ordem jurídica. É um elemento externo. Por ele se garante a realização efetiva do Direito. E isso faz com que o Direito se diferencie das outras ordens sociais⁵⁰.

Há, a propósito, dois princípios básicos da racionalização do pensamento jurídico: *generalização* e *sistematização*⁵¹. A *generalização* é a redução das razões determinantes da solução do caso a um ou a vários princípios ou preceitos

⁴⁶ RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 153.

⁴⁷ RICOEUR, Paul. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 156.

⁴⁸ Cfe. MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 55.

⁴⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 73.

⁵⁰ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 99.

⁵¹ MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 55-56.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

jurídicos⁵². É a generalização que permite o estabelecimento de preceitos, possibilitando construir juridicamente relações e instituições. Já a *sistematização* jurídica apresenta-se no sentido de que os preceitos obtidos devem constituir um sistema claro e lógico que contemple as condutas juridicamente relevantes. A sistematização, em todas as suas formas, é um *produto tardio*⁵³.

Por ser o paradigma da racionalidade central na obra de Max Weber, a reconstrução teórica do processo de racionalização é um dos seus objetivos. A racionalização do direito nada mais é que o desenvolvimento das qualidades específicas do direito como um *direito de juristas*⁵⁴. Para chegar nessa reconstrução teórica do processo de racionalização do Direito, Weber constrói quatro tipos ideais de Direito, usando dois pares conceituais: a antítese racional/irracional e a antítese formal/material⁵⁵.

Mas ao que se liga, então, a racionalidade jurídica de que trata Max Weber? Racionalidade jurídica, aqui, tem a ver com o processo de decisão⁵⁶. É o recurso, no processo de decisão, a normas gerais e abstratas. Numa ordem jurídica racional, os resultados do processo de decisão jurídica são previsíveis: têm alto grau de previsibilidade e de possibilidade de cálculo. No sistema jurídico irracional, do ponto de vista do *tipo ideal*, as decisões jurídicas são arbitrárias, pois não se baseiam em normas gerais, mas em avaliações puramente

⁵² WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 11-12.

⁵³ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 12.

⁵⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 85.

⁵⁵ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 12-13.

⁵⁶ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 100.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

individuais e emocionais. Aqui, numa ordem dessas, não há qualquer possibilidade de cálculo.

A tensão entre o formal e material, por sua vez, diz com os processos e critérios de decisão que um sistema jurídico adota. Aqui é importante falar novamente sobre o *tipo ideal*. Como já referido, o tipo ideal é o instrumento de orientação na realidade empírica e meio para elaboração de hipóteses a partir de certas regularidades e certos processos que se repetem na ação social. Será com base nisso que a análise sociológica irá operar.

Do ponto de vista do *tipo ideal*, um direito é formal quando os processos e os critérios de decisão são especificamente jurídicos. O direito formal limita-se a considerar, no direito material e no processo, as características gerais unívocas do fato. Uma sublimação jurídica, específica e qualificada, ensina Weber⁵⁷, somente é possível quando o direito tem caráter formal. Ao contrário, o direito é material quando os critérios de decisão são estranhos ao sistema jurídico. São exemplos os critérios étnicos, políticos, religiosos etc.

Weber, então, combina os pares para daí extrair quatro tipos ideais de Direito⁵⁸. São eles: a) Direito irracional-formal; b) Direito irracional-material; c) Direito racional-formal; d) Direito racional-material.

Direito irracional-formal: a consulta a oráculos é um exemplo de um Direito nesses termos⁵⁹. É formal porque é acompanhado de um formalismo rígido. É irracional porque se caracteriza pela total ausência de previsibilidade. Assim, os

⁵⁷ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 13.

⁵⁸ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 100-101. WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 12-13.

⁵⁹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 12.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

meios empregados para reger os problemas surgidos do Direito não podem ser controlados pela razão.

Direito irracional-material: esse direito também não possui previsibilidade, pois os critérios de decisão não são jurídicos, mas éticos, sentimentais, políticos⁶⁰ etc. É um direito que emerge de avaliações pessoais, de natureza ética e afetiva.

Direito racional-formal: aqui, há critérios de racionalidade. Há previsibilidade. O direito combina com critérios de decisão do sistema jurídico.

Direito racional material: é um direito calculável, mas que apela para critérios de decisão pertencentes a um sistema religioso, a um sistema ético ou a uma ideologia política. Influem na decisão jurídica, portanto, determinadas normas que não correspondem às generalizações lógicas, baseadas numa interpretação em abstrato. Essas normas são mandamentos de conteúdo geral: imperativos éticos, regras utilitárias, regras de oportunidade, máximas políticas que suprimem o formalismo da abstração lógica⁶¹.

É possível, outrossim, ocorrer uma inversão da relação meios/fins. Quando, por exemplo, o meio se torna um fim em si mesmo, é possível afirmar que estamos diante de um irracionalismo, de uma irracionalidade. No campo jurídico, a definição de Direito enquanto racionalidade formal estrita, como o faz Kelsen, por exemplo, pode configurar uma hipótese de irracionalidade. Quando, por outro lado, a decisão se vale de um "direito alternativo", fundado em critérios de interesses expressivos de uma racionalidade material, também estaremos diante de um caso de irracionalidade⁶². Logo, tanto num caso como noutro, há um risco

⁶⁰ WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 13.

⁶¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 13.

⁶² ARRUDA JR. Edmundo Lima de. Weber e Marx, antípodas? Fragmentos para pensar o direito. In: ARRUDA JR. Edmundo Lima de (Org.). *Max Weber: direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 60-61.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

muito grande de as decisões judiciais se converterem em decisões irracionais. E isso termina por levar aquele que tem o poder de decisão, no caso o Judiciário, a uma *deslegitimação*, pois o próprio Direito, como ordem legítima, passa a se ver deslegitimado em decorrência da atuação dos seus atores sociais, no caso os juízes e tribunais.

A partir do próximo ponto passaremos a verificar de que modo estas *categorias* se prestam à análise do Direito contemporâneo, próprio dos Estados Constitucionais, que se sustenta com base numa pretensão de legitimidade democrática.

3 DE MAX WEBER A LUIGI FERRAJOLI: A VALIDADE QUALIFICADA DO MODELO GARANTISTA

A noção de validade em Weber, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, continua influente. Ela passa, no entanto, a ser complementada por uma outra noção, de relevância inexcedível: o fato de que uma norma, seja ela entendida como uma disposição legal ou como o comando de um provimento jurisdicional que contém a interpretação de um texto legal, para ser considerada válida, deve estar de acordo com o conteúdo material da Constituição⁶³. Ou seja, noutras palavras, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a legitimidade e a validade do direito não mais estarão apenas no elemento coação, ou no reconhecimento social da autoridade da instituição, mas na sua conformidade material com a Constituição, como ensina Luigi Ferrajoli⁶⁴. Dito de outro modo, o Direito não deixa de lado o elemento coação. Apenas agrega a ele esse outro lado da validade.

Com efeito, para Ferrajoli, um dos aspectos da crise do Direito é o da inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do Estado do Bem-estar Social, que é agravada pela acentuação do seu caráter seletivo e

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

desigual, em consequência da crise do Estado Social. Essa crise manifesta-se na inflação legislativa provocada pela pressão de interesses setoriais e corporativos, na perda da generalidade e abstração das leis pela crescente produção de leis-providência, no processo de descodificação e no desenvolvimento de uma legislação avulsa até mesmo em matéria penal, sob o signo da emergência e da exceção. Dita inflação legislativa, a deterioração da lei e a falta de elaboração de um sistema de garantias acabam representando um fecundo terreno para o arbítrio. Outro aspecto dessa crise, também ligado à crise do Estado Social, apresenta-se no enfraquecimento do constitucionalismo, já que se manifesta na deslocação dos lugares da soberania e na alteração do sistema das fontes de produção do direito⁶⁵. Para o autor italiano, essa crise do direito pode transmutar-se em crise da democracia, pois, de fato, equivale a uma crise do princípio da legalidade, ou seja, da sujeição dos poderes públicos à lei⁶⁶. A irresponsabilidade do poder público, aliada à inflação legislativa e à subordinação aos imperativos econômicos, tecnológicos e políticos, resultariam, assim, num enfraquecimento da função normativa do direito, da garantia dos direitos fundamentais e, acrescentaríamos aqui, do próprio Poder Judiciário, levando àquilo que referimos há pouco: a sua deslegitimação.

Nesse sentido, e esta é a hipótese a ser aqui desenvolvida, é útil recorrermos à Sociologia do Direito em busca de auxílio na tarefa de se estabelecer uma melhor definição do Direito e do seu papel. É proveitoso, noutras palavras, abordar o Direito sob o ponto de vista do funcionamento concreto das suas instituições⁶⁷. E isso implica filiar-se à ideia de que o Direito é também uma realidade artificial, não-natural, construída pelos homens, como refere Ferrajoli.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 90.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 90-91.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 92.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Nesse aspecto, surge a questão a respeito do *status sociológico* da ação racional especificamente jurídica, que não se amolda – não sem ajustes, ao menos – à razão de *meios e fins*, de que trata Weber, e nem exatamente ao arquétipo da razão *orientada a valores*.

Começamos dizendo que a razão jurídica, nos quadros de uma democracia genuína, possui uma, digamos, *vantagem*: a vantagem advinda dos progressos do constitucionalismo⁶⁸, que permitem configurar o Direito como um sistema artificial de garantias, constitucionalmente preordenado à tutela dos direitos fundamentais. Eis aí o que se chama de *paradigma garantista*.

Esse papel de *garantia* do Direito é possível pela complexidade da sua estrutura formal, que é marcada, nos ordenamentos de constituição rígida, por uma dupla artificialidade: o caráter positivo das normas produzidas – característica do positivismo jurídico – e a sua sujeição ao Direito, que é a característica específica do Estado Constitucional de Direito, onde a própria produção jurídica é disciplinada por normas formais e substanciais de direito positivo. O Direito contemporâneo, graças à dupla artificialidade, programa não só as suas formas de produção por meio de normas procedimentais sobre a formação da lei e dos demais atos normativos, como programa, ainda, os seus conteúdos substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios inscritos nas constituições, o que implica uma alteração substancial na teoria da interpretação e da aplicação da lei, dando ao papel do juiz uma nova definição e uma revisão das formas e condições de sua sujeição à lei⁶⁹.

Para o paradigma garantista, uma norma – entendida aqui como texto legal – ou uma decisão judicial – que é *applicatio*, produção de sentido a partir da interpretação de textos e contextos, sempre presente uma intersubjetividade –

⁶⁸ Trata-se basicamente, aqui, de considerar a combinação de pelo menos dois fatores: a) a incorporação de direitos fundamentais em constituições; e b) a permissão de que o Poder Judiciário declare a invalidade de leis instituídas pelo Poder Legislativo sob o argumento de violação àqueles direitos.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 92-94.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

que violem, por exemplo, o princípio constitucional da legalidade penal ou o princípio da presunção da inocência, embora formalmente existentes ou vigentes, são inválidas e, como tal, suscetíveis de anulação, por contrariarem uma norma substancial sobre a sua produção.

Assim, muito embora a leitura de alguns autores representativos do positivismo jurídico normativista como Kelsen, Hart e Bobbio *possa sugerir* que há uma identificação entre existência/vigência e validade⁷⁰, e enquanto Max Weber identifica validade com legitimidade garantida pela possibilidade de coação, para o garantismo, a vigência ou a existência dizem respeito, apenas, à forma dos atos normativos e à sua conformidade com as normas formais – procedimentos – de formação. Já a validade, que se refere ao seu significado ou conteúdo, *será consideravelmente mais exigente* e dependerá, ainda, de sua coerência com normas constitucionais substantivas. Assim, como ensina Ferrajoli:

(...) o paradigma do Estado Constitucional de Direito – ou seja, o modelo garantista – mais não é do que esta dúpla sujeição do Direito ao Direito que afeta ambas estas dimensões de cada fenômeno normativo: a vigência e a validade, a forma e a substância, os sinais e os significados, a legitimação formal e a legitimação substancial ou, se se quiser, as weberianas “racionalidade formal” e “racionalidade material” (...) Todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito⁷¹.

⁷⁰ Sobre a temática consultem-se: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, 1998; HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 96-97.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O garantismo implica, assim, um reforço do papel da jurisdição e uma nova e mais forte legitimação do Poder Judiciário. A incorporação, em nível constitucional, dos direitos e garantias fundamentais altera a relação entre o juiz e a lei, atribuindo à jurisdição um papel de garantia do cidadão contra as violações da legalidade por parte dos poderes públicos. Dessa forma, como dito, a sujeição à lei significa sujeição à lei válida, ou seja, coerente com a Constituição. Dita validade não é, portanto, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas à coerência dos seus significados com a Constituição. A interpretação judicial da lei é juízo sobre a própria lei, sendo que o juiz tem o dever e a responsabilidade de atribuir somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos⁷².

Em síntese, é possível afirmar, com Weber, que ações que possuem o caráter de *direito* são, pois, ações garantidas por *coação jurídica*⁷³. O constrangimento, ao lado da legitimidade (ou reconhecimento), é, sim, um elemento importante para que se possa caracterizar o Direito como uma ordem legítima. É o elemento externo por meio do qual se garante a realização do Direito. E é isso que o torna distinto de outras ordens sociais⁷⁴. A validade, porém, no paradigma do Estado Democrático de Direito, passa a se ligar à identificação da norma com o conteúdo material da Constituição que, paradoxalmente, *deixa de se identificar com a racionalidade material de que trata Weber porque, no modelo weberiano, ela passa a ser formal, na exata medida em que a Constituição assim o possibilita ao prescrever direitos e garantias fundamentais, regras e princípios*. E a explicação,

Também: CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 100-101.

⁷³ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999, p. 73.

⁷⁴ ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 99.

portanto, é simples: se o direito racional-formal é aquele que, além de previsível, também se coaduna com critérios de decisão do sistema jurídico, sendo a Constituição a matriz de sentido por excelência onde os tribunais irão buscar as condições de possibilidade para poder interpretar, não haverá como buscar fora do sistema jurídico (e, portanto, fora da Constituição) critérios outros que não sejam os de direito. Dito de outro modo, caso se queira falar em um direito legítimo e em um Poder Judiciário legitimado, não há outra saída que não seja a de respeitar a Constituição, o que pressupõe que os juízes decidam racionalmente, adotando critérios de racionalidade formal que já trazem em si mesmo a racionalidade material.

4 A DECISÃO JUDICIAL EM EVIDÊNCIA: WEBER, DWORKIN E O CASO BRASILEIRO

Vimos acima que o *tipo ideal* da ação jurídica, nos lindes de um Estado Constitucional, é a ação orientada pela racionalidade *formal*. *Formal*, bem entendido, no sentido que Ferrajoli atribuiu a esta expressão, querendo dizer que a própria Constituição, compreendida em sua materialidade (direitos e garantias fundamentais, regras e princípios), assim o possibilita. Quer dizer, não é *legítimo* que se aja juridicamente com base em argumentos estranhos ao Direito, cuja *formalidade* já encampa a *materialidade* constitucional.

Daí a pertinência de se demarcar um espaço *legítimo* de argumentação jurídica. E é aqui que trazemos para o diálogo a contribuição do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, autor que se tornou célebre, desde o seu ingresso no debate público, pela defesa da existência de *respostas corretas* em Direito. E essa conhecida formulação passa, inicialmente, pela rejeição da ideia de que a juridicidade de uma norma pudesse ser identificada apenas a partir de sua *fonte* ou *modo de produção (pedigree)* – tese da *gênese formal do direito*⁷⁵; e, num segundo momento, justamente, pela demarcação do *tipo* de argumento que pode ser empregado, de forma legítima, por juízes e tribunais, para a resolução

⁷⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Prefácio de Vera Karam de Chueiri. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 57.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

de controvérsias. Esse é o ponto que nos interessa aqui explorar: a distinção, traçada por Dworkin, entre *argumentos de política* e *argumentos de princípio*.

Objetivamente, para Dworkin, “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”; já os “argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”⁷⁶. Ambos, porém, são argumentos *políticos* em um sentido mais amplo. Mas há argumentos de *princípio político* (que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais) e argumentos de *procedimento político* (que exigem que alguma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público)⁷⁷.

Em palavras mais simples, enquanto o princípio é um padrão que favorece um *direito*, a política é um padrão que estabelece uma *meta*. Dessa forma, os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo coletivo, geralmente relacionado ao bem comum. O autor, neste fio, sustenta que é o Legislativo a porta de entrada dos argumentos éticos e pragmáticos próprios das políticas públicas - a serem incorporados no discurso judicial, de forma seletiva e condicionada, em razão do papel de *firewall* atribuído aos direitos fundamentais, com sua linguagem deontológica - no ordenamento jurídico⁷⁸, e que as decisões judiciais, por sua vez, devem ser geradas por princípios⁷⁹, e não por políticas.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6.

⁷⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Prefácio de Vera Karam de Chueiri. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58.

⁷⁹ Os princípios, como imperativos de justiça, equanimidade, moralidade etc., devem aqui ser entendidos no sentido *pragmático-problemático*, como defende Rafael Tomaz de Oliveira fundado em Josef Esser. Princípios pragmático-problemáticos estão ligados ao momento de concretização do direito, na decisão judicial e na problematicidade do caso concreto. Consulte-se: ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Traducción del alemán por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o*

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

A proposta de Dworkin, como se vê, é particularmente útil para demarcar o espaço de legitimidade da atuação judicial nos quadros de um Estado Constitucional que contemple, como o Brasil, a possibilidade de revisão judicial da legislação e de atos da administração (*judicial review*). Quer dizer, a partir do momento em que o constitucionalismo contemporâneo aceita que o Judiciário deve tomar decisões políticas importantes, é imperioso refletir sobre quais motivos, em suas mãos, são *bons* motivos. A visão de Dworkin é a de que o Poder Judiciário deve tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob um determinado sistema constitucional, sempre tendo em conta o princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais⁸⁰, e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral⁸¹. O Poder Judiciário, assim, tem a tarefa de zelar pelo caráter democrático de uma comunidade, notadamente no que toca ao resguardo da igualdade de poder político. Um Estado assim constituído, tendo nos direitos seu centro gravitacional, encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o próprio governo são questões de justiça. E é para isso que se aposta num fórum independente, um *fórum do princípio*, que são os tribunais; até mesmo porque a justiça, no fim das contas, é uma questão de direito individual, e não, isoladamente, uma questão de bem público⁸².

Se Dworkin está certo, o Brasil passa por um mau momento. É que, por aqui, é perceptível que o direito que vem sendo aplicado pelos tribunais, em especial os tribunais superiores, tem assumido uma índole preponderantemente racional-material, em detrimento de uma postura racional-formal. Isso porque, muito embora sejam de certo modo previsíveis, os critérios que as decisões vêm

conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 101.

⁸² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 38-39.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

utilizando têm desbordado dos limites do sistema de Direito. Dito de outro modo, até pode haver certo grau de previsibilidade, mas o que termina por comprometer as decisões é a forte carga ideológica posta pelos juízes, em afronta às competências dos outros poderes, em especial do Legislativo. Trata-se aqui da corrupção do sistema de Direito pelos predadores exógenos, do que constituem exemplo a economia, a política e a moral. Isso termina por colocar em risco a autonomia do Direito. Afinal de contas, se imperativos morais ou regras de oportunidade, influências econômicas ou políticas, podem ditar o rumo das decisões judiciais, é a autonomia do sistema jurídico que começa a correr o risco de se romper, impondo-se, então, ao Direito ficar a reboque dos demais subsistemas sociais.

Lembremos: em tempos de Estado Democrático de Direito, em que a Constituição opera como pauta normativa da ação estatal dos três poderes do Estado, o ideal é que ela, a Constituição, e a leis, sejam obedecidas, e que o Judiciário, encarregado de resolver os litígios sob a égide das leis e da Constituição, pautar suas decisões de acordo com o Direito, e não de acordo com a moral, a economia ou a política. Decisão jurídica *válida*, vimos acima, é decisão *gerada por princípios* (Dworkin) e *em conformidade com a Constituição* (Ferrajoli).

Voltemos, por fim, a Weber.

A ação do Judiciário, entendida aqui como ação dos tribunais e dos juízes ao decidirem questões submetidas à sua apreciação, é uma ação social. Possui, no entanto, características próprias. Ela tem um fim, objetiva algo. Mas, embora o Direito, em parte, possa ser considerado teleológico, finalístico, antes disso é normativo, pois carrega consigo um dever ser. Assim, a decisão judicial, *locus* onde se expressa a ação social dos tribunais, antes que teleológica, é normativa. Logo, a racionalidade dessa ação (racional) *não é uma racionalidade orientada a fins*. É que os juízes, ao decidirem, não orientam e *não devem orientar sua ação pela avaliação racional de fins, meios e consequências nela implicados*. Não há essa possibilidade de ponderar meios com fins, fins com consequências implicadas e os diferentes fins possíveis entre si porque *não há possibilidade de*

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

escolha. É o direito, e tão-somente o direito, que o juiz tem de aplicar. E decidir não é escolher. Na *applicatio* haverá, portanto, apenas uma resposta. E essa resposta é a resposta que o Direito dá, e não a que o juiz, na sua avaliação privada e individual, entende adequada. É bem verdade e é óbvio que os juízes interpretam, mas o fazem no interior do sistema de Direito, com o *código* (lícito/ilícito) do Direito, o que não permite levar em consideração consequências outras que não as próprias do Direito.

A ação dos juízes, ainda, também não pode ser considerada, sem mais, uma ação racional orientada a *valores*, porque nesta modalidade de ação social o seu fim, que, segundo Weber, coincide com a própria conduta que constitui o valor racionalmente perseguido, pode ser ético, estético, religioso etc. Ora, a decisão judicial não visa realizar valores. Se visasse, estaríamos operando no campo das escolhas morais, o que, sabe-se, não se coaduna com o caráter da decisão judicial, que, como dito, não configura uma escolha, mas uma aplicação do direito. Se, no âmbito da ação racional orientada a valores, o agente atua em função das suas convicções, isso não acontece no âmbito da decisão jurídica porque, aqui, os juízes, que são os agentes sociais, atuam em função dos textos normativos, dentre eles a Constituição, e a partir dos argumentos jurídicos esgrimidos pelas partes. E aí a convicção – convicção entendida como convicção ética, estética, religião, política etc., e não como resultado da interpretação que é *applicatio* - não vale.

Muito menos, e é importante dizê-lo, deve ser a decisão uma ação irracional, porque não pode ser determinada por afetos ou sentimentos, e tampouco por costumes enraizados sem qualquer caráter normativo. E, como ação social, tampouco será idêntica àquilo que Weber chama de “ação homogênea”. Não há, assim, qualquer similitude com a ação homogênea de muitas pessoas – como ocorre, por exemplo, quando, no começo de uma chuva, muitos indivíduos abrem, todos ao mesmo tempo, seus guarda-chuvas⁸³ – ou à ação de alguém influenciado pela conduta de outros – caso em que a ação pode estar

⁸³ SAINT-PIERRE, Héctor L. *Max Weber: entre a paixão e a razão*. 3. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1999 (Coleção Repertórios), p. 106.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

influenciada e condicionada por uma massa de pessoas, tal qual a explosão de ira de um torcedor num estádio de futebol, quando se sabe que este mesmo torcedor seria incapaz de cometer ato semelhante fora do estádio e isoladamente.

A decisão judicial, como ação social, também não se confunde com a ação influenciada por uma massa dispersa, influência essa que provém da ação de muitas pessoas, como ocorre com a influência exercida pela mídia, pela imprensa. A ação social dos juízes e tribunais, a decisão, é uma ação que se orienta sim pelas ações das partes, aqui entendidas tais ações como a efetiva participação em contraditório propiciada pelo cumprimento do procedimento, mas que tem em mira um fim que não é nem político, nem econômico e nem moral; não é religioso, afetivo ou estético. Esse fim é normativo no sentido de produzir uma resposta própria do Direito, uma única resposta (a melhor, a mais adequada). O objetivo da ação social dos juízes e tribunais, assim, é normativo. E essa normatividade se dá com o cumprimento burocrático e democrático do procedimento judicial, com observância dos princípios constitucionais, tais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, este sempre efetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Juízes são agentes sociais. Mas a racionalidade das suas decisões não é orientada nem por valores individuais ou metajurídicos e nem por fins (entendidos aqui como metas ou objetivos coletivos). Ela é orientada por princípios. Autores como Dworkin – trabalhado neste texto – chamam a atenção para o fato de que o Direito não funciona apenas com regras, mas, sobretudo, a partir de princípios de moralidade política. A legitimidade da decisão está na sua conformidade à Constituição; conformidade que não é só formal, mas material, consoante o que ensina Luigi Ferrajoli com seu modelo garantista de direito. Se a validade/legitimidade do Direito como ordem social, em Max Weber, está numa combinação entre reconhecimento social e a possibilidade da coercibilidade, no Estado Democrático de Direito ela ganha um *plus*, passando a ser uma validade qualificada, orientada por princípios. Juízes decidem por princípio – imperativos de moralidade, justiça e equanimidade – ao invés de *escolherem* uma solução

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

após uma avaliação racional de meios e consequências. O Direito, assim, é mais normativo que axiológico ou teleológico.

É no mínimo discutível afirmar que há, na Sociologia de Max Weber, espaço para contemplar, na controvérsia a respeito da ação social jurídica, uma racionalidade orientada por princípios. Por outro lado, o *tipo ideal* da ação política (e, para Dworkin, o Direito é uma subdivisão da moralidade política⁸⁴) weberiana seria, como vimos, pautado por uma racionalidade orientada a *valores nos fins*, e orientada aos *fins* nos que diz respeito aos *meios*; seria possível dizer o mesmo de uma decisão judicial orientada por princípios no que diz respeito aos seus *fins* e orientada aos *fins* (razoabilidade, proporcionalidade, eficiência etc.) no que tange aos *meios*?

Seja como for, o ponto deste trabalho, ao propor a interlocução com domínios distintos do estudo jurídico, foi o de chamar – mais uma vez - a atenção para o fato de que a atividade judicial válida é intersubjetiva e normativamente coordenada. E essas características, reparem, estarão presentes na decisão judicial, *concebida como ação racional que, apesar de formal, é gerada por princípios de moralidade política*. Em conclusivo: no quadro das democracias constitucionais, a validade do Direito depende de sua racionalidade formal, na medida em que esta implica, como se viu, uma racionalidade material especificamente constitucional, a tornar a decisão judicial uma ação social orientada por princípios.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMORIM, Aluizio Batista. **Elementos de sociologia do direito em Max Weber**. Florianópolis: Insular, 2001.

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ARRUDA JR. Edmundo Lima de. **Weber e Marx, antípodas? Fragmentos para pensar o direito.** In: ARRUDA JR. Edmundo Lima de (Org.). *Max Weber: direito e modernidade.* Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade:** uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** Prefácio de Vera Karam de Chueiri. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COHN, Gabriel. Introdução. In: COHN, Gabriel (Org.). **Weber.** 7. ed. 5. impressão. São Paulo: Ática, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.** Traducción del alemán por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). **O novo em direito e política.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber.** Trad. Luiz Cláudio de Castro e Costa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JUNQUEIRA, Elaine B. **A sociologia do direito no Brasil: introdução ao debate atual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, 1998.

MATTOS, Patrícia Castro. **As visões de Weber e Habermas sobre direito e política**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, Luciano. **Manual de sociologia jurídica**. Petrópolis: Vozes, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PARSONS, Talcott. **A estrutura da ação social: um estudo de Teoria Social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes, vol. II: Weber**. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010 (Coleção Sociologia).

RICOEUR, Paul. **O justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ROJO, Raúl Enrique; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sociedade, direito, justiça. Relações conflituosas, relações harmoniosas? In: **Sociologias**, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 16-34.

SAINT-PIERRE, Héctor L. **Max Weber: entre a paixão e a razão**. 3. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1999 (Coleção Repertórios).

SORIANO, Ramón. **Sociología del derecho**. 3. impresión. Barcelona: Ariel, 2011.

SOTELO, Ignacio. De la sociología de la crisis a la crisis de la sociología. XVIII Conferencias Aranguren. In: **Isegoría**. Revista de Filosofía Moral y Política. Nº 42, enero-junio, 2010, 9-30. ISSN: 1130-2097.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi, Tamás J. M. K. Szmrecsánvi. 15. ed. São Paulo: Pioneira, 2000.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; MOTTA, Francisco José Borges. Racionalidade jurídica e Estado Democrático de Direito: reflexões sobre a decisão jurídica a partir de Max Weber. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 3. ed. v. I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2000.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v. II. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.

WEBER, Max. **Escritos políticos**. Editado por Peter Lassman, Ronald Speirs; tradução Regis Barbosa, Karen Elsabe Barbosa. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (Clássicos Cambridge).

Submetido em: 14/02/2018

Aprovado em: 26/02/2018