

# CAPITALISMO, DIREITO E DERIVAÇÃO: UM ESTUDO CRÍTICO EM MAX WEBER

CAPITALISM, LAW AND DERIVATION: A CRITICAL STUDY ON MAX WEBER

Alexandre de Lima Castro Tranjan\*

Brenda Barros Neves\*\*

## Resumo:

O presente artigo se destinou à discussão da obra *Economia e Sociedade*, de Max Weber, a partir do referencial teórico crítico, aqui compreendido como a sociologia marxista. Mais especificamente, procedeu-se à análise estrutural dos capítulos da obra que dizem respeito à sociologia do direito e às relações do fenômeno jurídico com o âmbito econômico. O referencial crítico utilizado, por sua vez, correspondeu à obra de Pachukanis intitulada *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, bem como algumas de suas leituras posteriores. Ao longo do texto, discute-se a determinação do direito pela economia, ainda que a interferência deste sobre aquela não seja ignorada, como se as instituições jurídicas fossem apenas desdobramentos secundários das relações econômicas. Ao contrário, tanto para Weber quanto para Pachukanis, a *forma jurídica* (expressão deste último) é essencial para a constituição não só da circulação de mercadorias, mas também para o próprio estabelecimento das relações de produção. Para o alemão, a normativa racional permite sobretudo a previsibilidade das relações jurídicas, do que dependem os empreendimentos econômicos. Para o soviético, a constituição dos indivíduos como sujeitos de direito é momento decisivo para que a troca de mercadorias – dentre as quais a força de trabalho – seja realizada por contrato.

Palavras-chave: Max Weber. Direito e economia. Derivação. Evguiéni Pachukanis. Forma jurídica. Forma política. Teoria do Estado.

## Abstract:

This paper aimed to discuss Max Weber's *Economy and Society*, from a critical theoretical framework, here understood as Marxist sociology. More specifically, it was carried out the structural analysis of the chapters of the work that concern the sociology of Law and the relations of the legal phenomenon with the economic scope. The critical reference used, in turn, corresponded to Pachukanis' work entitled *General Theory of Law and Marxism*, as well as some of his later readings. Throughout the text, the determination of Law through Economy is discussed, although legal interference in Economy is not ignored, as if legal institutions were only secondary developments of economic relations. On the contrary, both for Weber and for Pachukanis, the legal form (the latter's expression) is essential

---

\* Graduando em Direito pela FDUSP. Pesquisador-visitante na Universidade Palacký em Olomouc, República Tcheca; monitor-bolsista na FDUSP em Filosofia do Direito. *E-mail*: alexandre.tranjan@usp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1831263257995454>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9777-439X>.

\*\* Graduanda em Direito pela FDUSP. Estagiária jurídica de Banking & Finance em Lefosse Advogados. *E-mail*: brendabrneves@usp.br.

for the constitution not only of the circulation of commodities, but also for the establishment of production relations themselves. For the German author, rational normativity allows, above all, the predictability of legal relations, which economic enterprises depend on. For the Soviet author, the constitution of individuals as subjects of law is the decisive moment for the exchange of commodities – among which labor power – to be carried out by contract.

Keywords: Max Weber. Law and Economics. Derivation. Evguiéni Pachukanis. Legal form. Political form. State Theory.

## Introdução

O estudo de Max Weber segue, cem anos depois da publicação de sua obra-prima *Economia e Sociedade*, incontornável para o debate sociológico. Não só como um clássico a que se faz referência em cursos introdutórios, mas também como pensador de questões candentes e centrais para a compreensão da sociabilidade, no século passado e neste. Por exemplo, o debate a respeito das relações entre direito e capitalismo, tema cuja exposição de Weber percorre de maneira complexa, a partir do estudo do sentido da ação social do homem no contexto das relações econômicas (JASPERS, 2005, p. 105). Este texto cumprirá duas funções, quais sejam, a teórica e a didática. O objetivo maior do trabalho, sem dúvida, é o de pensar criticamente a obra de Weber, a fim de se contribuir, à guisa de conclusão do texto para o debate sobre seu pensamento, levantando a hipótese de Weber como um pré-derivacionista. Ao mesmo tempo, o caminho analítico percorrido para que se alcance o ponto da contribuição original já servirá como introdução sistemática ao pensamento do autor, podendo ser usado como primeiro contato com seu pensamento sobre o direito.

Em linhas gerais, Weber pensou em relações de dupla imbricação, nas quais o direito e o Estado influenciam a economia, e esta os constitui materialmente. Para a compreensão desse fenômeno, Weber buscou entender (*verstehen*) o modo como a sistematização jurídica europeia, com seus aspectos específicos, foi favorável ao desenvolvimento do capitalismo no continente, por atender às suas demandas, graças ao fato de estar atrelado a um grau elevado de racionalidade (TRUBEK, 2007, p. 155). Nesse sentido, a estruturação do direito é apenas entendida a partir de seu processo de racionalização, este vinculado ao desenvolvimento do capitalismo. E as origens e as consequências do processo de racionalização do “espírito humano em geral”, podemos dizer, constituem um dos eixos mais importantes da obra de Weber (JASPERS, 2005, p. 111).

O que o presente trabalho se insere no debate da literatura secundária a respeito de Weber ao se propor a realizar é uma análise crítica da relação complexa entre modo de produção, isto é, organização econômica, e o direito. Seria este realmente um

determinante, mais que um determinado, pela estrutura material da sociabilidade? A insistente oposição entre Weber e Marx, desenhada por pensadores liberais (TRUBEK, 2007, p. 154), argumentando-se pela negação da determinação material, efetivamente se sustenta em seus conceitos, em não em fatores segundos, como estética e enfoque analítico?

Para que tal investigação seja possível, é imperativa uma reconstrução cuidadosa dos escritos de Weber a respeito do direito. Para tal, os capítulos I, II e VII de *Economia e Sociedade* serão detalhadamente discutidos, contando com aportes de outros textos, seus e de comentadores que se preocuparam com os mesmos temas. Começaremos pela conceituação do fenômeno jurídico, primeiro passo para a compreensão de como ele se relaciona com aspectos diversos da sociedade, em especial a economia. A seguir, trataremos da genealogia do processo de racionalização do direito, cujo entendimento é a chave para a apreensão do vínculo complexo entre os âmbitos econômico e jurídico, objeto do capítulo final deste trabalho.

## 1. O conceito weberiano de direito

Se tentarmos entender a noção de Weber acerca do fenômeno jurídico, dois pilares são fundamentais para a apreensão de sua conceptualização. O primeiro deles, à moda do positivismo jurídico que se consolidava à época, a ideia de coação sustentada pela autorização a determinados agentes de se fazer cumprir a ordem ou impor sanção em caso de sua eventual violação. O segundo deles é o de organização legítima, tipo ideal que inclui o direito, e que caracteriza “(1) sistemas socialmente estruturados que contêm (2) conjuntos de proposições normativas que (3) são, até certo ponto, aceitas pelos membros de um grupo [...] independentemente de estimativas puramente utilitaristas sobre a probabilidade da coação”. (TRUBEK, 2007, p. 156-157). Ao se realizar um amálgama desses postulados, o que se tem é que a forma jurídica de dominação legítima se distingue de outras estruturas assim caracterizadas, justamente pelo aspecto potencialmente sancionatório de suas determinações normativas (TRUBEK, 2007, p. 157).

Essas determinações normativas, para que sejam compreendidas, devem ser analiticamente desmembradas em dois aspectos, como faz Weber: o primeiro deles é o aspecto que podemos denominar normativo em sentido próprio: trata-se do plano ideal de vigência da norma, um plano de dever-ser (*Sollen*), que determina um sistema logicamente ordenado. Em segundo, e de maneira muito mais reveladora para a análise sociológica, trata-se de um sistema determinante de ações de seres humanos que representam, para si, tais ações como prescrições de uma ordem jurídica. Esta, nesse sentido, “não significa um cosmos de normas interpretáveis como logicamente ‘corretas’, mas um complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais” (WEBER, 2015, p. 209-210).

Evidentemente, argumenta Weber (2015, p. 210-211), não é imperativo que todos os indivíduos sigam a norma por acreditarem em seu caráter normativo, isto é, simplesmente por ser norma. Há diversos motivos para que um indivíduo se submeta à norma, entre os quais a ameaça de sanção imposta por uma pessoa ou grupo de pessoas, que, como já dito, diferencia o direito do mero costume ou de outra forma de organização. Mais do que isso, essa ordem de sanções também se diferencia de outras normativas porque, para o direito, o que importa, o que torna a norma vinculante, é sua própria vigência, a despeito de quaisquer outros fatores. Assim:

É claro que a imposição de uma ordem de fato, no caso individual, pode estar condicionada por uma variedade de motivos: mas só a chamamos “direito” garantido quando existe a probabilidade de, num caso dado, aplicar-se a coação “por causa da ordem mesma” – “coação jurídica”. (WEBER, 2015, p. 210).

O direito, assim imposto, pode ser lido pela sociologia como mais ou menos garantido conforme a probabilidade de execução da coação, normalmente por parte do Estado – nesses casos, nem sempre prevaletentes, fala-se em “direito estatal” e de coação pela associação política (WEBER, 2015, p. 214) –, no caso de subsunção dos fatos concretos à norma, como comportamentos humanos como o descumprimento de determinação legal, a resolução de um contrato por seu cumprimento, ou mesmo fenômenos naturais que desencadeiam efeitos jurídicos (WEBER, 2015, p. 211).

Independentemente de fatores psicológicos, como as razões pelas quais os indivíduos cumprem a norma, o aspecto relevante da garantia de posições jurídicas, pela ameaça de sanção e, de maneira mais geral, pela mobilização do aparato estatal coativo. Quando um indivíduo, ou uma pessoa jurídica, de maneira geral, dispõe desse suporte normativo-estatal, fala-se em direito subjetivo, cujo representante mais emblemático é o da proteção jurídica à propriedade privada. O envolvimento de uma ordem de coações no estabelecimento de diferentes situações das quais se extraem oportunidades econômicas é dos mais essenciais para a compreensão da função real do direito na sociedade (WEBER, 2015, p. 212). Assim, define Weber de maneira sucinta:

Falaremos de “ordem jurídica” sempre que exista a perspectiva de aplicação de quaisquer meios coativos, físicos ou psíquicos, realizada por um aparato coativo, isto é, por uma ou várias pessoas, disponíveis para este fim, quando se apresente uma situação que o exija, ou seja, sempre que exista uma forma específica de associação para fins de “coação jurídica” [... Na] situação em que as “relações”, isto é, as ações efetivas ou potenciais de pessoas concretas ou concretamente individualizáveis segundo determinadas características, constituem o conteúdo de direitos subjetivos, consideramos existir uma “relação

jurídica” entre os envolvidos. Os direitos subjetivos que ela compreende mudam de acordo com as ações efetivas realizadas. Nesse sentido, um “Estado” concreto pode também ser definido como “relação jurídica”. (WEBER, 2015, p. 213-215).

Nem sempre, porém, a coação jurídica estatal será o único balizador de condutas humanas. O costume, isto é, a ação habitual, irrefletida e não exigida, assim como a convenção, que consiste em consensos sociais em direção a determinadas atitudes, entendidas como desejáveis, também são determinantes para o comportamento humano. A diferença entre ambos é fluida, ou seja, não é determinada de forma clara e rígida. Da mesma forma, a separação entre convenção e direito se realiza a partir de critérios intrínsecos, ligados à própria lógica de suas normativas, mas tão somente pela “estrutura sociológica da coação” que apresentam, no que diz respeito à existência de indivíduos encarregados especificamente da sanção (WEBER, 2015, p. 215 e p. 219-220).

No mesmo âmbito das fórmulas convencionais da determinação do comportamento, Weber discute as relações entre moral e direito, tema clássico para a teoria jurídica. Nesse ponto, afirma que é equivocada a visão de que a norma moral incidiria sobre a disposição da alma, enquanto o direito se aplicaria à ação exterior. Não só há casos, em regramentos morais e jurídicos, em que esses papéis se invertem, e o direito se aplica a disposições de vontade, e a moral a práticas efetivas e materiais, como também não há, do ponto de vista da sociologia, distinção essencial entre moral e direito, entre convenção e máxima religiosa, de tal modo que, no que diz respeito ao condicionamento cotidiano das ações humanas, “não há mandamento ‘moral’ socialmente importante que não tenha sido, em algum tempo ou lugar, um mandamento jurídico” (WEBER, 2015, p. 219).

Independentemente de suas origens, quando amparado por coação jurídica, o costume passa a ser denominado direito consuetudinário, conceito ao qual Weber atribui pouca importância, exatamente porque, se já tratamos de ações costumeiramente praticadas, a coação jurídica é um suplemento por vezes prescindível. Relevante, mesmo, é o costume em si que, se considerado de maneira ampla, compreende a *determinação da economia como um todo*, na medida em que compõe as necessidades econômicas, criadoras de demanda (WEBER, 2015, p. 215-216). Assim, Weber afirma que a coação jurídica apenas em pequena proporção influi para ações subjetivamente racionais, isto é, que visam a um objetivo interessante a seu realizador, já que elas, para que se realizem, dependem primariamente da avaliação de adequação entre fins e meios (WEBER, 2015, p. 218-219). Assim, o autor comenta:

A probabilidade de coação jurídica, que [...] determina apenas em pequeno grau o comportamento “conforme o direito” do agente, encontra-se também objetivamente,

como garantia eventual, apenas atrás de uma pequena parte do decorrer efetivo das ações consensuais. (WEBER, 2015, p. 219).

Há um aspecto de mútua imbricação entre direito e normativas extrajurídicas, como a convenção e o costume, que Weber não deixa de considerar. Trata-se, assim, não de uma relação de subsidiariedade da coação estatal em relação aos modos de comportamento, até certo ponto, autônomos. Assim, há mútua determinação causal entre normas e comportamentos humanos regulares (WEBER, 2015, p. 223), de tal modo que tanto a lei funciona como fator para a tomada de decisão pelos indivíduos, como também as ações sociais reiteradas funcionam de modo a servir de paradigma para eventual normatização. Nesse sentido, coloca Weber:

Sempre é fluida a transição entre a simples aceitação apática da habituação inconsciente a determinada ação e a adoção consciente da máxima de uma ação correspondente à norma. Do mesmo modo que a simples regularidade efetiva de uma ação engendra convicções morais e jurídicas de conteúdo correspondente, a circunstância, por outro lado, de que meios coativos físicos e psíquicos impõem determinado comportamento cria a habituação efetiva e, por isso, a regularidade das ações. (WEBER, 2015, p. 220).

Para a teoria econômica de Weber, pouco importa a natureza da norma, a fonte do direito e, mais ainda, qual a origem da proteção aos tais direitos subjetivos visados pela lei. A grande questão está apenas em localizar os comportamentos de maior probabilidade de realização no contexto das trocas mercadológicas, que não necessariamente dependem de garantias jurídicas, que servem apenas para um aumento nesse grau de certeza. Consequentemente, o interesse próprio das partes que consensualmente integram uma relação jurídica é o fator preponderante para a análise desta (WEBER, 2015, p. 220-222). Deste modo, “com frequência, precisamente questões ‘fundamentais’ de uma ordem jurídica, intensamente racionalizada em todos os demais pontos, costumam carecer por completo de regulação jurídica” (WEBER, 2015, p. 222). Conclui-se sobre este ponto, então, que “a orientação da ação social por uma ordem é, sem dúvida, constitutiva de toda relação associativa, mas o aparato coativo não tem esse caráter para a totalidade das ações relativas a associações contínuas e institucionalmente reguladas” (WEBER, 2015, p. 223).

## 2. A sociologia do direito

A fim de que seja possível, pelo menos no que diz respeito à análise de *Economia e Sociedade*, examinar exaustivamente as conceituações de Weber a respeito do direito, este capítulo visa a discutir, a partir da análise estrutural do capítulo VII de sua obra, aquilo que o autor denomina sua “Sociologia do Direito”.

## 2.1. Categorias conceituais do direito

Weber dá início ao trabalho analítico sobre o direito em si a partir da divisão entre esferas jurídicas objetivas, como pública e privada, penal e civil, regulamento e uniformização de pretensões, e assim por diante. Constata-se que, entre tais áreas, inexistia uma delimitação clara e unívoca daquilo que seja de um campo ou de outro, e que, historicamente, ocorreu diversas vezes o caso das diferentes áreas efetivamente se confundirem no exato mesmo fenômeno – como a vingança privada, que constituía ao mesmo tempo direito civil, compensatório, e penal, punitivo (WEBER, 1999, p. 1-8).

Alguns conceitos fundamentais são traçados, mesmo em meio à dificuldade classificatória que o autor encontra. Um deles, de alta relevância para o projeto analítico weberiano, é a noção de administração. Podendo ser pública ou privada, em que aquela é muito mais importante para o direito que esta, define-se da seguinte forma:

Em seu sentido mais amplo, o círculo da administração “pública” abrange três coisas: a criação do direito, a aplicação do direito e aquilo que resta de atividades institucionais públicas depois de se separar aquelas duas esferas (que aqui denominamos “governo”). (WEBER, 1999, p. 3).

O governo, por sua vez, que compõe o fim da administração, é definido de duas maneiras, a partir de dois aspectos: o positivo, definido por seu fundamento jurídico de legitimidade nas normas constitucionais do Estado; o negativo, que circunscreve o âmbito no qual deve ser limitado (WEBER, 1999, p. 3-4).

A raiz última da administração pública é a administração familiar, exercida pela figura do chefe de família.

O portador original de toda “administração” é a autoridade doméstica. Na ausência de limitações que primitivamente a caracterizam, não há direitos subjetivos dos submetidos ao poder perante o chefe da família, e, quanto ao comportamento deste diante daqueles, as normas subjetivas existem no máximo como reflexo heterônomo das limitações sacras de suas ações. (WEBER, 1999, p. 4).

Essa administração familiar tende à administração pública na medida em que a vingança privada é institucionalizada, fazendo com que intervenham sobre os poderes domésticos o *imperium* do clã, da religião e das forças armadas. O conceito de *imperium*, tipicamente caracterizado pelo “poder de castigar, especialmente o de vencer a desobediência não apenas por violência direta mas também pela ameaça de desvantagens” (WEBER, 1999, p. 9), subsume-se justamente desse conjunto de “poderes não-intradomésticos” (WEBER, 1999, p. 8). A ação desse *imperium* pode ser restrita de

duas formas gerais: a limitação e a divisão de seus poderes. Pode-se limitar o âmbito de aplicação de sua coação, ou pode-se conceder mais de uma modalidade de *imperium*, com jurisdições específicas, numa mesma sociedade. Ainda que a tese não se aplique apenas aos Estados modernos, “de modo geral, se compreendida corretamente, vale a tese de Montesquieu: que somente a divisão de poderes torna possível a concepção de um ‘direito público’” (WEBER, 1999, p. 9). Entretanto, isso não significa que necessariamente toda divisão do poder em *imperia* faça uma associação política regida pelo direito público. “Uma doutrina científica do direito público foi desenvolvida apenas no Ocidente, porque somente nele a associação política assumiu totalmente o caráter de uma instituição com competências racionalmente articuladas e divisão de poderes” (WEBER, 1999, p. 9-10).

Essas associações políticas atuam no direito em dois aspectos centrais, a saber, sua criação e sua aplicação. Weber define:

Por “criação do direito” entendemos atualmente o estabelecimento de normas gerais estatuídas, das quais cada uma [...] assume o caráter de uma ou várias “disposições jurídicas” racionais. A “aplicação do direito” significa para nós a utilização daquelas normas estatuídas e das respectivas “disposições jurídicas” (a serem deduzidas das primeiras pelo esforço do pensamento jurídico) a “fatos” concretos que são a elas “subsumidos”. (WEBER, 1999, p. 10).

## 2.2. A racionalização do direito

A diferença entre aplicação e criação do direito, porém, é circunscrita historicamente na medida em que depende justamente da separação entre as duas atividades que, em última análise, resulta da própria divisão e racionalização do exercício do *imperium*. Portanto, a divisão não acontece quando o direito não é estabelecido por normas gerais e abstratas, mas sim e exclusivamente por decisões casuísticas. Também não ocorre separação nos casos em que o direito objetivo se confunde com o direito subjetivo do soberano, e nem quando inexiste o silogismo jurídico como método de interpretação. Todas essas hipóteses, diz Weber, consistem em formas de “aplicação irracional do direito” (WEBER, 1999, p. 10). O presente item se dedicará à reconstrução daquilo que se pode chamar *genealogia da racionalização do direito e da sociedade*, construída pelo sociólogo alemão.

A questão da racionalidade do direito será chave para a compreensão de seu vínculo com a economia. Weber percebe que “o processo de diferenciação das concepções fundamentais de esferas jurídicas, hoje correntes, depende, em alto grau, de fatores técnico-jurídicos e também, em parte, da estrutura da associação política” (WEBER, 1999, p. 11). Assim sendo, a determinação dos diferentes campos e domínios do direito é

uma mistura complexa entre sua técnica intrínseca e o modo como a associação política, que o cria e aplica, funciona. Evidentemente, pela imbricação de maior ou menor grau entre toda associação e a economia, há um aspecto material fundamental na produção do direito, que não deixa, porém, de ser mediado e de coexistir com outros elementos. “Em consequência, pode ser considerado, apenas indiretamente, condicionado pela economia” (WEBER, 1999, p. 11). Mais precisamente:

Fatores econômicos desempenham um papel, na medida em que a racionalização da economia, na base da relação associativa de mercado e dos contratos livres (e, com isso, a complexidade cada vez maior dos conflitos de interesses a serem resolvidos pela criação e aplicação do direito), promoveu fortemente tanto o desenvolvimento da racionalização específica do direito como tal quanto o desenvolvimento do caráter institucional da associação política, como reiteradamente veremos. Todas as demais influências puramente econômicas estão condicionadas por situações concretas e, por isso, não podem ser expressas em regras gerais. (WEBER, 1999, p. 11).

Assim, dada a importância do aspecto da racionalidade do direito para suas relações concretas com a sociedade e a economia, cumpre discuti-la em detalhe. Weber destaca diversos vetores de racionalidade, termo que aqui utilizamos para designar os diversos sentidos para os quais o processo de racionalização se dirigirá. Em primeiro lugar, a generalização: “redução das razões que determinam a decisão, no caso concreto, a um ou a vários ‘princípios’, que são as ‘disposições jurídicas’” (WEBER, 1999, p. 11). Trata-se, grosso modo, da noção de que a decisão, como requisito mínimo de justiça, deve ser imparcial, no sentido de aplicada ao caso concreto a partir de parâmetros gerais estabelecidos de maneira casuística, isto é, baseados em princípios previamente estipulados e em decisões anteriores. Trata-se da forma geral do precedente. Num estágio superior de evolução do direito, esse fenômeno se converte em sistematização, aqui entendida como “o inter-relacionamento de todas as disposições jurídicas obtidas mediante a análise, de tal modo que formem entre si um sistema de regras logicamente claro, internamente consistente e, sobretudo, em princípio, sem lacunas”. Nos tempos modernos, a sistematização “costuma partir da ‘interpretação lógica do sentido’ tanto das disposições jurídicas quanto do comportamento juridicamente relevante”. Essa sistematização normativa se opõe à casuística no sentido que descola a extração de princípios dos casos concretos, fazendo com que estes sejam subsunção daqueles sem que os fomentem. Por isso, “não raro as relações jurídicas e a casuística resistem a esta manipulação, pois têm sua origem na observação de fenômenos ‘evidentes’” (WEBER, 1999, p. 12).

A racionalidade para a criação e a aplicação do direito não depende apenas desses vetores do processo de racionalização, mas também de que meios e critérios se utilizam para a decisão sobre normas e casos concretos (WEBER, 1999, p. 12). A questão da racionalidade jurídica envolve também seus aspectos formal e material. “Um direito é ‘formal’ na medida em que se limita a considerar, no direito material e no processo, as características gerais unívocas dos fatos” (WEBER, 1999, p. 13). Em outras palavras, subsomem-se logicamente os fatos juridicamente relevantes das normas abstratas e princípios jurídicos fixos. A racionalidade material, por outro lado, faz com que “as decisões de problemas jurídicos [sofram] a influência de normas com dignidade qualitativamente diferente daquela das generalizações de interpretações abstratas do sentido: imperativos éticos, por exemplo, ou regras de conveniência” (WEBER, 1999, p. 13). Ora, se o formalismo for absoluto, isto é, se for conduzido de maneira a não ser permeado por nenhuma interpretação geral e abstrata, a hermenêutica da característica jurídica do fato concreto se restringirá ao aspecto casuístico. Ora:

Somente a abstração interpretadora do sentido faz com que surja a tarefa especificamente sistemática: a de coordenar e racionalizar, com os meios da lógica, as regras jurídicas, cuja vigência é reconhecida num sistema, internamente consistente, de disposições jurídicas abstratas. (WEBER, 1999, p. 13).

Por meio desses processos distintos de racionalização, o direito é posto a serviço de diferentes interesses econômicos na medida em que as associações criadoras de direito, numa determinada sociedade, unem-se de modo a culminar no Estado (WEBER, 1999, p. 14), definido pelo monopólio legítimo da coação física (WEBER, 2015, p. 34). A posse legítima de um direito significa, para a economia, “uma probabilidade adicional de que determinadas expectativas não sejam frustradas, em favor dos indivíduos aos quais o direito ‘objetivo’ atribuiu certos ‘direitos subjetivos’” (WEBER, 1999, p. 14). Trata-se, desta forma, sobre um poder de disposição sobre uma coisa ou pessoa, garantido juridicamente por alguma espécie de regulamento.

Também existe a possibilidade de que o direito, por meio de ações coativas racionais de direito objetivo, viabilize ou crie relações econômicas. Às disposições jurídicas, “isto é, normas abstratas com o conteúdo de que determinada situação, de fato, deva ter determinadas consequências jurídicas” (WEBER, 1999, p. 14), sejam elas proibitivas jurídicas, correspondem às pretensões de que indivíduos façam ou deixem de fazer determinadas coisas, e também as autorizações para que realizem outras atividades sem intervenção de terceiros (WEBER, 1999, p. 15).

As autorizações são de importância vital para o desenvolvimento da ordem econômica, diz Weber, porque constituem o essencial para o princípio da liberdade

contratual, nos seguintes termos: (i) conferem direitos de liberdade protegidos contra terceiros, e (ii) dão a indivíduos o poder discricionário para que regulem autonomamente suas relações uns com os outros. Essa liberdade está atrelada diretamente ao avanço da abertura das associações ao mercado das trocas, que devem ser em algum grau livres para que ocorram. Evidentemente, porém, “em nenhuma ordem jurídica a liberdade de contrato é de tal modo ilimitada que o direito ponha à disposição sua garantia coativa para acordos de qualquer conteúdo” (WEBER, 1999, p. 15). Este é o contexto, logicamente, em que incidem diferentes pressões mercadológicas sobre o direito que, por sua vez, incidirá sobre as trocas que marcam o mercado, e assim de maneira sucessiva e retroalimentante.

Essa forma de organização das autorizações legais dadas a particulares é traço distintivo do desenvolvimento do capitalismo. “A peculiaridade material, essencial da vida jurídica moderna, especialmente na área do direito privado, em oposição à situação anterior, é a importância muito maior do acordo jurídico, especialmente do contrato, como fonte de pretensões garantidas pela coação jurídica”, que junto a heranças de família, corresponde ao núcleo essencial de posições jurídicas de determinado indivíduo (WEBER, 1999, p. 16).

Já no âmbito estatal, ainda que a admissão de funcionários públicos tome a forma de um contrato, não é propriamente deste que decorrem os seus direitos e deveres. Igualmente, quando se fala nas relações entre diferentes entes públicos, há uma pactuação que poderia, mas não é, lida como contrato. É usual, nos dias de hoje, que o aparato estatal seja interpretado como unidade soberana, estruturada logicamente de maneira inteiriça, não pelo entrelaçamento contratual de suas partes. No direito público, a forma contratual é enxergada atualmente, de maneira própria, apenas no âmbito das relações internacionais. No limite entre público e privado, a saber, no processo, os acordos arbitrais são uma forma de contrato antigo que, diz Weber, perdeu relevância (WEBER, 1999, p. 17-18). No século XXI, podemos notar que a tendência se inverteu.

Todavia, o diagnóstico de Weber não foi revertido pela ação do tempo no que diz respeito à crescente relevância do contrato para fins econômicos, isto é, contratos que o autor denomina funcionais:

A importância atual do contrato nesta área é sobretudo produto do progresso intenso das relações associativas mercantis e do emprego de dinheiro. Além de representar, portanto, a importância crescente do contrato de direito privado – em geral, o lado jurídico da comunidade de mercado –, o contrato difundido por esta comunidade é também internamente de natureza diferente daquela do contrato primitivo, que antigamente desempenhava um papel tão mais importante do que hoje, nas áreas do direito público e do direito familiar. Correspondendo a essa transformação profunda do caráter geral do acordo livre, denominaremos

aqueles tipos de contratos privados contratos de status, em oposição aos contratos específicos à troca de bens, isto é, à comunidade de mercado, que serão denominados contratos “funcionais”. (WEBER, 1999, p. 18).

Em sociedades pré-racionalização, os contratos de *status* tinham uma importância ritualístico-social muito maior do que aquela dos contratos de troca. As confraternizações, isto é, as ações sociais rituais que conferiam determinadas posições sociais a indivíduos, prevaleciam sobre as trocas, no sentido de que aquelas que eram efetivamente garantidas pelo aparato coercitivo da associação. “O normal [...] era a falta – pelo menos relativa – de garantia na troca e, em geral, a ausência total da idéia de que se possa assumir uma ‘obrigação’ não oriunda de uma confraternização universal, artificial ou dada pela natureza” (WEBER, 1999, p. 20). Isso suscitou a organização da troca como um ato instantâneo, já que a proteção jurídica se destina, num primeiro momento, apenas à posse.

A construção jurídica formalista da proteção à troca começa a desenrolar com a monetarização das relações econômicas, constituindo a economia da compra e venda, não simplesmente da troca. Faz-se surgir, assim, a noção de obrigações contratuais (WEBER, 1999, p. 21). Fundamental a percepção de que “surge assim o contrato pecuniário, como acordo específico em sua essência e função, qualitativamente limitado e fixado e, consoante seu sentido, estranho à qualidade, abstrato e, em geral, condicionado por fatores puramente econômicos: o arquétipo do contrato funcional” (WEBER, 1999, p. 20). De início, era a transferência de posse a matéria de todos os contratos, que dependiam de fenômenos sensíveis. Nesse sentido:

O pensamento jurídico não reconhecia como relevantes fatos invisíveis, à maneira das meras promessas de pagar as dívidas, mas apenas delitos, e estes eram ofensas contra os deuses, o corpo e a vida de pessoas ou a propriedade visível. Um contrato que pretendesse ser juridicamente relevante geralmente tinha que incluir uma disposição sobre a posse de bens visíveis ou, pelo menos, ser suscetível de interpretação nesse sentido. (WEBER, 1999, p. 25).

Trata-se, aqui, do momento de perda de essencialidade do *status* social do indivíduo para sua participação em relações contratuais e o surgimento da pretensão ao cumprimento de obrigações, estas que outrora existiram meramente como exigências *ex delicto*. Nesse cenário, até então, “o direito do prejudicado estava claramente tarifado pela prática do procedimento expiatório e da tradição vinculada a este”. Não estava em questão, portanto, estabelecer-se a queixa em relação ao descumprimento contratual, nem mesmo ao *status*, mas sim e tão somente tendo-se em vista a expiação de um mal imputado. A vendeta, no sistema de confraternização até então praticado, era vedado, a não

ser que por iniciativa “dos espíritos e deuses, do poder sacerdotal de proscricção, do poder doméstico ou da justiça de linchamento da associação”. A situação se transforma quando a comunidade se desenvolve como associação militar, em que a aptidão de determinados indivíduos para o serviço militar e para o porte de armas – e, como consequência, para a participação nos despojos de guerra, dependia de um *status* específico. Ora, para a disputa por esses recursos, é necessária uma instância de adjudicação que possa decidir sobre o *status* contestado de determinados indivíduos (WEBER, 1999, p. 21).

Associado a isso, surge o fenômeno da reipersecução da terra. “Com a escassez crescente, o poder de disposição sobre certas áreas de solo aproveitável tornou-se o fundamento cada vez mais importante de toda associação – tanto da associação política quanto da comunidade doméstica” (WEBER, 1999, p. 21). Ora, este fenômeno está diretamente ligado ao *status* na medida em que é este o elemento que confere o direito de participação nas terras e, de maneira inversa, recíproca, retroalimentante, é a posse de terras o que confere o direito pleno de ser cidadão. Cada vez mais, é de um indivíduo contra outro, não da associação contra o indivíduo, que se origina a lide pela terra, perante um juiz (WEBER, 1999, p. 21-23).

No que diz respeito à lide originária da obrigação contratual, o elo entre a dívida e a responsabilidade consistia exatamente na ideia de dívida expiatória. Nesse contexto, “um dos primeiros casos típicos em que o reconhecimento da dívida contratual tinha que se tornar uma necessidade econômica é a dívida por empréstimo”, cobrada, nos momentos primários de seu desenvolvimento, recorrendo-se à pressão social sobre o devedor (WEBER, 1999, p. 23). Essa forma de cobrança evoluiu para o processo que, ainda que pretendesse “acabar com a iniciativa própria, começou em muitos sistemas jurídicos com atos de iniciativa própria. O acusador arrasta o acusado perante o tribunal e somente o solta depois de ter certeza de que este, se o juiz o declarar culpado, não se esquivará da expiação” (WEBER, 1999, p. 24). Assim, cada vez mais as obrigações contratuais são criadas no próprio contexto do processo, que na realidade tem vínculo com a própria ação individual de cobrança, tal qual o era quando se apelava para o boicote público.

Para que o acusado pudesse responder em liberdade até que a sentença fosse proferida, era exigido frequentemente que se apresentasse um penhor ou fiador – mesmo que fosse o próprio devedor, mediante entrega de si à escravidão temporária – para tal. “Estes dois institutos jurídicos aparecem aqui pela primeira vez no processo como acordos jurídicos coercíveis” (WEBER, 1999, p. 24). Eles diziam respeito não meramente ao patrimônio, como é a responsabilidade contratual contemporaneamente: “o corpo do próprio devedor era, nesse caso, o penhor dado ao credor e tornava-se definitivamente propriedade legítima deste quando não era paga a dívida” (WEBER, 1999, p. 25). Assim:

Em caso de não-pagamento, o credor somente podia contar com a pessoa do devedor. Matava-o ou prendia-o como

refém, ficava com ele como servo, vendia-o como escravo, e, quando havia vários credores, estes podiam cortá-lo em pedaços, como propunham as Doze Tábuas, ou o credor sentava-se à mesa do devedor e este tinha que servi-lo – o que já era um passo em direção à responsabilidade patrimonial. (WEBER, 1999, p. 25).

Para além desses mecanismos, a coação jurídica de garantia dos contratos funcionais foi conseguida pelo “desenvolvimento artificial de novas queixas de delito”. Nesse sentido, o contrato passa a ser protegido em razão dos danos que resultariam de sua inobservância, de modo que “a racionalização econômica do direito favoreceu o nascimento da ideia de que a responsabilidade expiatória não era tanto resgate da vingança [...] quanto compensação do prejuízo”. Com o empreendimento jurídico de criação de direitos e obrigações por contrato, faltavam agora, para o comércio desenvolvido, “a possibilidade de cessão de crédito, possibilidade legítima e com base jurídica segura para o adquirente, que dispensa a revisão dos direitos do antecessor jurídico”, desconhecida pelo direito romano antigo e pelo germânico (WEBER, 1999, p. 26).

Essas demandas foram solucionadas no começo da Idade Moderna, com o uso de “documentos à ordem e ao portador, que funcionam tanto para a cessão de créditos, especialmente pecuniários, quanto para a transferência de poderes de disposição sobre bens mercantis e participações em empreendimentos”. Antes que alcançassem essa forma desenvolvida, o uso geral de documentos foi aos poucos se ampliando como mecanismo amplamente utilizado de criação de efeitos jurídicos, até mesmo constituindo “uma espécie de fetiche, cuja entrega formal, primeiramente na presença de testemunhas, dava origem a efeitos jurídicos específicos” (WEBER, 1999, p. 27).

Esse desenvolvimento gradativo faz com que seja alcançado o estado de coisas atual, em que:

Qualquer conteúdo de um contrato cria direito entre as partes, desde que os limites da liberdade de contrato não o impeçam e que este ato somente exige formas especiais quando o direito o prescreve, de modo obrigatório, por razões de conveniência, particularmente no interesse da demonstrabilidade unívoca dos direitos e, portanto, da segurança jurídica. (WEBER, 1999, p. 28).

Essa organização do contrato em torno da liberdade dispositiva não obsta o surgimento de suas formas típicas, que oferecem a facilidade oriunda da desnecessidade de regulação expressa, pelas partes, de todos os pontos potencialmente importantes do contrato. Ademais, há com as formas típicas um balizamento geral bastante cômodo para particulares sobre como constituir o contrato (WEBER, 1999, p. 28).

Entretanto, a regulamentação normativa também apresenta outro fator relevante no que diz respeito à possibilidade de envolvimento, quando da celebração do contrato, de terceiros que não participaram de sua realização. Isso é evidente no que diz respeito à eficácia *erga omnes* do direito de propriedade que, contudo, é relativizada, por exemplo, na proteção a direitos do credor (WEBER, 1999, p. 29). Há também outras formas que, de maneiras qualitativamente diversas, podem afetar interesses de partes não contratantes. É o caso, por exemplo, de decisões no seio de uma sociedade por ações que, criada hoje, afetará substancialmente credores e acionistas num tempo futuro (WEBER, 1999, p. 30). Isso significa que:

A “liberdade de contrato” – no sentido de uma autorização para contrair, de modo válido e com um número relativamente limitado de restrições que protegem o interesse de “terceiros”, acordos jurídicos que ultrapassam a relação interna dos contratantes não apenas à maneira de um reflexo, mas em virtude de um direito especial de caráter específico – significa mais do que a mera concessão de um “direito de liberdade”, no sentido de uma simples autorização para realizar ou omitir arbitrariamente certos atos concretos. (WEBER, 1999, p. 30).

O direito, porém, não apenas regulará a liberdade de contratar nos casos em que interesses de terceiros são afetados. Por diversas razões, diversas delas de cunho moral, é possível que se limitem atos que, a princípio, ninguém poderia deles sair lesado senão os próprios partícipes da relação. É também possível que determinadas autorizações não se façam presentes por mera desnecessidade comercial à época. Entretanto – e isso é revelador para o estudo da compreensão de Weber sobre os vínculos entre Direito e Economia é importante destacar que:

Os esquemas racionais de relações técnico-jurídicas, aos quais o direito deve dar garantias, do mesmo modo que manipulações profissional-técnicas, primeiro têm que ser “inventados” para poder colocar-se a serviço de interesses econômicos atuais. Por isso, a peculiaridade técnico-jurídica específica de uma ordem jurídica, a natureza das formas de pensamento com que esta trabalha, é de importância muito maior do que se costuma imaginar para a probabilidade de ser inventada em seu meio determinado instituto jurídico. Situações econômicas não engendram, automaticamente, novas formas jurídicas, mas compreendem em si apenas a possibilidade de que uma invenção técnico-jurídica, uma vez feita, também se divulgará. [...] M]uitas de nossas instituições jurídicas [...] devem-se], sem dúvida, a algumas razões econômicas, mas, além disso, a várias razões puramente técnico-jurídicas. (WEBER, 1999, p. 31).

Por tal razão, é inevitável o afastamento de qualquer leitura de Weber que postule por um determinismo do direito pela economia. Mas, no caminho inverso à ideia anteriormente apresentada, de que a racionalidade do direito viabilizou o progresso do capitalismo, Weber comenta:

Contribuiu para este desenvolvimento, entre outras coisas, também a circunstância de que aquele direito, ainda não logicamente racionalizado, desconhecia a máxima do tratamento especificamente “científico” do direito: que aquilo que o jurista com seu acervo conceitual não pode “construir”, não podendo “pensá-lo”, portanto, não pode existir juridicamente. O racionalismo jurídico significa, de fato – por mais que se tenda hoje a exagerar este aspecto –, um “empobrecimento” eventual no que se refere à riqueza de formas. Outros limites da liberdade de contrato, como, por exemplo, a exclusão ou limitação dessa em assuntos familiares, existentes na maioria dos direitos modernos, bem como a desaprovação da sujeição contratual à escravidão, estão condicionados por ideias e interesses predominantemente éticos ou políticos. (WEBER, 1999, p. 32).

Weber analisa diferentes formas pelas quais o poder estatal restringiu a liberdade contratual, das quais a supressão da escravidão é grandemente reveladora, do ponto de vista econômico. Isso porque “foi, sobretudo, produto do deslocamento do centro do domínio mundial econômico para regiões em que, devido ao alto custo de vida, o trabalho dos escravos era pouco rentável”. Outra razão estrutural para sua supressão foi a maior eficiência do trabalho assalariado, que não só implica menores riscos, – econômicos e de outras naturezas, como a possibilidade de rebelião (que não deixa de ter impacto econômico) – como também tem uma produtividade maior, dado que motivada pelo temor da demissão e do desemprego por baixo desempenho, e não pela coação física direta. O suplemento ideológico para tal, como demonstrado em diversos momentos históricos, foram as concepções de mundo pautadas no direito natural, advogando pela eliminação das restrições à liberdade pessoal (WEBER, 1999, p. 35-36).

Há, também relevantes para a análise socioeconômica, as limitações de contrato resultantes de interesses de classes dirigentes, como a burguesia. É o caso marcante da ab-rogação dos institutos jurídicos típicos do feudalismo, que permitiriam a existência de ônus permanentes da terra em prol de particulares (WEBER, 1999, p. 36). Ora, para que a terra possa ser, para dialogar com Deleuze e Guattari (2011, p. 288), desterritorializada, tornada mercadoria, para que comercializada e explorada economicamente, para que ela seja atribuída, assim, não só de valor de uso, mas também de valor de troca, é preciso que as instituições jurídicas que recaem sobre ela sejam permissivas em relação ao manejo típico da propriedade privada no contexto do capitalismo comercial.

Assim, o contrato estipulado na Modernidade se caracteriza, em diferentes âmbitos, de maneira distinta em relação às formas de contrato que anteriormente estipulava o direito especial em seus primórdios. Este era composto pelas formas do arbítrio das partes, ainda que, via de regra, mediante autorização da instituição política. Essa instituição, por sua vez, originava-se de “usurpações” oriundas de diferentes associações, compostas por comunidades consensuais organizadas na forma de grupos de pessoas marcados por traços objetivos, como atividade profissional, vínculos políticos, nascimento e afins (WEBER, 1999, p. 37). Tratava-se, portanto, de um fundamento de vigência baseado em qualidades estamentais: “[s]empre eram, [...] qualidades individuais de pessoas e relações inerentes a coisas individuais que se encontravam nessa situação jurídica especial” (WEBER, 1999, p. 39). O procedimento jurídico, nesse momento, “se realizava somente entre associações diferentes (clãs) e seus membros, na forma de um processo expiatório”. Weber identifica, nos primórdios do direito especial, o germe do direito subjetivo:

Onde determinado círculo estamental de pessoas ou um círculo de coisas estamentalmente significativas era portador do direito especial, a concepção corrente deste direito, de acordo com a natureza dele, tendia a considerar, para os participantes, a aplicação das normas do direito especial um direito pessoal subjetivo dos interessados. A concepção de normas geralmente “vigentes” existe, mas permanece inevitavelmente num estado pouco desenvolvido: todo “direito” aparece como “privilégio” de pessoas ou coisas individuais ou de complexos individuais dessas. (WEBER, 1999, p. 39).

Em cada associação, a arbitragem era realizada entre seus membros pelo patriarca. No caso de indivíduos integrados a associações distintas, criava-se um pluralismo jurídico no sentido de que “o direito aplicável pelas instâncias judiciais do poder político unitário era diferente para cada associação parcial étnica ou religiosa ou política subordinada” (WEBER, 1999, p. 38). O direito, por tal motivo, constitui como um privilégio oriundo de associações pessoais, não como uma *lex terrae*. Nesse sentido, assim, surgia em Roma um *ius gentium*, direito comum dos povos que servia para regulamentar o comércio internacional (WEBER, 1999, p. 43), que se sobrepunha ao *ius civile*, restrito a cada associação e exercido pelo *imperium* de seu respectivo senhor (WEBER, 1999, p. 38). Na modernidade, a situação se alterou:

[A] forma moderna de deixar com os interessados a iniciativa de assegurar para si as vantagens de uma instituição criadora de direitos especiais que produz efeitos sobre terceiros, mediante a utilização de determinados esquemas de acordos e o cumprimento dos pressupostos objetivos exigidos pela lei, difere bastante da maneira em que, no passado, foi admitido um direito especial diante

das regras jurídicas gerais, e é produto da uniformização e racionalização do direito, vinculadas à monopolização oficial da criação de direito por parte das associações políticas modernas, organizadas em forma de instituições. (WEBER, 1999, p. 37).

Em oposição, portanto, ao sistema de autodeterminação de direitos subjetivos, as pessoas passam, no florescer da Idade Moderna, a ser subordinadas à instituição política, que as situa na posição de igualdade jurídica. A criação individual de direitos arbitrários dará lugar a uma “autonomia formalmente acessível a todo mundo e rigorosamente delimitada por regras jurídicas de ‘associações’” e a autorizações a qualquer indivíduo criar direitos arbitrários por meio de acordos jurídicos, isto é, contratos (WEBER, 1999, p. 40). São dois os condutores essenciais dessa transformação: a expansão do mercado e a burocratização das comunidades consensuais. Assim, conduzia-se à maior autonomia para a inserção na luta pelas oportunidades econômicas, bem como se ampliava o poder de regentes e funcionários estatais.

Weber discute o que significaria essa autonomia. Ela não deve ser entendida como um valor amorfo, mas sim como a submissão de um grupo de pessoas a um direito especial por elas própria modificável, e circunscrito no contexto de uma associação política que garanta ou, ao menos, tolere que se outros órgãos criem direito objetivo dentro de seu território (WEBER, 1999, p. 40-41). Percebe-se que os contratos estipulados autonomamente, na autonomia assim compreendida, encontram-se com a ideia de norma:

O limite de ambas encontra-se onde também se encontra o limite do conceito de norma, isto é, onde a ordem vigente, em virtude de consenso ou acordo racional dos participantes, deixa de ser compreendida como regra objetivamente vigente, imposta a determinado círculo de pessoas, mas se compreende como base de recíprocas pretensões subjetivas – por exemplo, o acordo entre dois proprietários de uma firma referente à divisão do trabalho, à divisão do lucro e à situação jurídica externa e interna. Revela-se aqui, claramente, a elasticidade do conceito de direito objetivo ante o conceito de direito subjetivo. (WEBER, 1999, p. 41).

A norma e o contrato, direito objetivo e subjetivo, constituíam-se assim, já em Roma, numa proximidade bastante destacada, ainda que começasse a surgir sua separação. A mediatização dos conflitos entre associações distintas pela instituição política, aos poucos, passa a constituir um direito único e determinado pela maioria, o que faz com que o contrato seja o meio geral de realização da autonomia dentro do âmbito do poder dessa instituição (WEBER, 1999, p. 45-46). Assim, “a distinção entre resolução e contrato permanecia [...] pouco clara, como o era, em geral, a distinção entre os conceitos de norma objetiva e pretensão subjetiva. [...] Mas, em todo caso, já existia o germe da

distinção” (WEBER, 1999, p. 46). Ocorre, por esse fenômeno complexo, a racionalização e a fixação de normas rígidas para o poder de disposição, seja da associação, seja dos indivíduos.

A fim de que esse poder autônomo de criar direitos subjetivos por via contratual fosse bem delimitado, e contasse com uma chancela oficial de legitimação, a solução encontrada, tanto para associações como para indivíduos, foi a criação da pessoa jurídica. Ora, “do ponto de vista jurídico, este nome é uma tautologia, pois o conceito que o direito tem da pessoa é sempre um conceito jurídico” (WEBER, 1999, p. 46). De todo modo, os efeitos dessa tautologia são essenciais, porque resultam de uma escolha artificial de características que serão selecionadas para que se confirmem direitos a indivíduos, ou mesmo coisas, como o caso da associação (WEBER, 1999, p. 46-47).

Graças a essa inovação jurídica, encontra-se o epítome da racionalidade no que diz respeito à organização das associações, cuja esfera jurídica agora se encontrará completamente apartada daquela de seus membros, de tal modo que a provocação de efeitos jurídicos na associação será restrita a alguns indivíduos ou, mais frequentemente, órgãos específicos. O patrimônio – o que, no fim das contas, torna indispensável a personalidade jurídica (WEBER, 1999, p. 48) –, os contatos, os direitos dela serão também apartados dos de seus membros. É no momento que a associação se organiza para fins econômicos de acordo com esses princípios, e limita a um círculo específico de membros sua administração jurídica, é que surge a corporação (WEBER, 1999, p. 47). Na transição, então, para o regime de associações com personalidade jurídicas, substituiu-se o regime de confraternizações por relações eminentemente comerciais, orientadas pela racionalidade com vistas ao atendimento a interesses econômicos. Para tal, contratos de *status* dão lugar a contratos funcionais (WEBER, 1999, p. 48-49).

Nessa construção da personalidade jurídica, o próprio Estado, no direito civil, passa a ser tratado como pessoa jurídica. A consequência desse fenômeno é o fato de que a instituição estatal passa a ser dividida em duas esferas, a saber, a esfera pessoal de seus órgãos, e a esfera oficial, cujo patrimônio se separará da primeira (WEBER, 1999, p. 49). Esta última apresenta uma nova divisão: a das relações de autoridade, atreladas à burocracia institucional, e a patrimonial, sujeita a relações de direito privado. Deste modo, os entes estatais podem, muito bem, tomar parte contra particulares em procedimentos judiciais, fenômeno de grande importância já que, operando as associações capitalistas dentro de seu âmbito de liberdade contratual, não poderia o Estado empregar meios litúrgicos coercitivos da mesma maneira que um soberano lida com seus súditos. A vantagem econômica dessa transformação é, novamente, a previsibilidade da atuação do Estado perante as pessoas jurídicas de direito privado, racionalizando sua interação mediante normas (WEBER, 1999, p. 50).

Constituídas de maneira similar às corporações, e permitindo a burocratização da atuação estatal em diversas esferas, as instituições passam a ser conceitualizadas na Modernidade, ainda que de origem situada no direito canônico, muito próxima à ideia de fundação. Diferente de uma corporação, a instituição se caracteriza por apresentar órgãos heterônomos e heterocéfalos (WEBER, 1999, p. 53), isto é, estabelecidos e nomeados por um ente terceiro (WEBER, 2015, p. 31), qual seja, o Estado. Tal técnica jurídica viabilizou, assim, “empreendimentos públicos com caráter massivo, como escolas, asilos, bancos estatais, institutos de seguros, caixas econômicas etc.” (WEBER, 1999, p. 53).

Seja na forma de corporação, seja na de instituição pública, há algumas características gerais que podemos destacar nessas formas de organização, que podemos denominar sob o rótulo comum de “associação”. Quando organizada de maneira a nela se realizar uma gestão econômica, portanto integrada com o capital, a associação será, em medida inversamente proporcional à importância relativa aos fins diversos dos econômicos a que se pretende, determinada pela racionalidade econômica. Nesse sentido, a estrutura interna será organizada, em diferentes graus, a partir de crédito e risco. Se o fim for puramente econômico, faz-se necessário, via de regra, que tal organização se dê de modo a instituir administração burocrática (portanto, racional) e assembleia, formalmente democrática e materialmente plutocrática, de sócios. Estes terão, por um lado, responsabilidade limitada, assim como direitos garantidos formalmente, e transferíveis, seja por alienação (dentro de determinados conformes) ou herança (WEBER, 1999, p. 56-58).

Ainda que as condições materiais por trás das associações sejam, sem dúvida, determinantes para uma série de aspectos, acima descritos, Weber não identifica que o desenvolvimento de sua estrutura jurídica tenha sido por eles causado de maneira predominante (WEBER, 1999, p. 60). O autor busca demonstrar essa asserção com base nas diferenças cronológicas e espaciais entre esse desenvolvimento, nomeadamente, falando a respeito das distinções entre as formas pelas quais as associações se constituíram na Inglaterra e na Alemanha, notando a essencialidade das circunstâncias políticas, não econômicas, para tal separação (WEBER, 1999, p. 58-59). Assim:

A diferença entre os dois tipos de desenvolvimento deve-se essencialmente, por um lado, ao forte poder central dos reis e aos meios técnicos da administração dos Plantagenets e de seus sucessores, e, por outro lado, à ausência de um forte poder político central, na Alemanha. Além disso, deve-se também à repercussão de determinados fundamentos feudais da *Common Law* inglesa, na área do direito imobiliário. (WEBER, 1999, p. 59).

Ainda que não entenda uma determinação unívoca do direito pela materialidade das formas sociais, Weber não deixa de apresentar um horizonte crítico

de compreensão da correlação entre as formas jurídicas e a economia. À noção de que a contratualização da vida social, instituída por meio de direitos e de uma autonomia regulamentada, traria uma diminuição dos compromissos e um incremento à liberdade contratual, Weber opõe uma dúvida metódica: não se pode, a partir unicamente do desenvolvimento de formas jurídicas, deduzir que de fato tenha havido maior liberdade para que os indivíduos engendrassem modos de vida mais diversificados, ou que tenha se ampliado o grau de sua autodeterminação. Pelo contrário:

Isso impede, sobretudo, a diferenciação, garantida pelo direito, da distribuição efetiva da propriedade. O direito formal de um trabalhador [...] não significa praticamente [...] a menor liberdade de fixar as próprias condições de trabalho e não lhe garante nenhuma influência sobre elas. Resultam deste direito a possibilidade, para a parte mais poderosa no mercado, neste caso geralmente o empresário, de fixar essas condições à sua discricção, de oferecê-las àquele que procura um emprego, para este aceitá-las ou rejeitá-las, e – já que a urgência econômica do emprego costuma ser mais forte por parte do solicitante – de impô-las ao último. O resultado da liberdade de contrato é, portanto, a criação da possibilidade de usar a propriedade de bens, mediante a hábil aplicação dela no mercado, como meio para adquirir, sem encontrar barreiras jurídicas, poder sobre outras pessoas. (WEBER, 1999, p. 65).

Weber percebe o caráter enganoso das teorias que advogam por uma suposta diminuição da coação estatal graças à liberdade de contrato, típica do capitalismo moderno, em relação a outras formas sociais, como o socialismo. O aumento formal da liberdade, como visto, em nada determina um incremento proporcional da liberdade material, substantiva. Ora, se o “livre arbítrio”, no capitalismo, significa a liberdade de se sujeitar às condições de mercado impostas pelos proprietários privados de meios de produção em aquisição, nenhuma melhora ocorre no grau de liberdade dos indivíduos comuns, despossuídos desses meios (WEBER, 1999, p. 66). A bem da verdade, mesmo contra os donos dos meios de produção, a coação mercadológica se realiza “na forma totalmente impessoal da inevitabilidade de adaptar-se às ‘leis’ puramente econômicas da luta de mercado, sob pena da perda (pelo menos relativa) do poder econômico ou, eventualmente, da possibilidade mesma de existência econômica” (WEBER, 1999, p. 67).

Com isso, a transformação de normativas autoritárias, relacionadas a formas tradicionais de dominação e a relações pessoais de subordinação, em normas jurídicas abstratas, gerais e que concedam autonomia e liberdade formais, em nada significa, por si só, um incremento na liberdade dos indivíduos. Na prática, seu efeito é de aumento quantitativo e qualitativo dos poderes de coação exercidos por grupos cada vez mais restritos, detentores de potestades cada vez mais concentradas. Em oposição a tal estado

de coisas, Weber traz a ideia de que uma ordem socialista, vista por muitos ‘teóricos’ como repressiva, não conheceria essa forma de coação baseada na propriedade privada e no mercado, nem formas intensas de dominação pessoal (WEBER, 1999, p. 66-67).

Todo direito desenvolvido sob algum aspecto formal, e ensejando diferentes formas de racionalização, demanda, evidentemente, um corpo técnico capaz de interpretar e aplicar o direito, seja como juízes, seja como defensores das partes. Profissionaliza-se a figura do advogado, e criam-se nesse contexto cada vez mais saberes práticos jurídicos, no sentido de sua racionalização. Criam-se, nesse sentido, ferramentas técnico-normativas que aumentam a previsibilidade e a logicidade do direito. A respeito disso, contrastando com um determinismo material, Weber comenta:

A direção em que se desenvolvem estas qualidades formais está diretamente condicionada, por assim dizer, por condições “intrajurídicas”: pela peculiaridade dos círculos de pessoas que podem influir profissionalmente sobre a formação do direito, e apenas indiretamente pelas condições econômicas e sociais, em geral. (WEBER, 1999, p. 85).

O modo como o pensamento jurídico se constitui, portanto, é indispensável para a própria construção técnica do direito. O ensino jurídico, em seus dois tipos ideais, é motor da formação da sistemática do precedente e da legislação racional. Vejamos.

Em primeiro lugar, pensa-se no ensino empírico e casuístico do direito, aquilo que hodiernamente se denomina *case law approach*. Em suas origens, esse método não constitui um modelo universitário de estudo de caso, mas sim um modo pelo qual as associações de profissionais do direito reproduzem os próprios conhecimentos práticos em seus círculos estamentais fechados, formando novos profissionais. Esse ensino, diz Weber, constitui “um tratamento formalista do direito, ligado a precedentes judiciais e a analogias” (WEBER, 1999, p. 87). Trata-se de um conjunto de saberes práticos atomizados, visando à solução específica de casos concretos, frequentemente recorrendo-se a ficções jurídicas, sem que se constitua uma sistemática racional, geral e lógica. Como consequência, o direito fica impregnado por uma complexidade artificial e desnecessária, útil economicamente aos profissionais do direito, já que a incerteza e a tecnicidade excessiva nas quais o processo estava imerso tornavam indispensável sua contratação (WEBER, 1999, p. 86-88).

O segundo tipo ideal de ensino jurídico é aquele voltado à sistematização racional do direito. Trata-se da formação universitária, nas localidades onde a formação jurídica, eventualmente mediante também prova de admissão, é exigida para que se opere o direito (WEBER, 1999, p. 89). Esse tipo de ensino do direito permite sua máxima racionalidade, tanto do ponto de vista material, isto é, relativo à generalidade das formas jurídicas, em oposição ao modelo casuístico de precedentes, quanto do ponto de vista

formal, isto é, da independência de suas fontes em relação a fatores externos ao próprio direito, como é caso das fontes religiosas (TRUBEK, 2007, p. 159-161). Essas fontes, ainda que sistematizadas e escolarizadas pelos operadores de um direito sacerdotal, carecem de uma sistematização jurídica independente (WEBER, 1999, p. 90-91). O modelo da universidade, capaz de uma racionalidade lógico-formal, prepondera sobretudo na Itália, onde as necessidades de previsibilidade e de criação de instrumental técnico-jurídico propícios ao comércio nascente na Baixa Idade Média suscitam uma organização racional do direito, tanto no aspecto formal quanto no material, inspirada em institutos romanos (WEBER, 1999, p. 92-93). Em Roma, tais institutos ao longo do tempo se tornaram cada vez mais racionais e burocráticos, tal qual sua técnica caminhava rumo à formação de conceitos mais gerais e abstratos (WEBER, 1999, p. 94-98).

Esse processo, já sabemos, é denominado racionalização do direito. Cumpre agora perceber suas origens primeiras, para que seja depois possível, de modo comparativo, estudar as relações do direito com as diferentes formas de dominação.

### 2.3. Criação e aplicação do direito

Ao realizar a análise detalhada, mas não exaustiva, da evolução do fenômeno jurídico no Ocidente em direção à sua racionalização, Weber investiga também, podemos dizer, a lógica interna do direito em diferentes sociedades.

Em primeiro lugar, discute-se o surgimento de regras jurídicas. Hodiernamente, comum que seja a promulgação de leis na forma de estatutos, isto é, de regramentos instituídos a partir de formas legítimas, não se trata do único modo de fazer o direito surgir – a exemplo da *Common Law* inglesa, não estatutária. Mais ainda, existiram formas jurídicas diversas ao longo da história da humanidade que surgiram a partir do costume. Para que o direito consuetudinário se constitua como tal, consagrou-se a exigência de três critérios, quais sejam: “1) haver exercício comum efetivo; 2) haver convicção comum da legitimidade; e 3) ser racionalizável” (WEBER, 1999, p. 67).

Ainda que não considere de todo inútil ou equivocada a categorização mencionada, Weber entende que poderia haver uma maneira mais simples de definir as normas jurídicas primitivas, a saber:

[C]ertas formas habituais do comportamento efetivo, em virtude de determinada “atitude” psíquica, são sentidas como “compromissórias” e, sendo conhecida sua divulgação supra-individual, são incluídas, como “consensos”, na “expectativa” consciente ou semiconsciente de que os outros ajam nesse sentido, sendo estes consensos, em oposição às “convenções”, garantidos por aparatos coativos. (WEBER, 1999, p. 68).

Para explicar a origem desses hábitos e consensos gerais, de nada serve a conceptualização típica da escola histórica do direito, que propõe um *Volksgeist* (espírito do povo) como entidade orgânica supraindividual que dê conta de compreender a unidade de uma sociedade. A essa altura, já podemos perceber que o individualismo metodológico de Weber vai frontalmente de encontro a noções totalizantes como essa. Também pouco seria útil, de maneira geral, a concepção citada. E o conceito, como um todo, de uma percepção geral não exatamente consciente de determinado conjunto de normas, de nada adianta para explicar sua possibilidade de modificação (WEBER, 1999, p. 68-69).

Para dar conta da inovação normativa, é necessário um incremento que dê conta de explicar o que impulsiona tal transformação. Para isso, não seria suficiente atribuir as mudanças às eventuais modificações nas condições externas, porque “o decisivo é sempre um novo tipo de ação que leva à mudança da significação do direito vigente ou à criação de um direito novo” (WEBER, 1999, p. 69). Trata-se, assim, de um conjunto de mudanças que partem de indivíduos que, motivados por diferentes interesses, engajam-se em ações sociais distintas diante de condições externas diferentes (ou que para eles tenham sentido diferente) das habituais. Por imitação e seleção – possivelmente por fornecerem mais oportunidades econômicas –, essas ações podem se propagar, de maneira a consolidar modos generalizados de condução da vida. Entretanto, não necessariamente esses arranjos engendravam formas jurídicas coativas, vistas em algumas sociedades como dispensáveis (WEBER, 1999, p. 69-70).

O fato, porém, de que a coação jurídica não tenha sido um recurso unânime de estabelecimento de compromissos em diferentes sociedades, fato é de a luta de concorrência entre diversos sistemas jurídicos é frequentemente decidida a favor daquele que contar com a coação jurídica estatal. Esta se estabelece, em sua forma mais racional, de modo calculado pelo poder político, por meio da construção de normativas racionalmente ancoradas em expectativas sobre sua aplicação. Essa previsibilidade jurídica, organizada em arranjos técnico-normativos, é essencial para que uma economia de mercado futuramente prospere (WEBER, 1999, p. 70). Ainda que esses interesses particulares sejam fundamentais na constituição do direito primitivo, evidente que a influência mais robusta nessa formação advém dos consensos costumeiros universalmente difundidos no contexto de determinada sociedade (WEBER, 1999, p. 71).

Quanto à decisão judicial, percebe-se que o direito primitivo não conta com nenhum dos dois sistemas mais consolidados de balizamento normativo da decisão concreta, a saber, a lei geral e o precedente. A esses modos de orientação técnica do direito, opõe-se irracionalidade do uso de critérios mágicos para a descoberta do direito, bem como a aplicação personalista, por líderes proféticos, de normas e decisões. Entretanto, essa situação não se mantém para sempre, pelas próprias condições intrínsecas ao tal direito primitivo: ora, um mesmo juiz não pode, para casos similares, aplicar

máximas contraditórias sem que sua imparcialidade seja posta em xeque. Também a tradição, quanto mais consolidada, mais estabelece critérios relativamente rígidos de direcionamento da decisão judicial. Isso se dá pelo fato de que, de uma decisão baseada em valores tradicionais e consagrados, é de se esperar que haja uma vigência permanente pretendida. A partir disso, cada vez mais os consensos vêm a ser tipificados, de tal modo que, aos poucos, a decisão judicial ser normatizada de maneira racional, em oposição, mas não rejeitando em absolutamente, valores indefinidos (ou, ao menos, variáveis), como o sentimento de justiça (WEBER, 1999, p. 72-73). Importante notar, porém, que até os dias de hoje, sentimentos sobre o justo balizam decisões concretas, não apenas no caso de juízes singulares, mas também, e principalmente, nos júris (WEBER, 1999, p. 75).

Assim, de maneira esquemática, os motivos gerais acima descritos que condicionam a modificação do direito, podem ser atribuídos à orientação da ação social frente a novas circunstâncias; à própria atividade das partes para que se dê conta de pretensões; às decisões judiciais. Há, porém, um fenômeno muito comum nos sistemas jurídicos contemporâneos que inexistia nas sociedades primitivas, a saber, a inovação jurídica. Tal possibilidade de que seres humanos, indivíduos ou associados em órgãos colegiados, alterem deliberadamente o direito, é impensável para o costume, cujas fontes são tidas como tradição santa e absolutamente legítima. De fato, o direito consuetudinário, composto por intermédio da autoridade de um precedente, pressupõe, nesse momento histórico, um complexo de ‘normas’ tradicionais fixas, remetendo àquilo que já foi decidido e, em última análise, praticado como ação social generalizada (WEBER, 1999, p. 77-78).

Existe apenas uma maneira pela qual, em sociedades primitivas, a inovação jurídica se produz: o surgimento de uma nova revelação carismática, seja de uma norma geral, seja para a resolução de casos concretos (WEBER, 1999, p. 73). Essa revelação passa por portadores de *imperium*, isto é, “chefes locais ou de clã” que, para decisões concretas, novos regulamentos ou reinterpretações da tradição, trazem consigo relatos de sonhos ou transe nos quais teriam lhe sido mostrados magicamente valores a serem incorporados (WEBER, 1999, p. 77).

Uma consequência da criação e da aplicação mágica do direito que, à primeira vista, pode surpreender, é o formalismo que acarretam. Isso se deve ao fato de que é exigido, no contexto do julgamento, o cumprimento dos rituais mágicos que sevem tanto para chegar à resposta correta, quanto para provar o direito das partes. Evidentemente, esse formalismo que também é típico do direito contemporâneo, contrasta, em tal contexto, com sua completa irracionalidade (WEBER, 1999, p. 74).

Um importante vetor de transformação desses rituais mágico-jurídicos, no sentido de sua secularização, é a atuação de príncipes guerreiros, isto é, de líderes militares cujo *imperium* se aplica a uma diversidade de matérias e deriva da urgência de

soluções jurídicas durante as guerras. Isso faz com que uma série de estatutos, consensuais ou impostos, seja criada do zero por tais líderes, a partir de formas tendencialmente mais racionais, já que construídas, quando acertadas, como meios adequados ao fim de conservação da comunidade diante da ameaça inimiga (WEBER, 1999, p. 81-82).

Um meio-termo, isto é, uma prática judicial que divide poderes, entre a dominação pela figura carismática, de um lado, e a comunidade militar, constitui-se como Weber denomina a forma das assembleias forenses. Essas se definem como a situação “em que a comunidade dos consortes jurídicos participa na aplicação do direito, sem dominá-la de maneira soberana, mas somente podendo aceitar ou rejeitar a sentença proposta pelos portadores carismáticos ou oficiais do saber jurídico” (WEBER, 1999, p. 84). Surgem, nesse contexto, os tais provérbios jurídicos, fenômeno peculiarmente interessante porque ilustram-se, em lemas populares, determinadas normas jurídicas, por meio máximas de sabedoria e correção de conduta (WEBER, 1999, p. 84-85).

#### 2.4. O direito entre o príncipe e o bispo

A forma do direito, em diferentes sociedades, tem conexão direta e necessária com a forma política. Isso enseja o estado de coisas em que os tipos ideais de dominação correspondem, cada um a seu turno, a graus distintos de racionalização jurídica.

Num primeiro momento, como visto, a ação carismática do *imperium* de um príncipe guerreiro tende a racionalizar o direito primitivo, vinculado ao domínio da tradição. Esse caminho de racionalização era levado a cabo de forma unívoca, porém, apenas nos casos em que houvesse aliança de caráter material entre esse poder político, buscando interesses éticos e utilitários, e grupos de poderosos interessados no direito que lhe fosse mais favorável (WEBER, 1999, p. 100). Entretanto, essa racionalização não se realiza propriamente no vetor formal, porque tal processo constrangeria os portadores desse poder a regras, ainda que autoimpostas. O formalismo jurídico significa um máximo de calculabilidade racional do direito ante a ação individual, o que constitui a modalidade mais favorável à luta de interesses pacífica. Seja déspota, seja demagogo, ao pretensão monopolizador carismático do poder político não interessa tal forma jurídica.

A influência do *imperium* patrimonial principesco se deu principalmente no âmbito penal, primeiro com as punições propriamente ditas, e posteriormente com a proliferação de taxas penais, isto é, sanções pecuniárias. No direito civil, por outro lado, a influência desse poder de forma não unívoca e tardia, e já vinculada ao atendimento de interesses econômicos das classes burguesas (WEBER, 1999, p. 118-119).

Dois tipos ideais antagônicos de interferência do poder principesco, nesse sentido, desenrolam-se. De um lado, é possível que o *imperium* seja desenvolvido fora

desses parâmetros de legalidade, ensejando uma organização jurídica na forma de ordens regulamentares que determinem condutas de seus funcionários. Tais ordens podem certamente favorecer determinados grupos que, contudo, não têm pretensão legítima a partir de um direito subjetivo, mas tão somente reflexos não garantidos das disposições regulamentares. A justiça, nesse sentido, é mera administração, porque os juízes são meros encarregados de aplicar o poder do príncipe. Esse exercício principesco é denominado patriarcal, porque pautado na ausência de limites entre direito e moral, fazendo a coação jurídica ter contornos de advertência paterna. As decisões seguem, portanto, critérios materiais baseados em valores éticos, espirituais ou algo parecido, a fim de fazer valer uma justiça definida como equidade concreta, porém irracional (WEBER, 1999, p. 120-122).

Por outro, podem ser feitas concessões sobre a plenitude do poder, construindo-se normativa de direito objetivo que consista em diferentes direitos subjetivos, fazendo, portanto, com que ambas as categorias coincidam. Trata-se da forma principesca estamental, exclusivo, em sua forma plena, do Ocidente medieval, graças à presença marcante das assembleias forenses (WEBER, 1999, p. 121-123).

No rumo da racionalização dessas formas político-jurídicas, a forma patriarcal tende a ser atenuada pela fixação de direitos subjetivos, que funcionam como limitações contra a potestade principesca. Já o poder do príncipe exercido na forma de concessão de privilégios estamentais é substituído, aos poucos, por formas jurídicas definidas formalmente, e definidoras daquela igualdade jurídica anteriormente discutida, também formal. Isso constitui a forma mais racional, do ponto de vista formal, de organização do direito. Sua fixidez, como já tratado aqui por diversas vezes, enseja uma situação de maior previsibilidade do direito, porque livre do arbítrio irracional de um indivíduo. E, se às classes burguesas, essa regulação fixa e garantidora do cumprimento de contratos é minimizadora de riscos e maximizadora de riscos, a unidade e a homogeneidade do reino, bem como a vantagem fiscal no florescimento da burguesia, beneficiam o próprio príncipe. Em resumo, “[a] aliança entre interesses principescos e interesses de camadas burguesas foi, portanto, uma das forças motrizes mais importantes da racionalização formal do direito” (WEBER, 1999, p. 124), por oferecer segurança jurídica, desejável por todas as partes em acordos sociais diversos (WEBER, 1999, p. 125-126). Tal formalização do direito era conseguida, via de regra, pela recepção dos institutos romanos (WEBER, 1999, p. 127-128).

Um fator relevante para essa racionalização formal do direito europeu é a formação jurídica, como discutido no item 2.2. Num contexto de predominância do modelo universitário de ensino jurídico (WEBER, 1999, p. 128), e com a atuação de pensadores que codificavam a dogmática em livros sistemáticos (WEBER, 1999, p. 126), foi possível engendrar uma organização jurídica generalista, marcada pelo estudo e pela incorporação

do direito romano, visto como abstrato, logicamente correto, e despido de vinculações nacionais. Nesse sentido, no caminho da sistematização, passo seguinte à formalização do direito, “[t]ornou-se assim decisiva para o pensamento jurídico a única concepção, hoje predominante, do direito como um complexo, sem contradições lógicas internas e sem lacunas, de ‘normas’ a serem ‘aplicadas’” (WEBER, 1999, p. 129). Importante a percepção de que esse logicismo abstrato do direito já não necessariamente correspondia às necessidades burguesas, tal qual o formalismo. Ao contrário, a racionalização do direito pelo vetor lógico é fruto muito mais de um trabalho acadêmico de seus operadores do que de necessidades materiais (WEBER, 1999, p. 129-130).

A situação se modifica com o desenvolvimento pleno, no século XVIII, do despotismo esclarecido, e da tentativa de tirar o direito das mãos exclusivas dos intelectuais. Visava-se a uma compilação codificada, exaustiva e unificada, pautada por uma racionalidade material, atrelada a valores. Epítome desse fenômeno, a escola histórica alemã com seus compêndios sobre as *Pandectas*, porém, falhou no empreendimento sistematizante do direito a partir de valores materiais. O elemento formal não pode ser plenamente afastado, porque a discussão de interesses materiais ensejava com frequência situações de pouca clareza e previsibilidade. Mais do que nunca, o direito romano foi incorporado como fonte, mas em seu estudo histórico acabaram por prevalecer apenas os institutos cujo vínculo com a prática era unívoco, como no caso das normativas que correspondessem a necessidades econômicas (WEBER, 1999, p. 130-133). Prevaleceria, enfim, a racionalidade lógico-formal do direito, constituída como modo atual de se fazer o direito (KENNEDY, 2004, p. 1.051).

No que diz respeito a seus choques com a religião, a racionalização do direito e do processo probatório faz com que a busca por verdades obtidas por rituais mágicos perca espaço para meios probatórios que visem a solucionar o problema entre as partes. O sistema valorativo de provas não mais vincula uma decisão materialmente correta, definida pela adequação à verdade obtida por meios sobrenaturais, mas sim configura uma solução com mera probabilidade de ser correta. Isso enseja, como já vimos em relação à liberdade formal, estados de coisas marcados por severas desigualdades econômicas, que contrariariam princípios éticos materiais. Se a decisão judicial não mais se baseia em valores materiais, mas sim em soluções formais e abstratas, a justiça se constitui como um mecanismo formal de solução de conflitos que viabiliza a luta econômica pacífica, ao prejuízo de princípios éticos (WEBER, 1999, p. 101-103).

Enquanto esse sistema jurídico valorativamente neutro era desinteressante aos poderes que se justificavam por propriedades éticas, religiosas ou mágicas, a racionalidade jurídica formal interessava, às associações econômicas eram a calculabilidade e a constância. Pouco interessam os valores políticos e sociais, se comparados às oportunidades econômicas que as margens de liberdade bem delimitadas

por um sistema legal previsível oferecem (WEBER, 1999, p. 103). O mais interessante, assim, para a burguesia, era uma “prática jurídica racional [...], num direito formal sistematizado, unívoco, racionalmente criado com referência a fins, que exclui tanto a vinculação à tradição quanto o arbítrio e, portanto, somente permite a derivação de direito subjetivo a partir de normas objetivas” (WEBER, 1999, p. 104).

A justiça teocrática, em praticamente todos os casos, é empecilho para a economia racional, imanente que é (WEBER, 1999, p. 111). Exceção notável, o que explica o excepcionalismo do Ocidente no que diz respeito ao desenvolvimento posterior do capitalismo, é o direito canônico da Igreja Católica que, pelo caráter institucional-burocrático desta, serviu de guia de racionalidade ao direito profano no caminho da racionalização formal, sobretudo em âmbito processual. Por outro lado, no que diz respeito ao direito civil material, o poder da Igreja pouco obstou o uso de institutos romanos, estáveis e úteis ao comércio, que acabaram por prevalecer sobre o direito canônico (WEBER, 1999, p. 114-116).

## 2.5. A doutrina do direito natural

Ainda que a marcha do direito em direção à sua racionalização e formalização, não é impossível sua transformação radical, geralmente a partir de movimentos igualmente radicais. É o caso, por exemplo, do código civil napoleônico, produto de uma legislação racional baseada não em fins e interesses, mas em valores. Trata-se, no caso, como é caso de todo direito oriundo de movimentos revolucionários, do balizamento principiológico do direito a partir de valores materiais. Esses valores são atribuídos pelas forças da revolução a alguma espécie de fundamentação legítima baseada na razão e na natureza, estas mutuamente imbricadas, de modo a formular máximas éticas que determinarão diferentes axiomas para o conteúdo do direito, agora baseado num ideal de justiça racionalmente acordado (WEBER, 1999, p. 133-135).

É logicamente impossível, para o direito natural, que seja puramente formal, isto é, baseado apenas numa normativa geral e abstrata. Sendo sua legitimidade derivada precisamente de valores materiais, um direito natural exclusivamente formal seria inerentemente vazio (WEBER, 1999, p. 135). Entretanto, para que essas normas éticas postuladas tenham caráter efetivamente justificatório, é imperativo que sejam formuladas como leis naturais impassíveis de modificação nem de questionamento (WEBER, 1999, p. 136).

O conteúdo do direito natural, em diferentes formulações, necessariamente envolve, no que diz respeito ao seu aspecto econômico, a proteção aos contratos e à propriedade privada (WEBER, 1999, p. 136). No fim das contas, as valorações éticas transcendentais acabam por ser tergiversadas frente a interesses materiais, e o racional,

deduzido dessa natureza eterna, acaba por se subsumir ao razoável, isto é, ao conveniente aos fins práticos (WEBER, 1999, p. 137). Essa razoabilidade acaba por ser determinante como critério de legitimidade para o direito a ser criado, dada a presença latente de seus axiomas na própria mentalidade de seus operadores e aplicadores (WEBER, 1999, p. 139-140).

Essa tensão interna entre a pretensão formal de universalidade do direito natural, de um lado, e os interesses materiais que se conectam à sua aplicação concreta é um dos fatores para sua perda de força frente ao positivismo, somada aos constantes questionamentos levantados contra seus fundamentos metafísicos. A dignidade supraempírica do direito é, cada vez mais, rejeitada perante a compreensão do direito como fruto de compromissos de interesses diversos, ao mesmo tempo que meio para sua realização (WEBER, 1999, p. 140). Na doutrina positivista, diz Weber, “os práticos do direito devem enfrentar com imparcialidade o ímpeto de postulados materiais, vindos tanto de ‘baixo’, em nome de ideias ‘sociais’, quanto de ‘cima’, em nome de interesses patriarcais relativos ao poder e ao bem-estar da autoridade política” (WEBER, 1999, p. 141). A consequência disso é que, por diversos meios técnicos, a defesa da legalidade e da imparcialidade acabou por ser perpetrada, e a defesa de normas fixas e determinadas, contra a instabilidade do arbítrio, acabou por se tornar a apologia à manutenção de poderes políticos dominantes. A regularidade das formas sociais é condicionada economicamente no sentido de se preservar a estrutura de dominação que favorece, evidentemente, a classe econômica mais poderosa (WEBER, 1999, p. 141).

## 2.6. O direito “moderno”

Weber chega ao final de seu trabalho analítico sobre a sociologia do direito tratando do que também é o ponto de chegada da história do fenômeno jurídico no início do século XX. A forma de se pensar e fazer o direito na contemporaneidade é majoritariamente formal, mas a situação está longe de ser monoliticamente consolidada desse modo (WEBER, 1999, p. 142). O sistema de precedentes, como na *Common Law* britânica, constitui-se como uma arte empírica, em vez de uma ciência abstrata (WEBER, 1999, p. 149). Também os direitos particulares e as jurisdições especiais, tais quais métodos arbitrais que correspondam às expectativas das partes, adequando-as a fins comerciais específicos, como o lucro para as atividades empresariais, fazem-se ainda marcantes em diversos espaços geográficos (WEBER, 1999, p. 142 e 146).

Essas particularizações são vetorizadas por duas causas principais, mutuamente vinculadas. A saber, a diferenciação profissional, isto é, a diversidade das formas de obtenção de recursos, que fazem com que direitos especiais diversos, isto é, situações jurídicas variadas surjam. Essas situações ensejarão a procura das partes por

soluções técnicas adequadas às necessidades específicas para a realização de sua atividade econômica (WEBER, 1999, p. 143).

As variações nos modos de construir o direito foram ensejadas sobretudo pelas especificidades das relações de poder político em diferentes localidades, influenciadas de maneira relevante pelas condições econômicas concretas. No Ocidente, essas especificidades se consubstanciam nos fatos de que:

Apenas o Ocidente conheceu a justiça plenamente desenvolvida da assembleia forense e a estereotipagem estamental do patrimonialismo, além do crescimento da economia racional, cujos portadores se uniram, a princípio, com o poder principesco para derrubar os poderes estamentais, mas em seguida rebelaram-se contra ele. Somente o Ocidente conheceu, por isso, o “direito natural”; somente ele conhece a eliminação total da personalidade do direito e do princípio “o arbítrio rompe o direito comum”; somente ele viu nascer um produto singular como o direito romano e viveu um processo como o da recepção dele. (WEBER, 1999, p. 144).

O excepcionalismo jurídico do Ocidente construiu as condições jurídicas necessárias para o desenvolvimento do capitalismo comercial contemporâneo. Sem a segurança e a previsibilidade de uma normativa formalmente estabelecida, os empreendimentos econômicos jamais conseguiriam alcançar as dimensões atuais, dada a imensa proporção dos riscos que disso decorreriam (WEBER, 1999, p. 144-145).

A racionalização do direito, porém, também apresenta um condutor interno, que é a busca por sistematicidade por parte de seus operadores. Trata-se de uma organização do direito a partir de máximas abstratas e de princípios fixos. Por vezes, e trata-se de uma razão pela qual se buscaram fontes alternativas de soluções de conflitos a essa logicidade sistemática da jurisprudência, que por vezes contraria expectativas econômicas. Também os valores éticos, além das influências intelectuais, contribuem para a relativização do formalismo jurídico economicamente motivado (WEBER, 1999, p. 145-146).

A formalidade do direito também não pode ser absoluta em razão da própria falibilidade dos sistemas jurídicos, que frequentemente deixam lacunas, que demandam a atividade criativa do juiz. Avaliações valorativas concretas se fazem necessárias, ao menos em caso de dúvidas a respeito da aplicação do direito positivo formal. Desse fato, derivam algumas teorias a afirmação de que a atividade judiciária que importa para a construção do direito, e que a normativa seria somente um parâmetro de menor relevância. Advoga-se, nesse sentido, pela superioridade dos precedentes em relação às normas gerais e abstratas. A corrente oposta a esse movimento, por sua vez, defende um tecnicismo judicial marcado pela estrita subsunção do caso concreto à norma geral (WEBER, 1999, p. 147-148). É apenas de modo muito indireto que esses conflitos teóricos e práticos são influenciados

pelo desenvolvimento econômico, dadas as suas consequências ambivalentes: de um lado, a necessidade de previsibilidade; de outro, o monopólio intelectualista do direito por parte de seus profissionais financeiramente interessados (WEBER, 1999, p. 152). De todo o modo, a consequência unívoca é a teoria do direito cada vez mais distante do entendimento do leigo (WEBER, 1999, p. 153).

Entre o formalismo e o decisionismo, diferentes sistemas jurídicos se constituíram na Europa continental e no Reino Unido, viabilizando, a despeito de suas diferenças, o florescimento do capitalismo moderno (WEBER, 1999, p. 149). Essa viabilidade se deu graças às qualidades formais dos sistemas continentais, de um lado, e à adaptabilidade do sistema britânico, somada à elitização do acesso à justiça decorrente da extrema dependência em relação aos advogados, que dominavam as intrincadas soluções práticas, e da centralização londrina do sistema judiciário. Por isso, “[n]ão há [...] no capitalismo como tal qualquer motivo decisivo para favorecer aquela forma de racionalização do direito que se conservou como específica no Ocidente continental” (WEBER, 1999, p. 151).

### 3. Direito e economia

#### 3.1. Definições weberianas

Tendo-se compreendido os aspectos fundamentais do direito na sociologia de Weber, passa-se agora para sua abordagem, seguindo a sequência do próprio texto de sua principal obra, da relevância e dos limites da coação jurídica para o âmbito econômico. Antes de se adentrar nessas relações, porém, é preciso compreender o que Weber enquadra no âmbito do conceito de economia. A definição pretendida pelo autor é consideravelmente simples:

Limitar-nos-emos aqui a falar de economia quando temos, por um lado, uma necessidade ou um complexo de necessidades e, por outro, uma reserva de meios e ações possíveis para satisfazê-las, considerada escassa pelos agentes tornando-se esta situação a causa de um comportamento específico que a tem em conta. Obviamente é aqui decisivo para um comportamento racional referente a fins, que essa escassez é subjetivamente suposta e que as ações são orientadas por esse pressuposto. (WEBER, 2015, p. 229).

Trata-se, então, de um conceito social de escassez, cujo sentido só se compreende a partir das representações subjetivas que os indivíduos de determinada sociedade realizam a respeito das próprias necessidades. Mas, assim como o ar que respiramos, abundante que é, não está sujeito à apreciação econômica, da mesma forma, a apreciação econômica das coisas se realizará apenas nas situações marcadas por alguma

forma de escassez. Essa falta de disponibilidade para terceiros pode muito bem ser criada pelo agente para oportunamente “aproveita[r]-se da situação especificamente econômica de escassez de bens desejados a fim de obter lucro pela disposição sobre estes bens” (WEBER, 2015, p. 230). A partir disso, podemos entender que a propriedade privada, estabelecida por lei e garantida pelo Estado, funciona exatamente de modo a restringir o acesso às coisas que, com isso, serão tornadas objeto da economia, porque agora escassas para seus não detentores.

Nesse sentido, Weber comenta que diferentes formas de associação, e mesmo de ação social em geral, podem constituir modos de gestão econômica, ainda que não propriamente atuantes sobre a economia. É o caso, por exemplo, de comunidades religiosas, que criam regramentos que influenciam no modo como os indivíduos lidam com suas necessidades de bens, como dito, escassos (WEBER, 2015, p. 230). Há uma profunda imbricação entre as formas de vida, as modalidades de ação social que são praticadas no contexto de determinado grupamento humano, e o âmbito econômico. Entretanto, Weber não vê uma via de mão única nesta relação:

Comunidades que não estão, de alguma forma, economicamente determinadas são, como já dissemos, extremamente raras. Ao contrário, o grau em que isto ocorre varia bastante e, sobretudo, falta – em contradição à hipótese da chamada concepção materialista da história – a univocidade da determinação econômica da ação comunitária por elementos econômicos. [...] A afirmação de que existe uma conexão “funcional” entre a economia e as estruturas sociais constitui também um preconceito muitas vezes carente de fundamentos históricos, se tomamos essa conexão como um condicionamento recíproco e unívoco. Pois as formas estruturais da ação de comunidade, como veremos repetidamente, têm sua “legalidade intrínseca” e, mesmo prescindindo-se desse fato, em cada caso concreto podem estar co-determinadas, em sua formação, por outras causas extra-econômicas. [...] Por outro lado, a economia costuma também ser influenciada, de algum modo, pela estrutura, condicionada pela legalidade intrínseca, da ação social dentro da qual se realiza. (WEBER, 2015, p. 230-231).

Nesse momento de nossa análise, deparamo-nos com afirmações contundentes de Weber contra aquilo que atribui ao materialismo: a afirmação de que a economia seria um motor histórico-social de causação dos demais fenômenos sociais, sem que as formas da própria sociedade tenham poder, por sua parte, de influenciar a ação social econômica. Ademais, o autor nega a relação funcional entre economia e demais aspectos da sociedade que, segundo a concepção que o autor visa a combater, seriam meros instrumentos do progresso material.

Antes de discutirmos esse aspecto específico da teoria econômica weberiana, é proveitoso que analisemos, em detalhe, o sentido que Weber atribui a essas afirmações. O autor realiza esse empreendimento a partir da análise do funcionamento de diferentes formas de condicionamento da vida em sociedade por razões econômicas, a começar da competição. Essa forma de associação geralmente toma a forma da união entre agentes econômicos concorrentes, que empreendem esforços comuns para a redução do escopo dessa concorrência, fechando-se o acesso de oportunidades econômicas contra potenciais competidores externos, às quais a comunidade que se pretende monopolista se reserva em maiores ou menores graus (WEBER, 2015, p. 231-232). Dentro dessa mesma comunidade, haverá diferentes níveis de apropriação das próprias oportunidades econômicas que surgem em seu contexto, ensejando a noção de que as comunidades podem, tanto para dentro quanto para fora, ser abertas ou fechadas (WEBER, 2015, p. 233).

Os critérios para a separação desse grupo monopolista em relação ao resto da sociedade são variados, tomando diferentes formas de corporação. O interesse mais destacado dentre aqueles que compõem a ação social associativa é justamente, seguindo os interesses apropriativos acima descritos, o de limitar o ingresso de “pretendentes às prebendas e honras da posição profissional em questão”, frequentemente graças a uma intencionalidade capitalista, isto é, de obtenção de vantagem econômica (WEBER, 2015, p. 234), de tal modo que o “‘conteúdo’ dos ideais comuns dos membros passa necessariamente ao segundo plano em relação ao interesse na subsistência ou na propagação da comunidade como tal, seja qual for o conteúdo de suas ações” (WEBER, 2015, p. 235). Assim, o grupamento, acima de tudo, deve se reproduzir, a partir de princípios secundários ante a própria necessidade conservativa. O exemplo máximo desse fenômeno, diz Weber, é o esvaziamento dos ideais de partidos em prol de seu benefício econômico, fazendo a comunidade política ser colocada a serviço dos interesses do capital.

Curiosamente, um processo mais ou menos inverso também acontece, e aqui podemos dizer que é reflexo da ubiquidade do aspecto material na vida social: trata-se do frequente cenário em que se realizam atividades econômicas no seio de comunidades de fins extraeconômicos, como Igrejas, centros socialistas, sindicatos, justamente para viabilizar sua reprodução, centralmente executada pela propaganda (WEBER, 2015, p. 236-237).

Também é relevante saber, no contexto da ação social que se desenvolve na forma de relação associativa, como é realizada a captação de recursos necessários para a sua manutenção. Dos diversos tipos ideais (WEBER, 2015, p. 237-239) de financiamento da atividade das comunidades, seus efeitos e impactos na sociedade vão muito além da finalidade direta a que se propõem, ocorrendo de forma a regular a economia, em algum aspecto específico, ou mesmo como um todo. No contexto do desenvolvimento do capitalismo, o já tradicional “mercantilismo” sobre a propriedade de bens móveis,

a ela conferindo privilégios estatutários, foi um fator que, combinado com a estrutura de dominação legal-burocrática estabelecida à época na Europa, contribuiu para a possibilidade de que se desenvolvesse o capitalismo. Diz Weber:

O fato de esse “mercantilismo” ter assumido um caráter específico, no início da Idade Moderna, e de ter tido efeitos específicos foi consequência, em parte, da peculiaridade da estrutura de dominação [burocrática] das formações políticas concorrentes e de sua economia pública, porém, em parte, e nomeadamente, da estrutura diferenciada do capitalismo moderno em nascimento em relação ao da Antiguidade, especialmente no que se refere ao desenvolvimento do moderno capitalismo industrial, desconhecido na Antiguidade, o qual, ao longo do tempo, se aproveitou particularmente do privilegiamento. Em todo caso, a luta de concorrência entre grandes unidades puramente políticas, de potência aproximadamente igual, permaneceu desde então uma força política em relação ao exterior e constitui, como é sabido, um dos mais importantes estímulos específicos daquele privilegiamento do capitalismo que nasceu naquela época e continua existindo, em outra forma, até hoje. Não é possível compreender, em sua gênese e decurso, nem a política comercial nem a bancária dos Estados modernos, portanto, as áreas da política econômica mais intimamente concatenadas com os interesses centrais da forma econômica atual, sem antes ter compreendido aquela situação política muito peculiar de concorrência e “equilíbrio” dos Estados europeus, nos últimos cinco séculos, [...] específica desses Estados, no quadro da história universal. (WEBER, 2015, p. 242).

Com essas reflexões, Weber torna cristalina sua percepção sobre a influência clara da ação política estatal sobre a economia. À luz das assim chamadas teorias da derivação, realizaremos a seguir uma leitura crítica desse processo.

### 3.2. Derivação e direito

Weber posiciona o direito como um dos fatores centrais para que fosse possível o desenvolvimento do modo de produção capitalista na Europa. Nesse aspecto, torna-se grandemente controvertida a possibilidade de se determinar a causação do fenômeno jurídico pelo econômico, frente o estabelecimento daquele como condição para a evolução de um modo específico de constituição deste.

Para tal discussão, convém retomar a hipótese da dupla determinação, discutida no capítulo anterior, entre direito e comportamentos regulares. Weber não deixa de notar a possibilidade de contradição entre ambos, nas situações em que a norma

jurídica conflita com a prática convencional. E, se para a dogmática o que mais importa é a vigência ideal da norma oriunda e constitutiva do direito, para a sociologia, o enfoque, que se faz claro nesses casos de contradição, dar-se-á justamente na ação social, sobre a qual:

[A] regulação jurídica de um comportamento, e particularmente a racionalmente estatuída, constitui, do ponto de vista empírico, e no tocante à motivação da ação social, apenas um componente que, historicamente considerado, aparece quase sempre muito tarde e tem efeitos de intensidade muito diversa. (WEBER, 2015, p. 224).

Nessa passagem, fica evidente que o direito não é, na maioria dos casos, um determinante, um aspecto primário e/ou decisivo da ação social. Entretanto, em sua crescente racionalização, ele ocupará um papel cada vez mais relevante na sociedade capitalista, em virtude de suas relações com a economia.

Em primeiro lugar, e sempre adotando o sentido sociológico, não dogmático do termo – que, resumindo, consiste em comportamentos prováveis, padronizados a partir de diferentes origens – garante diferentes bens, desde interesses econômicos até valores imateriais e dissociados daqueles. Ainda assim, há para Weber uma independência relativa entre as duas instâncias, de tal modo que a regulação econômica não seja afetada de modo significativo mesmo que se produzam alterações jurídicas substanciais. Ademais, há a possibilidade de que uma ordem jurídica não se altere mesmo frente a alterações radicais na estrutura das relações produtivas:

[P]oderia ser introduzida uma ordem de produção “socialista” sem modificação de um parágrafo sequer de nossas leis, imaginando-se que ocorra uma aquisição sucessiva dos meios de produção mediante contratos livres –, sem dúvida, uma ideia altamente improvável, mas (o que teoricamente é suficiente) certamente não absurda. Nestas condições, a ordem jurídica, com seu aparato coativo, teria de continuar pronta para o caso de alguém recorrer a seu apoio para forçar o cumprimento das obrigações características da organização de produção econômica privada. Só que este caso, de fato, nunca se apresentaria. (WEBER, 2015, p. 224).

A despeito da fraqueza teórica deste trecho, que será discutida adiante, Weber reconhece de maneira decisiva a instrumentalização do direito pelos horizontes materiais da sociedade:

Naturalmente, a garantia jurídica está, em sentido mais amplo, diretamente a serviço de interesses econômicos. E quando não é este o caso, nem aparentemente nem na realidade, os interesses econômicos pertencem aos fatores de influência mais poderosos na formação do direito, uma

vez que todo poder garantidor de uma ordem jurídica se apoia, em sua existência, de alguma forma sobre a ação consensual dos grupos sociais atingidos e a formação de grupos sociais está também condicionada, em alto grau, por constelações de interesses materiais. (WEBER, 2015, p. 225).

Indo além, o autor admite que, por si só, a ameaça sancionatória é ineficaz se não obedecida, o que depende de uma espécie de educação jurídica, entendida aqui como o fomento, por diferentes formas, da obediência às leis jurídicas. Trata-se do embrião conceitual daquilo que Althusser (2008, p. 88-92) denominaria mais tarde “ideologia jurídica”, entendendo por ela justamente a constituição de uma subjetividade obediente aos desideratos últimos da reprodução do modo de produção, ainda que eventualmente contrária a um ou outro de seus fenômenos. A prova cabal da supremacia do econômico sobre o jurídico, ainda que por si só pouco elucidie sua relação, é a percepção de que é raro que, em decisões concretas, a lei prepondere sobre o interesse econômico: “a tendência a desprezar oportunidades econômicas somente para agir conforme as leis é naturalmente pequena, a não ser que uma convenção muito viva desaprove fortemente a evasão do direito formal” (WEBER, 2015, p. 225).

Por fim, reconhecendo a pluralidade de fontes mais ou menos coercitivas do direito, no sentido sociológico do termo, o Estado é conceitualmente desnecessário para a economia, num sentido analítico totalmente apriorístico. Entretanto, em razão da complexidade das relações econômicas modernas, bem como pela perda gradativa de importância da tradição, ambos fenômenos decorrentes do desenvolvimento do mercado, desenvolveu-se um sistema normativo racional e predizível, em que a normativa estatal e positiva, unificada e calculável, prepondera e, eventualmente, destrói todas as outras (WEBER, 2015, p. 226-227). Em outras palavras, enquanto em outras formas sociais a economia de troca independe de um ente estatal organizado, o capitalismo depende desta na medida em que necessita de um agente regulador das relações econômicas, garantindo o respeito aos contratos e à propriedade privada, de modo a diminuir riscos e aumentar a certeza da valorização do capital.

#### 4. Considerações finais: um precursor do derivacionismo?

A partir da discussão precedente, foi possível notar que, diferentemente do que os leitores rasos de Weber preconizariam, é possível perceber que o papel do direito é, por meio de cálculos racionais de risco e benefício, fins e meios, subordinado à ordem econômica. Ainda que o autor alemão afira uma relativa independência entre ambas as instâncias, não se pode inverter o sentido dos vetores da determinação, e afirmar que o aspecto jurídico, imaterial, determina a materialidade das relações de produção.

Ainda que essa determinação não seja, de fato, unívoca – a bem da verdade, apenas as piores leituras de Marx diriam isso –, mas sim pautadas por várias contradições e lutas específicas, podemos concluir pela preponderância do econômico sobre o jurídico como um dos inúmeros acertos do diagnóstico que Weber faz da sociedade.

De maneira sintética, podemos dizer que Weber construiu uma sociologia materialista, porque baseada na análise das formas sociais frente ao modo de produção – ainda que não seja este o termo empregado – que as constitui e que as ações sociais, em múltiplas vias, constroem.

Trata-se, evidentemente, de uma concepção do direito, ainda assim, como relativamente independente da economia, anterior ao giro teórico de Pachukanis (2017). Para este, o modo de produção socialista engendra o desaparecimento gradual da própria forma jurídica (PACHUKANIS, 2017, p. 78), uma vez que a forma jurídica é engendrada pelo próprio capital, replicando formalmente e viabilizando materialmente o sistema geral de equivalência (PACHUKANIS, 2017, p. 80) ao ordenar as relações concretas de produção em torno do contrato (PACHUKANIS, 2017, p. 120-125). Nesse sentido, se a superação do capitalismo engendra a superação de suas formas, derivadas que são da forma-mercadoria, podemos tratar o fato de um Estado autoproclamado “socialista” conservar uma ordem jurídica como sintoma de que tal sistema político ainda se organiza em torno das formas do capital, ainda que em estágio de transição para sua superação. A questão levantada por Pachukanis, em resumo, é a de que o Estado não é um aparato neutro que pode ser mobilizado por qualquer grupo social em prol de seus interesses, como a leitura rasa de Marx e Engels (2010, p. 49), do Estado como balcão de negócios da burguesia, sugeriria. Na verdade, esse pensamento vulgar, típico do stalinismo, é muitas vezes tido como o todo da teoria marxista do Estado (CALDAS, 2021, p. 51-53).

Opondo-se a esse pensamento presente em Weber e em diversos outros teóricos, diferentes teorias que emergem do Debate da Derivação do Estado (*Staatsableitungsdebatte*) tratam de analisar o Estado e o direito como *formas derivadas* do modo de produção capitalista, isto é, estruturas que se organizam em torno da reprodução, permeada por crises, dessa estrutura social, porque necessárias para sua consolidação (CALDAS, 2021, p. 156-160). A forma da subjetividade jurídica, que assegura a liberdade formal de contrato, contrastando com sua desigualdade material que justamente funciona como contradição originária das relações exploratórias de produção (PACHUKANIS, 2017, p. 132; WEBER, 1999, p. 65), é justamente o essencial em qualquer sistema jurídico contemporâneo e, ao mesmo tempo em que suscitou a possibilidade do desenvolvimento de relações cada vez mais complexas, é por eles sustentado, dada a necessidade óbvia de captação de recursos para sua reprodução (CALDAS, 2021, p. 244-225).

A essa estrutura lógica da análise do capital não se opõe, mas sim se complementa, à história real da luta de classes e das formas pelas quais o fenômeno político

estatal regula as crises cíclicas geradas no interior do capitalismo (CALDAS, 2021, p. 162-175 e 267). O estudo empírico da derivação do Estado e do direito, já oferecido por Weber em um esboço pré-derivacionista, é o modo pelo qual o estudo analítico do capitalismo é demonstrado em sua concretude histórica. Weber, assim, não se opõe ao que está no centro do debate marxista contemporâneo sobre o Estado e o direito, mas sim pode por ele ser aproveitado de maneira ampla e profunda, ainda que com cortes epistemológicos afiados.

São Paulo, setembro de 2022.

## Referências

- ALTHUSSER, Louis. *Sobre a reprodução*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- CALDAS, Camilo Onoda Luiz. *A teoria da derivação do Estado e do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. (Pensamento Jurídico Crítico; 1).
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia* 1. 2. ed. Tradução de Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Editora 34, 2011.
- JASPERS, Karl. Método e visão de mundo em Weber. In: COHN, Gabriel (org.). *Sociologia: para ler os clássicos*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2005.
- KENNEDY, Duncan. The disenchantment of logically formal legal rationality, or Max Weber's sociology in the genealogy of the contemporary mode of Western legal thought. *Hastings Law Journal*, San Francisco, CA, v. 55, n. 5, p. 1.031-1.076, 2004. Disponível em: [https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3560&context=hastings\\_law\\_journal](https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3560&context=hastings_law_journal).
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Tradução de Álvaro Pina e Ivana Jinkings. São Paulo: Boitempo, 2010.
- PACHUKANIS, Evguiéni Bronislavovitch. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.
- TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo (1972). Tradução de José Rafael Zullo. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 151-185, jan./jun. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35203/34005>.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2015. v. 1.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999. v. 2.