



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DIENNY ESTEFHANI MAGALHÃES RIKER PEREIRA

**O CONCEITO DE INSTITUIÇÃO NO PARADIGMA NEOCLÁSSICO DA LEI
NATURAL DE JOHN FINNIS: UMA CONSTRUÇÃO A PARTIR DA TEORIA
CLÁSSICA DA INSTITUIÇÃO DE MAURICE HAURIOU E DO
NEOINSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO DE NEIL MACCORMICK**

Belém

2024

DIENNY ESTEFHANI MAGALHÃES RIKER PEREIRA

**O CONCEITO DE INSTITUIÇÃO NO PARADIGMA NEOCLÁSSICO DA LEI
NATURAL DE JOHN FINNIS: UMA CONSTRUÇÃO A PARTIR DA TEORIA
CLÁSSICA DA INSTITUIÇÃO DE MAURICE HAURIOU E DO
NEOINSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO DE NEIL MACCORMICK**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA).

Orientador: Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro

Belém

2024

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

P436c Pereira, Dienny Estefhani Magalhães Riker.
 O CONCEITO DE INSTITUIÇÃO NO PARADIGMA
 NEOCLÁSSICO DA LEI NATURAL DE JOHN FINNIS : UMA
 CONSTRUÇÃO A PARTIR DA TEORIA CLÁSSICA DA
 INSTITUIÇÃO DE MAURICE HAURIU E DO
 NEOINSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO DE NEIL
 MACCORMICK / Dienny Estefhani Magalhães Riker Pereira. —
 2024.

218 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro
Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de
Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém,
2024.

1. Teoria Neoclássica da Lei Natural. . 2. Instituição.. 3.
John Finnis. . 4. Maurice Hauriou. . 5. Neil MacCormick. . I.
Título.

CDD 340.1

DIENNY ESTEFHANI MAGALHÃES RIKER PEREIRA

**O CONCEITO DE INSTITUIÇÃO NO PARADIGMA NEOCLÁSSICO DA LEI
NATURAL DE JOHN FINNIS: UMA CONSTRUÇÃO A PARTIR DA TEORIA
CLÁSSICA DA INSTITUIÇÃO DE MAURICE HAURIOU E DO
NEOINSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO DE NEIL MACCORMICK**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito, com ênfase
em Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-
graduação em Direito da Universidade Federal do
Pará (PPGD/UFPA).

Orientador: Victor Sales Pinheiro

Aprovada em: ____/____/____

Conceito: _____

Banca examinadora:

Professor Doutor Victor Sales Pinheiro
Orientador (UFPA)

Professora Doutora Rosalina Moitta Pinto Da Costa
Membro interno

Professor Doutor Sandoval Alves da Silva
Membro interno

Professor Doutor Sandro Alex de Souza Simões
Membro Externo

Professor Doutor Elton Somensi De Oliveira
Membro Externo

Professor Doutor Dennis Verbicaro Soares
Membro Suplente

Professor Doutor Elden Borges Souza
Membro Suplente

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho era uma missão impossível. Entrei no doutorado com oito meses de gestação, em mudança para o interior de São Paulo, para acompanhar meu marido Adler, que havia acabado de ingressar no programa de residência em clínica médica na Universidade do Estado de São Paulo (UNESP), em Botucatu, uma cidade universitária interiorana, onde não tínhamos nem família, nem amigos, nem suporte.

É difícil descrever, e tampouco desejo fazer tal empreendimento aqui, as muitas dificuldades que enfrentamos ao longo desses cinco anos. Hoje, temos dois filhos: o Benjamin, de quatro anos, e a Hannah, de um ano de idade. Vivemos dias difíceis de esgotamento físico e emocional, além do “apertado” recurso material que tínhamos para prover para todos. Durante a gestação da Hannah, cheguei a correr risco de vida: fui submetida a dois procedimentos cirúrgicos – um deles sendo a nefrostomia, com a qual permaneci por mais de um mês, transfusionei quatro bolsas de sangue, subi para a UTI com edema agudo de pulmão, e, quando recebi alta, peguei COVID, seguido por nova infecção por bactéria super-resistente. Nada obstante, sobrevivi e minha filha não só nasceu saudável, mas nasceu de parto normal natural, envolvida em meu abraço e nutrida no calor do meu seio nos primeiros momentos de vida.

Por tudo isso, meu primeiro agradecimento é ao meu Deus e Salvador, Cristo Jesus, que não só me livrou de uma eternidade separada de sua presença, mas também guardou minha vida nos momentos mais difíceis – “O SENHOR é a minha luz e a minha salvação; de quem terei medo? O SENHOR é a fortaleza da minha vida; a quem temerei? Pois, no dia da adversidade, ele me ocultará no seu pavilhão; no recôndito do seu tabernáculo, me acolherá; elevar-me-á sobre uma rocha. Porque, se meu pai e minha mãe me desampararem, o SENHOR me acolherá.” (Sl. 27) – nos momentos em que não havia ninguém que pudesse me socorrer, o Senhor estava lá, Ele foi a minha ajuda, o meu socorro e sempre será. Obrigada, Senhor, por me permitir chegar até aqui.

Em segundo lugar, agradeço à minha família – ao meu marido, meu melhor amigo e suporte, que me incentivou a perseverar até o fim e me deu as condições que precisava, sem hesitar, para concluir esse projeto; e aos meus filhos, em especial ao Benjamin, que apesar da pequena idade, aceitou minha ausência temporária e comportou-se muito bem (em meio a perguntas do tipo “mamãe a senhora terminou o doutorado?”) – obrigada, filho, pelo apoio, tão pequeno e tão significativo. Nada disso seria possível, nem significativo, se eu não tivesse vocês para partilhar as conquistas da vida.

Um especial agradecimento à Rebeca Almeida Fachardo, por sua generosidade e serviço, me recebeu em sua casa por dois meses e, junto com a Neide (obrigada, querida!), cuidou do meu filho para que eu pudesse concluir a fase de qualificação, sem aceitar nada em troca. Agradeço, ainda, a acolhedora generosidade de seu esposo, Mário Fachardo, sempre solícito e gentil. Essa mesma generosidade e serviço me estendeu minha sogra, Marluci Pereira – agora amando em dobro – me recebendo e aos meus dois filhos, e provendo as condições para que eu concluísse esse projeto. Vocês são exemplos de mães, mulheres e amigas.

Obrigada ao querido amigo Edvaldo Gonçalves, promovido a sogro em 2023, pelo apoio em todos esses anos em Botucatu – nosso primeiro amigo, hoje nossa família. Amamos você. Sou grata por tudo.

Agradeço especialmente aos meus pais, David e Nadir, pelos conselhos nas horas difíceis, pelas orações, amor e apoio. Sou grata a ainda à Bettina e aos meus irmãos, Felipe e Renato, por suas orações e suporte – apesar da distância que nos separa, nossos corações permanecem unidos, amo todos vocês (à Hadassah e ao Joe também, os mais novos integrantes da família).

Agradeço ainda aos meus cunhados, Leticia e Tasso, pelo apoio, sobretudo no cuidado e carinho com o meu pequeno Benjamin, quando os dias foram mais difíceis.

Nesses cinco anos, aprendi que cada passo da jornada é mais seguro se a estrada for pavimentada pela oração. Muitas coisas são difíceis na jornada, mas por meio da oração, vemos que tudo é possível ao que crê. Nesse sentido, sou profundamente grata à Jackeline Sousa, parceira de oração, companheira de quase todas as manhãs, amiga que “sentiu junto” cada aspecto de minhas lutas e vitórias ao longo de todos esses anos. Choramos e sorrimos, erramos e acertamos. Que presente a sua amizade ao longo destes anos! Sem fé, é pouco provável que eu tivesse chegado até aqui. Obrigada por me ajudar a nutrir esta fé.

Agradeço aos colegas do grupo de pesquisa, “Tradição de Lei Natural”, Ayrton, André, e em especial à Chiara e ao Leonardo pela detalhada revisão do texto; e ao Programa de Pós Graduação da UFPA, pela oportunidade e pelo apoio, este semestre, concedido através da Bolsa CAPES, programa ao qual também sou grata. Esse recurso foi fundamental para que eu concluísse essa fase final.

Por fim, agradeço ao amigo e professor Dr. Victor Sales Pinheiro, meu maior encorajador, incentivador e apoiador neste projeto.

DEDICATÓRIA

Em homenagem a nossos 10 anos de mentoria, amizade e bravura acadêmica, dedico esta obra a meu inestimável amigo e mentor, professor Victor Sales Pinheiro.

C'est d'abord que le pouvoir est en lutte avec le pouvoir, la force avec la force , et que chaque homme, chaque parti, chaque peuple, n'ayant qu'une somme limitée de pouvoir, qu'une source d'énergie qui s'épuise, ne peut maintenir longtemps l'organisation qu'il a imposée par force; que par conséquent celle - ci est fragile .

Maurice Hauriou, Ciência Social Tradicional, 1896

RESUMO

Tendo por principal referencial teórico a obra de John Finnis, a presente tese tem um objetivo duplo: primeiro, temos por finalidade construir uma teoria institucional no paradigma neoclássico, em um diálogo crítico com a corrente clássica de Hauriou, e com a principal e mais atual corrente representante deste tema, encontrada nos trabalhos de Neil MacCormick; em seguida, pretendemos usar esse paradigma institucional para refletirmos sobre a caracterização dos direitos nas diversas realidades institucionais, verificando seus elementos gerais e essenciais para que possamos ter instituições eficientes na concretização do respeito aos direitos, principalmente os direitos humanos, mantendo a ordem e respeitando o bem comum e a justiça. Finalmente, acreditamos que uma teoria institucional neoclássica, por seu suporte metaético cognitivista, é superior e mais favorável à conceituação e à fundamentação dos direitos fundamentais no seio das instituições do que a atual proposta normativista neoinstitucional.

Palavras-Chave: Teoria Neoclássica da Lei Natural. Instituição. John Finnis. Maurice Hauriou. Neil MacCormick.

ABSTRACT

Having the work of John Finnis as its main theoretical reference, this thesis has a double objective: first, we aim to build an institutional theory in the neoclassical paradigm, in a critical dialogue with Hauriou's classical current, and with the main and most current representative of this theme, found in the works of Neil MacCormick; Next, we intend to use this institutional paradigm to reflect on the characterization of rights in our various institutional realities, verifying general and essential elements so that we can have efficient institutions in realizing and respecting rights, especially human rights, maintaining order, and respecting the common good and justice. Finally, we believe that a neoclassical institutional theory, due to its robust and cognitivist metaethical support, is superior and more favorable to the conceptualization and foundation of fundamental rights within institutions than the current neoinstitutional normativist proposal.

Keywords: Neoclassical Theory of Natural Law. Institution. John Finnis. Maurice Hauriou. Neil MacCormick..

RÉSUMÉ

Ayant pour principale référence théorique les travaux de John Finnis, cette thèse poursuit un double objectif : d'abord, nous visons à construire une théorie institutionnelle dans le paradigme néoclassique, dans un dialogue critique avec le courant classique, de Hauriou, et avec les principaux et le représentant le plus actuel de ce thème, trouvé dans les œuvres de Neil MacCormick ; Ensuite, nous souhaitons utiliser ce paradigme institutionnel pour réfléchir sur la caractérisation des droits dans nos diverses réalités institutionnelles, en vérifiant les éléments généraux et essentiels pour que nous puissions avoir des institutions efficaces dans la réalisation et le respect des droits, en particulier les droits de l'homme, le maintien de l'ordre et le respect de la le bien commun et la justice. Enfin, nous pensons qu'une théorie institutionnelle néoclassique, en raison de son soutien métaéthique robuste et cognitiviste, est supérieure et plus favorable à la conceptualisation et au fondement des droits fondamentaux au sein des institutions que la proposition normativiste néoinstitutionnelle actuelle.

Mots clés: Théorie néoclassique du droit naturel. Institution. John Finnis. Maurice Hauriou. Neil MacCormick.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	A ESCOLA CLÁSSICA DA TEORIA DA INSTITUIÇÃO DE MAURICE HAURIOU	20
1.1	Introdução ao autor	20
1.2	Método	24
1.3	A evolução da doutrina da instituição	25
1.4	Tipos de instituição	27
1.5	Os elementos da instituição-pessoa	29
1.5.1	<i>A ideia diretriz</i>	29
1.5.2	<i>O poder de governo organizado</i>	33
1.5.3	<i>As manifestações de comunhão</i>	38
1.6	A personalidade da instituição	39
1.7	A duração da instituição	42
1.8	Nascimento, vida e morte de instituições	44
1.9	Considerações finais	47
2	O NEOINSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA DE NEIL MACCORMICK	54
2.1	Hart como ponto de contato entre Neil MacCormick e John Finnis	54
2.2	Introdução ao autor	56
2.3	Método	57
2.4	Os elementos do direito enquanto instituição-coisa	59
2.4.1	<i>A ordem</i>	59
2.4.2	<i>A normatividade</i>	60
2.4.3	<i>A institucionalização</i>	63
2.4.4	<i>Os fatos institucionais</i>	65
2.4.4.1	<i>Anscombe</i>	65
2.4.4.2	<i>Searle</i>	67
2.4.4.3	<i>MacCormick</i>	73
2.5	Moral (I): Autônoma, dialógica, controversa e universal	78
2.6	Moral (II): Empatia, sentimentos e o espectador ideal imparcial	80
2.6.1	<i>Entre Kant e Smith: o princípio categórico Smithiano</i>	83
2.6.2	<i>Crítica interna</i>	90
2.6.3	<i>Crítica externa</i>	93
2.7	O Direito	95
2.7.1	<i>A autoridade do Direito</i>	96
2.7.2	<i>Direito e Moral</i>	98
2.7.3	<i>Instituições no Direito</i>	98

2.7.4	<i>O Estado como Instituição</i>	100
2.7.5	<i>A validade do direito</i>	101
2.8	Pós-positivismo: além do positivismo e rejeição da lei natural	103
2.8.1	<i>Pós-positivismo e positivismo</i>	103
2.8.2	<i>Lei Natural e “Lei Natural”</i>	107
2.9	Considerações finais	112
3	A TEORIA NEOCLÁSSICA DA LEI NATURAL	119
3.1	Introdução ao autor	119
3.2	Método	120
3.2.1	<i>As quatro ordens da realidade</i>	120
3.2.2	<i>A análise teleológica da ação</i>	123
3.2.3	<i>Significado focal</i>	127
3.3	Moral (I): Razão Prática, ceticismo e bens humanos básicos	129
3.3.1	<i>O ceticismo moderno e a concepção restrita da razão prática</i>	130
3.3.2	<i>A razão prática na nova teoria da lei natural</i>	131
3.3.3	<i>Os bens humanos básicos</i>	134
3.3.3.1	<i>Lista de bens</i>	134
3.3.3.2	<i>Características dos bens humanos básicos</i>	136
3.4	Moral (II): Realização humana integral	138
3.5	Direito	140
3.6	O bem comum	142
3.7	Considerações finais	143
4	O INSTITUCIONALISMO NEOCLÁSSICO JUSNATURALISTA	145
4.1	Método	145
4.2	Instituição e bens humanos básicos	147
4.2.1	<i>Não-inatos</i>	147
4.2.2	<i>Pré-morais</i>	149
4.2.3	<i>Inexauríveis e abertos</i>	150
4.2.4	<i>Incomensuráveis</i>	151
4.2.5	<i>Não-hierarquizáveis</i>	152
4.2.6	<i>Auto evidência</i>	153
4.2.7	<i>Aspectos reais do florescimento humano</i>	154
4.2.8	<i>A relação entre os bens e as instituições</i>	154
4.3	Tipos de Instituição	155
4.4	Elementos constitutivos da Instituição	158
4.4.1	<i>Elementos da Instituição-pessoa: Maurice Hauriou</i>	158
4.4.2	<i>Elementos da Instituição-coisa: Neil MacCormick</i>	159
4.4.3	<i>Elementos constitutivos das instituições: contribuição da teoria neoclássica</i>	160

4.4.3.1	<i>A ideia diretriz</i>	160
4.4.3.2	<i>Os Bens</i>	164
4.4.3.3	<i>A Comunidade</i>	165
4.4.3.4	<i>O poder organizado</i>	166
4.4.3.5	<i>As regras</i>	167
4.5	As quatro causas da instituição	168
4.5.1	<i>Causa formal</i>	168
4.5.2	<i>Causa material</i>	169
4.5.3	<i>Causa eficiente</i>	169
4.5.4	<i>Causa final</i>	170
4.6	Definição de instituição	171
4.7	Instituições naturais	171
4.7.1	<i>Um modelo de instituição natural</i>	173
4.7.2	<i>Outras formas de instituição natural</i>	184
4.8	A ética das instituições: entre MacCormick e Finnis	184
4.8.1	<i>O valor da teoria da instituição neoclássica</i>	185
4.8.2	<i>A superioridade da teoria da instituição no paradigma neoclássico</i>	191
4.9	O direito como instituição	203
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	209
	REFERÊNCIAS	212

INTRODUÇÃO

Pensar o direito exclusivamente desde a perspectiva normativista não dá conta de explicar a realidade jurídica – o direito se estabelece e se apresenta, se legitima e se justifica por meio de instituições, e os sujeitos que reconhecemos como portadores de autoridade, apenas os reconhecemos como tais, não pela identificação de seu nome (Pedro, Rogério), mas sim pela associação que fazemos com a instituição que eles representam (o Rei, o Presidente, o Pastor, etc). Não é uma mera regra – mas uma regra que faz parte de um sistema coerente, racional e amparado por fins legítimos que nos transmitem o valor de autoridade que tem, por exemplo, a decisão do juiz, ou mesmo a categoria “juiz”.

Então, quando pensamos em ordem social, bem comum e justiça, elementos fortemente associados ao direito, precisamos levar em conta que essas categorias serão levadas adiante no Estado não por meio de normas abstratas, ou pessoas individualmente consideradas, mas por meio de instituições específicas, que dividem atribuições, status, responsabilidades e autoridades próprias, de modo que a concretização do direito, da ordem social, do bem comum, da justiça e dos direitos fundamentais, depende, em grande parte, da qualidade das instituições em uma sociedade, e a qualidade das instituições, por sua vez, da ação humana.

Na realidade social, a instituição ocupa um lugar central. É como se as instituições formassem os pilares invisíveis dessa grande construção que é a sociedade. O Estado e o Direito são, eles mesmos, instituições compostas por instituições. Nada obstante, não é comum encontrarmos trabalhos na teoria do direito ou outras disciplinas jurídicas que se proponham a fornecer uma visão abrangente do que seria a instituição. É a esta falta que este trabalho pretende contribuir, a partir de uma proposta que nos auxilie na compreensão do que seria, exatamente, uma instituição e que elementos precisamos observar para estudá-la na prática.

O pai da teoria institucional no direito é o francês Maurice Hauriou (Bustamante, 1972, p. 16). Hauriou, juntamente com seu sucessor, o francês Georges Renard, formam o que podemos pensar como a escola clássica da teoria institucional. Essa teoria nasceu no período entre guerras, em um momento de grande fragmentação e atomização política, em que se fazia necessário defender o lugar das realidades comunitárias de poder, e pensar o aspecto social da realidade, em contraste à atomização individual metida em curso pelo contratualismo de Rousseau e pela Revolução Francesa (De Wilde, 2018, p. 17 e ss.).

Após a Revolução, todas as relações sociais passaram a ser pensadas a partir da figura do contrato e o cidadão foi revestido de direitos individuais, que supostamente garantiriam o

respeito à sua dignidade, mas foi, ao mesmo tempo, proibido de constituir associações (ou pelo menos tais associações não seriam reconhecidas pelo Estado) por medo de retorno ao sistema de comunidades como guildas, associações de aprendizes, característicos do regime anterior¹.

Conquanto o Estado negasse reconhecimento a essas realidades sociais coletivas, talvez até por temer conflito com seu próprio poder, elas continuavam existindo e se moviam em rebelião e indignação contra o Estado firmado. O Estado moderno, pós revolucionário, tinha por princípio a separação entre a função e o mandato – a função não era atributo pessoal da autoridade, antes era específica e prevalecia em si. Não estava associada a um grupo ou classe específicos – a função era do Estado, a pessoa que a tomava para si seria portadora de um mandato, para agir, não em nome próprio ou a partir de seus próprios interesses, mas sim como representante de uma vontade e finalidade que pertenceria especificamente à coletividade encarnada na instituição chamada Estado.

Este princípio da impessoalidade do serviço público foi objeto de ataque pelos grupos revolucionários crescentes, que o denunciavam como sendo, na verdade, mera ficção, uma vez que o Estado estaria a serviço de interesses particulares ou de classes específicas (De Wilde, 2018). Por essa razão, as forças comunitárias desejavam, cada uma, assumir o poder para si e defender, por sua vez, a sua própria classe. Essa perspectiva, ao fim, caso prevalecesse, significaria que o Estado não mais poderia coordenar os diversos interesses conflituosos internos, pois se confundiria sempre com um deles – se o Estado não transcende interesses específicos, ele não é capaz de estabelecer a ordem.

Assim como os institucionalistas do passado, nos encontramos hoje diante de um quadro social fragmentado política e ideologicamente, o que repercute, inclusive, nos paradigmas modernos da teoria do direito, que tendem a lançar sobre o direito um olhar pautado bem mais no individualismo, em detrimento do bem comum (e.g., direito como trunfos em Dworkin). Isso quando não se ignora por completo o bem comum e se lança um olhar exclusivamente pautado na abstração da norma (Kelsen) ou no contratualismo.

Acreditamos que, para a construção de uma ordem jurídica mais harmônica, é necessário refletir sobre uma teoria capaz de conjugar o individual e o bem comum, de

¹ Marc De Wilde (2018, p. 15) trata sobre isso no artigo sobre Santi Romano, apresentando a situação da seguinte forma: “For Romano, the root cause was the French Revolution: it had given birth to a new understanding of the political community that had left little room for recognition of social forces outside the state, which were regarded as illegitimate survivals of the past. Thus, from 1791 on, corporations of artisans and guilds were dissolved, while their re-established in whatever form was prohibited. Henceforth, the state recognized only the individual citizen, an ‘individual seemingly armed with an infinite number of rights which were emphatically and generously proclaimed, but whose legitimate interests were in fact not always protected’ (Romano, [1909] 1950, 317)”.

considerar realidades abstratas e ideias sem ignorar a realidade social. Esse encontro do real com o abstrato, do individual com o bem comum, sem reduzir um ao outro, acontece na realidade social que designamos pelo conceito de instituição.

Estudar a instituição, buscando compreendê-la sob a ótica analítica e conceitual, é, de fato, um empreendimento que culminará em uma teoria abstrata, mas isso não significa que ela será sem consequências práticas. De fato, ideias moldam nossas relações com o mundo que nos cerca e a compreensão adequada de um tema será de extrema importância para aplicações ou decisões práticas, quando a matéria se apresenta de forma concreta diante de nós. O empreendimento de análise conceitual, então, é um ponto de partida fundamental para a análise de realidades práticas, bem como para futuros desenvolvimentos e posteriores análises de tais realidades.

À luz de seu inegável valor e presença em nosso meio social, marcadamente no meio jurídico, consideramos fundamental perquirir tal empreendimento e nos debruçarmos sobre a construção conceitual e estrutural dessa realidade tão irradiada que é a instituição. Um tema tão abrangente, contudo, requer uma limitação e moldura para os fins de elaboração de uma tese. Nesse marco, optamos por levar adiante a investigação no paradigma neoclássico da lei natural, a partir do trabalho de John Finnis. Não há uma elaboração direta sobre o tema em sua obra, por isso se trata de uma tentativa de contribuição original, com ênfase nesse paradigma.

Ainda, por se tratar de tema não abertamente abordado por Finnis, faz-se necessário buscar elementos em outros autores que nos permitam refletir sobre essa realidade, traduzindo argumentos e ideias para o paradigma escolhido. Desse modo, optamos por recepcionar na academia jurídica brasileira, a teoria da instituição da escola francesa, representada por Maurice Hauriou, que chamamos de escola clássica da instituição. Como veremos abaixo, Hauriou é o pai da teoria da instituição no direito, razão pela qual o inserimos nessa obra.

Contudo, acreditamos necessário, ainda, além de olhar para os primeiros pensadores sobre o tema, lançarmos o olhar sobre a atualidade e, aqui, o principal nome na teoria do direito que se destaca como portador de uma teoria institucionalista do direito é Neil MacCormick. MacCormick tem em comum com Finnis o estudo e o diálogo com o grande jurista Hart, ponto de intersecção entre eles, que, inclusive, foram colegas em Oxford, o que o torna ainda mais relevante, pois estiveram juntos em um mesmo meio discursivo e momento histórico.

Desse modo, fazemos o recorte nos autores e nas obras, partindo do clássico, Hauriou, ao moderno, MacCormick e Finnis, a fim de investigarmos a seguinte questão: **Partindo de um diálogo com os institucionalistas clássicos e modernos, seria possível construirmos**

uma teoria das instituições no paradigma neoclássico da lei natural? E, nesse paradigma, de que modo a realidade institucional da nossa vivência social é relevante para a conceituação do direito em geral e dos direitos humanos em particular?

Ante o exposto, a presente tese tem um objetivo duplo: primeiro, temos por finalidade construir uma teoria institucional no paradigma neoclássico, em um diálogo crítico com a corrente clássica, de Hauriou, e com a principal e mais atual corrente representante deste tema, encontrada nos trabalhos de Neil MacCormick; em seguida, pretendemos contrapor a teoria moral de Finnis e de MacCormick, a fim de demonstrarmos a superioridade da eleição do paradigma neoclássico para a construção de uma teoria da instituição, por sua associação a uma definição robusta de bens humanos. Finalmente, acreditamos que uma teoria institucional neoclássica, por seu suporte metaético robusto² e cognitivista, é superior e mais favorável à conceituação e fundamentação dos direitos fundamentais no seio das instituições do que a atual proposta normativista neoinstitucional.

Este trabalho é dividido em quatro capítulos, mas podemos compreendê-lo melhor como uma obra dividida em duas partes: a primeira parte é composta pelos três primeiros capítulos, dedicados à apresentação, ao mesmo tempo exegética e crítica, do pensamento de cada um dos nossos principais referenciais teóricos, a fim de, nesse processo, levantarmos dados e instrumentos que nos auxiliem a refletir sobre a instituição no paradigma neoclássico da lei natural. A segunda parte é o resultado dessa reflexão, em que efetivamente, após assentado o terreno, passamos à construção do edifício com nossa proposta a respeito do conceito de instituição, seus elementos, suas causas e sua relação com a promoção de direitos humanos.

Começamos o primeiro capítulo apresentando a teoria da instituição de Maurice Hauriou. Hauriou, francês, foi o primeiro teórico jurista a tornar a instituição um objeto próprio de análise, estabelecendo sua estrutura, a partir do estudo de seus elementos – a ideia diretriz, o poder organizado e as manifestações de comunhão –, e da análise de sua fundação pela articulação dos elementos a fim de que ela ganhe vida. Aprendemos com Hauriou que existem dois tipos de instituição – instituições não corporificadas, que ele chama de instituição-coisa, e instituições corporificadas, designadas como instituições-pessoa. Hauriou dedica-se principalmente ao estudo de instituições-pessoa – e é nesse ponto que ele se mostrará relevante para nossas reflexões no âmbito neoclássico, sendo nosso principal paradigma na matéria.

² No sentido de entender os bens como aspectos reais da realização humano e não meros aspectos experienciais. Usamos a expressão “robusta” em oposição à expressão “restrita”, que vem da teoria de Rawls. Para uma maior elaboração sobre esse ponto confira os itens 3.3 e 4.8.

O segundo capítulo se dedica ao estudo do trabalho de Neil MacCormick, conhecido como o principal representante da teoria neoinstitucionalista atualmente. MacCormick, por sua vez, não se dedica a formular um conceito próprio e chave sobre o que seria a instituição. Nada obstante, ele apresenta uma teoria sobre o direito, segundo a qual o direito é uma ordem normativa institucional. Acontece que o próprio direito é um tipo de instituição – uma instituição não corporificada, mas que retira seu poder de instituições-pessoa (e por isso ele é “institucional”), uma instituição-coisa. A partir dessa consideração, buscamos extrair de sua análise do direito quais sejam as principais características de instituições-coisa, sendo esta a sua principal contribuição.

Como desejamos construir uma teoria, no sentido de conhecimento conceitual, da instituição no paradigma neoclássico, dedicamos o capítulo três à compreensão deste paradigma, expondo os principais conceitos e ideias do pensamento de John Finnis. O aporte metodológico de Finnis, de casos centrais e periféricos, é nosso ponto de partida na análise institucional e sua linguagem, conceitualmente carregada sobre bens e razão prática, que fornecem o embasamento necessário para que possamos abordar o tema da instituição e compreender suas características com maior propriedade teórica, inclusive complementando ou retificando as concepções institucionais de Hauriou e MacCormick.

Esta complementação ou retificação, contudo, será objeto do capítulo quatro. Neste capítulo, temos por propósito lançar as bases da compreensão do que seria uma instituição. Aqui, temos por objetivo estabelecer seus elementos, suas causas, sua relação com o bem-estar humano, com o direito enquanto instituição, e com os direitos humanos, em específico, estabelecendo uma contribuição do paradigma neoclássico à matéria, a partir da consideração das ideias presentes nos capítulos anteriores.

Concluimos que instituições são arranjos que podem ou não adquirir personalidade própria, normativamente ordenados a partir de uma ideia diretriz, da qual se derivam poderes teleologicamente condicionados, e que perdura por sua associação a bens humanos básicos e ao potencial de realização humana, sendo essa a principal razão de seu reconhecimento social.

Acreditamos que nossa abordagem oferece uma explicação mais coerente sobre a questão da duração e reconhecimento da instituição, a partir dos bens básicos, do que a de Hauriou, que a firma na objetividade da ideia; bem como se mostra significativamente mais relevante para justificar a primazia do sujeito que não se confunde com, mas que depende de instituições para se realizar. Essa perspectiva, ainda, nos ajuda a entender a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais no direito, fundamentados em bens humanos básicos, a partir do

suporte metaético robusto³ e cognitivista da teoria neoclássica da lei natural, em oposição à visão restrita de MacCormick sobre a matéria.

³ No sentido de que bens humanos básicos são aspectos reais do florescimento humano, não se confundindo com bens experienciais. Confira item 3.3.1 e 4.8.

1. A ESCOLA CLÁSSICA DA TEORIA DA INSTITUIÇÃO DE MAURICE HAURIU

A partir da proposta apresentada, convém agora darmos início à nossa análise a partir da escola clássica da teoria da instituição. Começamos pela escola francesa, isto é, pelo patrono da teoria da instituição no direito, Maurice Hauriou.

1.1. Introdução ao autor

Maurice Hauriou (1856-1929) viveu num momento histórico em que a academia estava borbulhando em descobertas e ideias inovadoras, enquanto o cenário político era extremamente instável. A Revolução Francesa lançou o país em uma sequência de disputas partidárias e trocas sucessivas de regimes de Estado, pelo menos dois impérios e três repúblicas em menos de um século, fora os momentos mais intensos, logo após a revolução, em que grupos menores intercalavam o poder – girondinos, jacobinos, etc. – com duração menor ainda. A Revolução nascida em 1789 deu origem a uma instabilidade política que só encontrou paz com a conciliação entre os partidos radical e moderado, em 1899, após a ascensão da terceira república, confirmada por eleições populares em 1879. Esta última também não durou muito, uma vez que logo eclodiu a primeira guerra mundial (1914-1918), da qual a França, apesar de triunfante, saiu esgotada.

Esse cenário de instabilidade política justifica o interesse francês de tentar compreender a figura do Estado na perspectiva institucional – instituições políticas estáveis era algo que a França precisava desesperadamente⁴, e de que muito carecia⁵. Compreender sua época também nos ajuda a perceber a preciosidade de seus insights sobre a diferença entre a

⁴ Esse não parece ter sido um fenômeno exclusivo da França. Eric Hobsbawm (1999, p. 116) apontou a crise dos valores e das instituições como a catástrofe que mais chocou aos sobreviventes do Séc. XIX: “[d]e todos los acontecimientos de esta era de las catástrofes, el que mayormente impresionó a los supervivientes del siglo XIX fue el hundimiento de los valores e instituciones de la civilización liberal cuyo progreso se daba por sentado en aquel siglo, al menos em las zonas del mundo ‘avanzadas’ y en las que estaba avanzando”

⁵ Julia Schmitz afirma que Hauriou estava preocupado com reconstruir a unidade da nação (francesa) e do Estado rasgada por lutas políticas, religiosas e sociais – é com vistas a esse fim que ele desenvolve sua análise sobre o modelo de Estado moderno liberal. Cf. “Partageant la préoccupation des publicistes de la Troisième République qui est de reconstruire l’unité de la Nation et de l’État déchirée par les luttes politiques, religieuses et sociales, Hauriou concentre son analyse sur le modèle de l’État moderne libéral, ‘à régime représentatif, à constitution écrite, à regime parlementaire’” (Schmitz, 2018, p. 89-111, parágrafo 48).

força e o poder⁶. Quando Hauriou descreve a “luta pela vida” (em oposição a “luta pelo sacrifício”), que se trata da fundação de instituições pela força⁷, em sua obra “*La science sociale traditionnelle*” (1896), como uma luta contínua, uma instabilidade inerente às organizações fundadas pela força⁸, incapaz de perdurar no tempo, ele está descrevendo a realidade que, muito de perto, o acompanhou.

Pelo período em que viveu, Hauriou testemunhou, em primeira mão, que a força sozinha era incapaz de manter instituições – organizações fundadas exclusivamente pela força, precisam ser mantidas pela força, e a força, sendo energia, é um recurso limitado. A fundação baseada na força, então, carrega, em si mesma, o germe de sua destruição. Toda instituição fundada pela força tem que ser mantida pela força, o que significa uma luta contínua, instabilidade, desgaste e enfraquecimento. A localização histórica de Hauriou, portanto, será fundamental para suas percepções da diferença entre a força e o poder, bem como o papel primordial da ideia diretriz entre os elementos da instituição.

Uma segunda peculiaridade de sua época na França foi a efervescência acadêmica. A teoria do evolucionismo e o método científico⁹ estavam no auge, reverberando em vários campos do conhecimento, não só na biologia, mas também refletida em métodos de análise sociológica, com o darwinismo social, e o próprio positivismo, por exemplo. Também foi nesse

⁶ Muitas vezes ele usa os dois termos como sinônimo em seus trabalhos. Porém, em sua “Teoria da Instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social”, quando ele discute com Rousseau, ele afirma que é justamente esse o erro de Rousseau: ele teria confundido a força com o poder, e por isso desprezado as instituições de sua época. As instituições, Hauriou nos fala ainda nessa crítica, são fundadas, não pela força, mas pelo poder e este poder, se não chega até a violência, dá lugar a uma forma de consentimento. Cf. Hauriou, 2009, p. 11 e ss.

⁷ Conquanto ele use a palavra “pouvoir” no original, podemos perceber que se trata de poder, não no sentido discutido com Rousseau, mas no sentido de “força”, sem lugar para o consentimento. A luta do sacrifício é aquela que abre lugar à instituição fundada pela força, renunciando, aceitando e se sacrificando, em prol da paz, da ordem e do bem comum – mas isso até certo ponto. Essa renúncia só tem sentido em um contexto em que os fundadores também se ajustam, cedem e se submetem aos fins que aquela instituição, para ser aceita, passou a adotar, em prol do indivíduo e do bem comum. Veja que, no momento em que esse movimento ocorre, estaremos diante de uma fundação pelo poder – um poder que abriu lugar para o consentimento, que se ajustou, que aceitou limites. Não se tratará, apenas, da fundação pela força (ainda que no francês, nesse trecho, ele utilize “pouvoir” indiscriminadamente) – conforme a leitura que podemos fazer a partir de sua diferenciação na obra de 1925.

⁸ Cf. «Ainsi, d'une part, lutte continuelle, instabilité inhérente aux organisations dues à la force, et, d'autre part, chute nécessaire de ces organisations au moment où elles se réalisent. Ajoutons que la chute ne s'arrête pas, elle est continue, puisque, fondées sur la force, il faut que les organisations soient maintenues par elle; le pouvoir qui s'emploie à les perpétuer est tout aussi vicié que celui qui s'est employé à les fonder; peu à peu elles se désagrègent, se décomposent, entrent en décadence, la rivalité et la discorde se glissent parmi les partisans; [...]” (Hauriou, 1896, p. 192).

⁹ O método científico dominou de tal maneira o modo de fazer ciência na virada do séc. XIX, início do Séc. XX, que para poder reivindicar o título de ciência, as disciplinas, inclusive o direito e a sociologia, precisavam seguir o modelo das ciências naturais. Além disso, o paradigma organicista importado da biologia, ciência dominante da época, era considerado um verdadeiro “veículo de racionalidade”. A principal obra de Hauriou que se aliou à construção teórica a partir da importação de comparações com as ciências naturais foi “*Leçons sur le mouvement social*” (1899). Infelizmente, essa obra foi mal recebida, herdando severas críticas, principalmente de cientistas da época. Cf. Schmitz, 2018, p. 89 e ss.)

período que nasceu a bioquímica, ciência desenvolvida no séc. XIX e que ganhou mais projeção no séc. XX. A França foi pioneira na bioquímica, inaugurando o primeiro centro dedicado ao estudo da química da vida (Instituto de Química Fisiológica da Universidade de Strasbourg – 1872) no mundo. O francês Claude Bernard (1813-1878), citado por Hauriou (2009, p. 33), foi um biólogo vitalista¹⁰, responsável pela ideia de que em um organismo existe um equilíbrio complexo de reações químicas que é indispensável à vida. Finalmente, foi no séc. XIX também que surgiram os estudos sobre o subconsciente, sendo que a própria noção de subconsciente foi resultado dos estudos do psicólogo clínico francês Pierre Janet (1859-1947). Ideia, essa, que será apropriada e receberá notoriedade com os trabalhos do austríaco Sigmund Freud (1856-1939), contemporâneo de Hauriou.

A França, então, estava fervilhando no campo das ideias e conhecimentos inovadores. Hauriou, como perceberemos em seu trabalho, acompanhava de perto cada inovação científica e recepcionou conceitos como o “subconsciente”, o “vitalismo¹¹”, e considerações de cunho biológico e metafísico – “o corpo antes da alma” – em seu trabalho. É necessário ter isso em mente para apreciarmos a inventividade do autor a seu tempo, articulando temas e conceitos à época revolucionários, alguns hoje extremamente comuns para nós, de modo interdisciplinar e coeso¹². Ele mesmo, um autor que participou da construção do que viria a ser o direito administrativo no país (Millard, 1995, p. 386)¹³. Como disse Renard: “Hauriou não era um homem do ponto final; seus livros, antes, costumavam terminar mais frequentemente em pontos de interrogação” (Renard, 1930, p. XVII).

Além disso, Hauriou também estava atento ao que se passava em sua área de estudo. A teoria da instituição de Hauriou demorou quase 20 anos para ser desenvolvida e ocorreu em resposta aos debates e disputas intelectuais de sua própria época¹⁴, marcadamente contra o avanço positivista, que excluía o fenômeno do poder e a realidade social da análise do direito.

¹⁰ Na biologia, a doutrina vitalista considera que o ser vivo é animado por uma força vital não redutível às leis físico-químicas da matéria.

¹¹ Baseado na doutrina vitalista, mencionada na nota de rodapé anterior.

¹² Ainda que, em alguns trabalhos duramente criticado por sua abordagem comparativa naturalista.

¹³ Na década de 1880, ele passa no concurso para lecionar na Universidade de Toulouse e é designado a ensinar direito administrativo, matéria ainda embrionária e indesejada por todos os demais professores. O fato de que Hauriou teve que ensinar uma matéria que ainda precisava ser criada explica sua atitude de pesquisa e questionamento constantes, que marcam o surgimento da teoria da instituição.

¹⁴ Ele mesmo, na primeira parte da obra de 1925, posiciona a teoria da instituição como uma resposta à querela do grau de objetividade que existe em instituições, inserida em um debate maior entre o ultrassubjetivismo e o objetivismo jurídico. A teoria da instituição seria o meio-termo que manteria o equilíbrio entre os aspectos objetivos (aspectos que não dependiam da vontade do sujeito, e que ele conectava ao subconsciente) e os aspectos subjetivos (contratos, testamentos, e manifestações gerais que dependiam da vontade das partes ou do sujeito – e que ele atribuía ao aspecto consciente das pessoas).

Por isso, Hauriou se volta à construção de uma teoria vitalista, que culmina na sua “A teoria da instituição e da fundação: ensaio de *vitalismo social*” (original de 1925, traduzida ao português em 2009). Esse vitalismo social resume sua concepção sociológica do fenômeno jurídico, em uma postura epistemológica centrada na complexidade¹⁵ e no ser vivo, que se opõe à doutrina materialista e determinista. “*Dans une volonté de rupture avec le positivisme Scientifique, il s’agit de saisir le phénomène vivant dans son intégralité, qu’il soit biologique, social ou juridique*” (Schmitz, 2018, p. 89-111, parágrafo 12¹⁶)

Millard (1995, p. 387) acredita que Hauriou era um liberal (ligado aos princípios liberais de 1789) e que era também ligado à filosofia tomista. Nada obstante, de acordo com Albert Broderick (1970, p. xiv), haveria pouca evidência de que Hauriou estava familiarizado com o tomismo. Além disso, teria sido a tradição da igreja católica que teria se baseado em seus escritos para amadurecer sua doutrina social sobre instituições, em especial na encíclica “*Quadragesimo Anno*” de 1931 (Papa Pio XI), e não o contrário. Talvez a confusão se dê pelas declarações de Georges Renard, que inicia “*La théorie de l’Institution: essai d’ontologie juridique*” (1930) com um prólogo em homenagem a seu mestre, no qual, entre outras coisas, defende a influência de Tomás de Aquino sobre sua obra¹⁷, apesar de que, em seus próprios trabalhos, até onde conseguimos perceber, não há alusão direta a influência de Aquino sobre suas próprias considerações, o que nos impede de classificá-lo, propriamente, como um jusnaturalista.

No direito, ele foi o último grande expoente da escola do poder público, contraface da escola do serviço público de León Duguit (Wieczorek, 2020, p. 133). Nada obstante, sua teoria da instituição é sua maior contribuição ao pensamento jurídico contemporâneo e, sobre sua relevância, Tomás Wieczorek (2020, p. 133) aponta que:

Rescatada por figuras como Eric Voeglin (2006) y Carl Schmitt (1996), su relevancia há sido apuntada en el desarrollo de experiencias políticas tan heterogéneas como el Estado novo português [...], le democratización de mediados de siglo em Turquía [...], o el proceso de unificación europea

¹⁵ Isto é, ele desejava abraçar o fenômeno por completo, em toda a sua complexidade existencial, sem desprezar ou reduzir qualquer aspecto – como julgava que os subjetivistas e objetivistas faziam.

¹⁶ Alguns textos disponíveis pela Presses de l’Université Toulouse Capitole indicam as páginas gerais, mas não as específicas, enumerando os parágrafos no lugar das páginas. Para tornar a referência específica, inserimos a referida numeração do parágrafo.

¹⁷ Renard afirma que em diálogos com Hauriou, este o teria pessoalmente afirmado sobre a relevância de seus estudos teológicos para o desenvolvimento de sua teoria da instituição. Em particular, nos aspectos de projeção e reprodução dos caracteres humanos - corpo, alma - para pensar o que seria o modelo de caracteres da instituição. Além disso, em carta pessoal, Hauriou lhe teria dito que, apesar de não ter encontrado o eco que desejava receber de sua teoria, ele acreditava ter conseguido acomodar ao campo jurídico as ideias que havia já logrado inserir no campo sociológico. (1930, p. XIV-XV)

O Séc. XIX foi um período muito oportuno, “a grande época”, para o institucionalismo jurídico europeu: na Itália, Santi Romano¹⁸; na França, Maurice Hauriou, e somando-se a eles Cesarini Sforza, Constantino Mortati, Georges Regard, são alguns nomes que “responderam à socialização do direito de sua época com uma profunda revisão metodológica do andaime teórico da ciência jurídica, reagindo ao formalismo jurídico com uma abertura ao diálogo, e inclusive hibridização, com a nascente sociologia científica” (Wieczorek, 2020, p. 139). É uma pena que tão pouco de sua obra esteja traduzido ao português – ou mesmo ao inglês. Hauriou, certamente, é um autor que merece ser conhecido no momento histórico que vivemos. Hauriou faleceu em 1929.

1.2.Método

Apesar de a maior parte dos trabalhos de Hauriou constituir livros raros ou inacessíveis, algumas de suas principais obras podem ser encontradas nos arquivos da Biblioteca Nacional da França¹⁹ e no repertório do Google livros. No Brasil, a “Teoria da Instituição” (1929), único trabalho traduzido ao português até onde sabemos, foi disponibilizada pela USP²⁰, além de poder ser adquirida em livro físico. Apesar da inacessibilidade de muitas de suas obras, felizmente, os trabalhos mais relevantes para o objeto dessa pesquisa foram disponibilizados pelas fontes citadas.

Maurice Hauriou é um filósofo, um sociólogo²¹ e um jurista²². No que toca especificamente à teoria da instituição, ele não recorreu a proposição de nenhum modelo metodológico específico e explícito, como fez Finnis, na introdução de “Lei Natural e Direitos Naturais”²³. Nada obstante, podemos observar que o propósito de Hauriou é descrever o fenômeno da instituição a partir da articulação de seus elementos, de modo a compreender o que as torna *estáveis*, o que faz com que elas durem, permaneçam²⁴. Na apresentação madura

¹⁸ Enquanto na Itália, os institucionalistas tenderam a subscrever ao fascismo, os franceses tenderam posições democráticas liberais progressistas e socialistas (Wieczorek, 2020, p. 139).

¹⁹ Algumas obras podem ser baixadas, e foram, diretamente dos arquivos da biblioteca nacional da França, no link: <https://data.bnf.fr/documents-by-rdt/12051661/te/page1?type=work>. Acessado em 12/12/2023.

²⁰ Cf. link: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4182352/mod_resource/content/1/hauriou_teor%C3%ADa%20da%20institui%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acessado em 12/12/2023.

²¹ Tendo, inclusive, escrito um tratado sobre o método sociológico “*La science sociale traditionnelle*” (1896).

²² Com grande contribuição para a área do direito administrativo, sendo um dos primeiros a articular a matéria na França.

²³ Cf. Finnis, 2011c, p.11 e seguintes.; e, ainda, sua obra “Aquinas”, 1998, p. 38 e seguintes.

²⁴ Uma clara resposta a seu momento histórico.

da teoria²⁵, ele emprega o método analítico – separando e descrevendo cada elemento das instituições. Quando passa a explicar sua articulação, contudo, recorre a um “método comparativo novo” que consiste em “confrontar a psicologia comparativa e a psicologia individual como argumento para auxiliar nossa análise da psicologia corporativa, e, inversamente, a utilizar as constatações da psicologia corporativa para esclarecer os resultados da introspecção individual” (Hauriou, 2009, p. 31). Ele justifica o método no postulado de que:

[...] a sociedade é obra psicológica, de que nessa obra psicológica há ação e reação recíprocas do espírito humano e de certas ideias objetivas, bases das instituições; de que a personalidade corporativa é uma criação social feita em ampla medida, à imagem da personalidade humana, mas que, como ela se fez de modo subconsciente, ela pode revelar mecanismos da personalidade humana que a introspecção consciente não revela; de que, além disso, na personalidade corporativa, como os detalhes de organização são fortemente aumentados e como que projetados numa tela, sua observação torna-se mais cômoda (Hauriou, 2009, p. 31)

Desse excerto, percebemos como seu trabalho é marcado pela interdisciplinaridade. Podemos ver, no trecho acima, a presença tanto de elementos das últimas descobertas psicológicas de sua época (o subconsciente), quanto do vitalismo, que era uma corrente filosófica de forte influência evolucionista, com projeção também em seu período. Por tudo isso que afirmamos que Hauriou é, ao mesmo tempo, um filósofo, um sociólogo e um jurista.

1.3. A evolução da doutrina da instituição

Antes de passarmos à exposição dos elementos da instituição em si, é proveitoso apresentarmos uma visão panorâmica de como esse objeto de estudo foi tratado na vasta obra deste autor. Nesse sentido, o conceito de instituição como apresentaremos adiante levou tempo para ser desenvolvido, mais de vinte anos, na verdade, e seu papel explicativo na teoria do direito e seu próprio conteúdo irão variar de acordo com o progresso das reflexões do autor. Passada essa visão panorâmica, contudo, iremos nos ater apenas à fase madura, que consiste naquela mais claramente exposta nos trabalhos depois de 1925.

Nesse diapasão, Broderick (1970) nos informa que o trabalho institucional de Hauriou passou por 3 fases: a primeira fase, 1907-1910, focava em considerações puramente objetivistas sobre a fundação da instituição. A segunda fase, de 1916 a 1925, era tanto objetivista quanto subjetivista – “no sentido de que enfatizou a criatividade nos membros da instituição, assim como nos fatores objetivistas” (Broderick, 1970, p. xiv). A última fase é a personalista, e surge

²⁵ “A teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social” (1925).

nos trabalhos posteriores a 1925. Fora o próprio ensaio sobre a teoria da instituição de 1925, Broderick considera o “*Introduction à l'étude du droit*”²⁶ o principal trabalho de Hauriou referente a fase personalista.

Eric Millard, por sua vez, acredita que pela interdisciplinaridade presente na obra de Hauriou, uma visão geral mais estratégica sugere a aproximação do tema desde duas perspectivas distintas: primeiro, identificando sua constituição; e, em seguida, apresentando sua arquitetura. Sobre a construção da teoria da instituição, Millard entende que, desde o início, Hauriou preocupa-se com o social, o movimento e o tempo²⁷. Na leitura de Millard (1995, p. 390), os escritos pré-institucionalistas já apresentam todas as perguntas que levarão à formulação da instituição. Ele acredita, ainda, que, se realizássemos um trabalho exegético no material produzido nos anos de 1895-1905 – bem antes do que Broderick considerou como a primeira fase –, seria possível encontrar todos os elementos da teoria lá, mesmo que Hauriou ainda não tivesse alcançado o termo e a ferramenta “instituição”. Hauriou só começa a utilizar a instituição como ferramenta depois de renunciar a perspectiva do serviço público²⁸, entre 1903-1904; é, então, nesse período que a doutrina da instituição surge e começa a ser desenvolvida.

Millard identifica três etapas nessa evolução. A primeira é aquela dos primeiros rascunhos de instituição, presente nas obras “*Précis de droit administratif*”, em sua 6ª edição, e no artigo “*L’institution et le droit Statutaire*” (1906). A segunda etapa se refere à reflexão sobre uma teoria institucional do Estado na obra “*Principes de droit public*” (Hauriou, 1910), em que dois elementos fundamentais são desenvolvidos, quais sejam: (i) o lugar do equilíbrio e do poder na análise social, de modo que para estudar o Estado, devemos primeiro olhar para o pluralismo e o equilíbrio entre as diversas forças sociais que levarão ao Estado²⁹; e (ii) a

²⁶ Infelizmente, não conseguimos resgatar essa obra.

²⁷ Elementos importantes para o vitalismo.

²⁸ “A teoria do serviço público se desenvolve no primeiro terço do século XX, na primeira grande etapa do intervencionismo público e foi sistematizada por Duguit e Jèze, surgindo a Escola do Serviço Público, também chamada de Escola Realista ou de Bordeaux. Seus autores vinculam-se à ideologia da III República francesa: a filosofia neo-kantiana, o positivismo das Ciências Sociais – Auguste Comte –, a Sociologia – E. Durkheim –, o Solidarismo – Léon Bourgeois, que ensina que entre os cidadãos de um mesmo Estado se estabelece um “quase-contrato social” (o que afasta a ideia rousseauiana de um compromisso pessoal de cada indivíduo), consequência do fato de todo cidadão ter – mais ou menos – aproveitado dos bens do meio nacional e se submeter a um estatuto compreendendo direitos e sobretudo deveres, e o pensamento socialista e radical – Proudhon – proporcionam bases éticas e interdisciplinares para explicar e fundamentar juridicamente a nova grande tarefa do Estado.” (GROTI, 2017). Podemos encontrar uma breve exposição da evolução da doutrina do serviço público na enciclopédia da PUC, disponível em <[²⁹ “\(...\) antes do Estado, portanto antes da personalização jurídica, pode haver equilíbrio, pode haver um poder organizado, e, portanto, pode haver direito” \(Millard, 1995, p. 390\). Desse modo, três elementos pertencem ao](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico#:~:text=A%20teoria%20do%20servi%C3%A7o%20p%C3%ABlico,sector%2C%20no%20decorrer%20da%20hist%C3%B3ria.>”. Acesso em 12/01/2023.</p></div><div data-bbox=)

demonstração de que o poder não se opõe ao consentimento. A terceira etapa é a reflexão fundamental sobre instituição, que transcende a análise do Estado e reflete sobre todo tipo de grupo organizado, desenvolvida no trabalho "*La théorie de l'institution et de la fondation*" (Hauriou, 1925).

Em suma, o pensamento de Hauriou inicia com seu contato com o direito administrativo. Percebendo a insuficiência da teoria do serviço público em responder seus questionamentos sobre o Estado, ele desenvolve a teoria da instituição, inicialmente, para estudar o Estado. Finalmente, em meados de 1925, sua teorização se generaliza, transcendendo o objeto inicial, e desenvolvendo um modelo abstrato de instituição capaz de analisar qualquer grupo organizado, culminando na seguinte formulação³⁰:

Uma instituição é uma ideia de obra ou empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos de poder e reguladas por procedimentos³¹ (Hauriou, 2009, p. 19)

Eis uma visão geral da evolução da teoria da instituição no pensamento do autor. Passemos, propriamente, ao estudo de suas características com ênfase na obra de 1925, a partir da formulação acima. Nosso objetivo é buscar encontrar, na teoria de Hauriou, elementos compatíveis ou que possam nos auxiliar a construir uma teoria da instituição no paradigma neoclássico da lei natural. Com isso em mente, voltemo-nos abaixo à classificação em tipos de instituição, seguida pela apresentação de seus elementos.

1.4. Tipos de instituição

Para Hauriou, “[a]s instituições representam, no direito como na história, a categoria da duração, da continuidade e do real; a operação de sua fundação constitui o fundamento

direito pré-estatal: a instituição, o mercado e o contrato. Segundo Milliard, aqui há uma análise muito próxima da de Hegel sobre a constituição do Estado a partir da família ou da corporação.

³⁰ Que Hauriou caracteriza mais propriamente como uma apresentação “em grandes linhas” da sua teoria, ao invés de uma definição.

³¹ Não conseguimos a versão francesa original da obra, mas esse trecho é remetido no original francês por Éric Milliard (1993): Une institution est une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures (Hauriou, 1925, p. 96).

jurídico da sociedade e do Estado (Hauriou, 2009, p. 11)³². Dito isto, Hauriou identifica dois tipos de instituição: aquelas que se personificam e aquelas que não se personificam.

As instituições que não se personificam, Hauriou designa por instituições-coisa. Tais instituições se propagam e existem no meio social, mas não geram uma corporação própria. Os elementos do poder organizado e da manifestação de comunhão existem, mas eles não se interiorizam no âmbito da ideia. A regra de direito seria uma espécie desse tipo – “ela vive no corpo social, por exemplo, no Estado, tomando emprestado deste último seu poder de sanção e aproveitando as manifestações de comunhão que ocorrem dentro dele” (Hauriou, 2009, p. 20). Ela não pode gerar uma corporação porque ela não é um princípio de ação, mas, antes, um princípio de limitação.

O outro tipo de instituição é a instituição-pessoa. Nessas, “o poder organizado e as manifestações de comunhão dos membros do grupo interiorizam-se no âmbito da ideia da obra: após ter sido o objeto da instituição corporativa, a ideia torna-se o sujeito da pessoa moral que se depreende do corpo constituído” (Hauriou, 2009, p. 20). É a este tipo que Maurice Hauriou dedicará sua atenção, buscando descrever seus elementos e como eles se articulam.

Hauriou considera o direito um elemento de duração da instituição, e afirma que elas “nascem, vivem e morrem juridicamente” (Hauriou, 2009, p. 20). O nascimento é marcado pela fundação; sua existência é simultaneamente objetiva e subjetiva, relacionada a operações jurídicas de governo e administração conectadas por procedimentos; e sua extinção, por fim, ocorre por atos jurídicos de dissolução ou ab-rogação. Por essa razão, afirma Hauriou (2009, p. 20) no mesmo trecho que as instituições “ocupam juridicamente a duração e sua cadeia sólida se cruza com a trama mais ligeira das relações jurídicas passageiras”.

Como nosso objeto é buscar desenvolver uma teoria da instituição no paradigma da nova lei natural a partir da leitura do clássico Hauriou e do moderno MacCormick, é razoável buscarmos, desde o início, acentuar os pontos comuns ou próximos entre os dois autores e destacarmos também pontos irreconciliáveis. Nesse sentido, a divisão acima troca semelhanças com a proposta de MacCormick que também reconhece tipos de instituição (instituições-arranjo, instituições-coisa e instituições-pessoa) e que seu nascimento, vida e extinção ocorrem por meio de regras jurídicas (constitutivas – que tratam do nascimento das instituições; consecutórias – sua vida e ação; e terminativas – sua extinção). A perspectiva de Hauriou, contudo, apresenta uma ênfase que escapa a MacCormick, qual seja, a relação entre a duração

³² Esse era seu principal ponto de discordância com as teorias subjetivistas e objetivistas do direito à época – no fim, elas relegavam à história, para fora do direito, os fundamentos do Estado.

e a presença de normas jurídicas. Hauriou afirma que as instituições nascem, vivem e morrem juridicamente. Essa trama jurídica, no entanto, permite que as instituições nos sobrepujem e ultrapassem em continuidade, de tal modo que sua cadeia jurídica sólida e duradoura “se cruza com a trama mais ligeira das relações jurídicas passageiras”.

Ou seja, Hauriou nos revela que a instituição é um elemento social de continuidade. Essa continuidade é estritamente relacionada, dependente e sustentada pelo sistema jurídico, ao mesmo tempo em que não é afetada por instancias contingentes em relações jurídicas momentâneas. O modelo jurídico de “associação”, ou “organização”, ou “empresa”, todos de tipo instituição-pessoa, pode permanecer por décadas inalterado, ainda que centenas de grupos organizem e criem centenas de “associações”, “organizações”, etc., de tipos distintos. Entendemos que é nesse sentido que, juridicamente, as instituições permanecem, apesar do cruzamento “com a trama ligeira das relações jurídicas”.

1.5. Os elementos da instituição-pessoa

Tendo visto os tipos de instituição, convém agora passarmos à exposição de seus elementos. Tais elementos são extraídos da definição acima, qual seja, que a instituição é uma (1) *ideia de obra ou empresa* que se realiza e dura juridicamente num meio social; que para sua realização se (2) *organiza um poder* que lhe confere órgãos; e entre os membros do grupo social interessado, produzem-se (3) *manifestações de comunhão* (Hauriou, 2009, p. 19). Vejamos cada um desses elementos.

1.5.1. A ideia diretriz

“Todo corpo é constituído para a realização de uma obra ou de uma empresa” (Hauriou, 2009, p. 21). A ideia diretriz ou ideia de obra é o elemento mais importante da instituição-pessoa e estabelece uma conexão entre a ideia e a ação (*pas d'idée sans action, pas d'action sans idée*³³). A ideia diretriz é o objeto da empresa, sendo por meio dela que a instituição vai adquirir uma individualidade social, vai se *objetificar*. Isto não é algo que ocorre como produto do meio social – mas como resultado de ações individuais. Na concepção deste

³³ Na interpretação de Eric Milliard, este seria o mesmo ponto de partida da teoria marxista.

autor, o meio social não cria nada, ele apenas reage, reforçando ou inibindo iniciativas individuais³⁴.

A ideia diretriz não se confunde com as noções de meta e de funções. Em relação a meta, essa noção é exterior à empresa e se relaciona exclusivamente com uma visão de resultados, não incluindo uma visão de meios a serem empregados. A ideia diretriz, por outro lado, além de ser um elemento interior à empresa, é algo que transcende a noção de fim, na medida em que nela há um elemento de plano de ação e de organização com vistas à ação “que ultrapassa singularmente a noção de meta”. Em suma, a ideia, para Hauriou, é ao mesmo tempo o objetivo (elemento exterior e o que se busca alcançar) e os meios (elemento interior) para alcançá-lo³⁵.

Em relação a função, a ideia diretriz dela se diferencia na medida em que persiste nela um caráter de indeterminação, ela está voltada ao futuro, ao que ainda será feito, e que não pode, sequer, ser determinado ainda. A função, por outro lado, refere-se à parte já determinada da empresa. Novamente, a ideia diretriz inclui a função, mas vai além dela. “A função é a administração do grupo, aquilo que existe, enquanto a ideia da obra inclui a dimensão da escolha política” (Milliard, 1995, p. 394). Hauriou cita o exemplo do Estado, para ilustrar a diferença entre a ideia e a função, vejamos:

A separação dos dois campos é notável no Estado; há o campo da função que é o da administração e do andamento determinado dos serviços, e há também o campo da ideia diretriz que é o do governo político, o qual trabalha com o indeterminado. E é fato que o governo político apaixona muito mais os cidadãos que o funcionamento da administração, de modo que o que há de indeterminado na ideia diretriz tem mais ação sobre os espíritos do que o que é determinado sob forma de função. (Hauriou, 2009, p. 23)

Em suma, ideia diretriz inclui a noção de meta e função, mas as ultrapassa e pode-se dela dizer que é o objeto próprio do empreendimento, na medida em que é nela e por meio dela que o empreendimento vai se *objetivar* e adquirir uma individualidade social.

³⁴ Em verdade, na opinião de Hauriou, esse é um dos grandes problemas com as teorias objetivistas do direito, elas pretendem que a validade de todos os atos repouse sobre a existência prévia de normas, o que é infecundo, porque todas as criações novas da prática social ficariam fora do direito. O erro principal dessa proposta estaria em trocar a reação pela ação, e a duração pela criação. “São os elementos subjetivos que são as forças criadoras e que são a ação; os elementos objetivos, a regra, o direito, o meio social, a ordem pública, são apenas elementos de reação, de duração e de continuidade” (Hauriou, 2009, p. 18).

³⁵ Milliard (1995, p. 393) nos apresenta o seguinte exemplo: “Podemos tomar o exemplo da proteção das liberdades públicas em uma democracia para ilustrar a análise de Hauriou. Proteger as liberdades públicas não é o objetivo da democracia, mas a ideia da obra do Estado democrático: é tanto um objetivo a ser alcançado, quanto um meio para atingir os objetivos deste Estado. Isso significa que nem todos os meios são bons para proteger as liberdades, em particular porque violariam essas mesmas liberdades ou outros direitos fundamentais. Na afirmação da meta (elemento externo), está também a afirmação dos meios (elemento interno que constitui o Estado porque lhe dá os meios para agir)”.

Sobre essa objetivação, é importante apontar que para Hauriou existe no direito elementos objetivos e subjetivos. O objetivo está ligado ao subconsciente, o subjetivo ao consciente. Inclusive ele acredita que a boa perspectiva do direito manterá essa dualidade, tanto é assim que logo no início da obra “A teoria da instituição” (1925), ele já vai estabelecendo a relação entre ideias conscientes e subconscientes em alusão ao direito. Nesse diapasão, o direito subjetivo se manteria pela vontade consciente das partes; já o direito objetivo permaneceria sem o auxílio da vontade consciente de sujeitos determinados, de modo que as situações jurídicas que parecem manter-se por si mesmas estão, na realidade, ligadas a ideias que persistem de modo subconsciente na mente de um número indeterminado de indivíduos.

As ideias subconscientes são aquelas que vivem nos confins de nossa memória sem ser atualmente, para nós, vontades conscientes; são ideias que percebemos, que armazenamos, e que depois perdemos de vista; elas vivem, no entanto em nós e até influenciam independentemente de nossa vontade, nossos julgamentos e nossos atos, do mesmo modo que pode agir o ambiente dos objetos familiares. São objetos que moram em nós (Hauriou, 2009, p. 12-13).

Desse modo, Hauriou afirma que o subjetivo se mantém por nossas vontades conscientes, e o objetivo por ideias subconscientes. (Hauriou, 2009, p. 13). No direito, os elementos subjetivos eram constituídos pela personalidade jurídica, direitos subjetivos e atos jurídicos. E os elementos objetivos eram constituídos pela ordem pública, e a massa das leis, regulamentos e costumes. Esse dualismo corresponde às vontades conscientes e ideias subconscientes.

Não obstante o exposto, Hauriou acrescenta ainda um outro nível à noção de objetividade da ideia diretriz³⁶: ele a vê como algo que existe no mundo de forma independente – “na realidade, não há criadores de ideias, há somente descobridores”, e afirma ainda que “as ideias objetivas existem de antemão no vasto mundo, incorporadas às coisas que nos rodeiam; em momentos de inspiração nós as encontramos e as livramos de sua ganga” (Hauriou, 2009, p. 25).

Apesar desse elemento idealista no pensamento de Hauriou, para que a ideia possa se tornar o objeto do empreendimento coletivo, ele afirma que ela deve passar do estado objetivo ao estado subjetivo. A objetividade não permite a ação, toda ação é humana e “é necessário que os indivíduos reajam a essa ideia, que trabalhem por ela, que a ela venham a aderir. É justamente porque essa ideia é objetiva que ela pode suscitar as ações ou adesões que são, elas mesmas, subjetivas” (Milliard, 1995, p. 394).

³⁶ Próximo à consciência coletiva, de Durkheim, e ao meio social de Duguit.

A essa visão, Hauriou adiciona, novamente, sua análise psicológica da relação entre o consciente e a subjetividade e o subconsciente e a objetividade. Assim, a ideia da empresa se propaga nas memórias de um número indeterminado de indivíduos, e passa a viver uma vida objetiva no seu subconsciente: “o *Banco da França*, a *Cidade de Paris*, o próprio *Estado*” (Hauriou, 2009, p. 23-24). Essa ideia passa, de modo descontínuo, ao estado subjetivo em manifestações de vontade conscientes, ao passo que a “fixação da ideia objetiva no subconsciente da memória, será contínua” (Hauriou, 2009, p. 24).

Sobre a fixação da ideia no subconsciente como manifestação de sua objetividade, inquirimos se não seria isto de algum modo refletido na nossa linguagem? A proposta de Hauriou de fixação da ideia objetiva no subconsciente parece ir ao encontro da análise de Anscombe, que veremos adiante, sobre as instituições que assumimos como pressupostos nos diálogos, conforme ela expôs em “On brute facts”³⁷ (1958). Além disso, isto também parece alinhar-se com a percepção das realidades institucionais de Searle³⁸. É verdade que, para Searle, toda a realidade é socialmente construída, enquanto, para Hauriou, as ideias são aspectos da realidade que estão ali para serem descobertos – e não simplesmente criados. Nada obstante, mesmo no paradigma de Searle, uma vez que a realidade institucional é constituída, ela nos permeia de um modo onipresente – e nem nos damos conta, isto é, não é sempre que trazemos ao consciente, ou refletimos sobre as ideias ou instituições em que estamos imersos.

Um determinado homem é um marido, um fiador, um cidadão – todos esses termos emprestam seu significado das instituições da família, do contrato, e do Estado. Ideias que, objetivadas no subconsciente, têm tal objetivação refletida na linguagem. E não se trata apenas de linguagem estéril, mas de ideias que permeiam normativamente nosso campo de atuação – por isso que, para Searle, explanado nos próximos capítulos, o teste para sabermos se estamos diante de um termo institucional é se o termo implica poderes deônticos³⁹.

Mas voltando a exposição da teoria de Hauriou, em toda instituição há também um grupo de interessados na ideia diretriz e não existe instituição corporativa sem esse grupo. Esse grupo, constituído pelos aderentes da ideia, corre um risco pessoal no empreendimento, ele é sujeito da ideia justamente porque assume os riscos e a responsabilidade de seu sucesso – os súditos e cidadãos no Estado, os sindicalistas no sindicato, etc. E “é essa situação de súdito que engendra com o tempo sua qualidade de cidadão, porque, estando exposto aos riscos da

³⁷ Cf. item 2.4.4.1.

³⁸ Cf. item 2.4.4.2.

³⁹ Cf. Searle, 2010, p. 91.

empresa, é justo que ele adquira, em troca, um direito de controle e de participação no governo da mesma” (Hauriou, 2009, p. 26).

O grupo dos interessados, contudo, não é o único portador da ideia diretriz, há ainda um poder de governo organizado em órgãos.

1.5.2. O poder de governo organizado

A organização da instituição é a expressão do poder organizado, que existe à serviço da ideia e para sua realização. O poder, para Hauriou, é uma forma de vontade, os órgãos da instituição podem ser considerados como poderes de vontade – essa perspectiva de interpretar a organização como um poder organizado espiritualiza, diz ele, o elemento humano presente na organização⁴⁰. “As próprias bases da organização do poder de governo são todas elas espirituais, pois resumem-se a dois princípios, [1] o da separação dos poderes e o do [2] regime representativo” (Hauriou, 2009, p. 26).

Toda separação de poderes [1] é uma separação de competências, que são, por sua vez, confiadas a órgãos. Os órgãos estão subordinados às competências e não as competências aos órgãos. Tanto é assim, que geralmente vemos vários órgãos se articulando para exercer um mesmo poder dentro da instituição. No Estado, por exemplo, o poder executivo é exercido pelo presidente e pelos ministros, o legislativo, por duas câmaras, etc. Se a competência estivesse sujeita aos órgãos, eles teriam liberdade para criar e ditar quaisquer tipos de competências – mas não é assim a realidade. Antes, todos os órgãos das instituições são limitados pelas competências que lhes são atribuídas.

Sobre o elemento do poder, convém aqui reproduzir a seguinte reflexão de Hauriou (2009, p. 27):

É a essa separação dos poderes, que acarreta uma separação ainda maior dos órgãos, que o poder deve o fato de não ser uma simples força, de ser, ao contrário, um poder de direito capaz de criar direito; as separações asseguram a supremacia das competências sobre o poder de dominação em direção ao qual, sem essa precaução, os órgãos seriam levados

⁴⁰ Quando Hauriou usa o termo espiritual, ele não parece estar fazendo referência a um elemento metafísico ou supra-humano. Antes, parece-me que usa o termo em alusão a um elemento abstrato, ou, mais precisamente, em alusão à razoabilidade prática. Ao menos nesse parágrafo, quando diz que “as bases...são espirituais”, parece-me que isso poderia ser substituído por: “as bases são uma questão de razoabilidade prática, um tipo de análise prudencial que leva em consideração fatores humanos, relativos à terceira ordem da realidade – que analisa o agir humano”. E são considerações dessa natureza que constituem considerações espirituais – não materiais, mas um tanto mais abstratas, porém ainda imanentes, porquanto atreladas ao agir humano e não a algo supra-humano ou sobrenatural.

Hauriou diferencia o poder da força. A força é algo fisicamente sobrepujante, que pode ou não ser arbitrário; já o elemento do poder na organização institucional é algo condicionado pela competência que lhe é atribuída e é esse condicionamento que faz com que o poder não seja um “poder de dominação”, opressor. Um poder sem competência ou não opera nada, ou é absoluto, e, muito provavelmente, opressor. A competência aponta os limites e as capacidades do poder.

Essa reflexão nos remete ao nosso referencial principal – qual seja, à teoria neoclássica da lei natural que enfatiza, num viés aristotélico, o lugar e o valor do fim nas ações e nos empreendimentos humanos. De fato, o que Hauriou está dizendo encontra eco e plena consonância com a relação entre ação, fins, e legitimidade no paradigma neoclássico, conforme veremos adiante⁴¹. É o fim e a observância dele que atribui sentido e diretividade à ação. É o fim que atribui limites e legitimidade ao poder – e é isso que está inscrito nas competências. Isto é – as competências estão estritamente relacionadas com os fins que devem ser buscados pelos órgãos, e isto é fundamental para impedir a arbitrariedade na administração do poder.

O segundo princípio da organização do poder é o regime representativo [2]. Esse regime é uma organização de poder que permite aos órgãos da instituição exprimir a vontade do corpo que ela constitui – “um corpo não é nada sem seus órgãos, mas é preciso que estes queiram por ele e não por si mesmos” (Hauriou, 2009, p. 27)⁴². O princípio representativo também está fundado na ideia diretriz, a qual, supõe-se, seja partilhada pelos órgãos do governo e pelos membros do grupo. O propósito de toda a técnica da organização representativa será

⁴¹ Cf. item 3.2.

⁴² Na análise do estudioso de teorias institucionalistas, Eric Milliard, o equilíbrio dos poderes na teoria da instituição está preocupado com a questão da duração. A divisão tripartida clássica, está mais relacionada com uma essência estrutural de controle, por isso ela não é absorvida por Hauriou. Antes, ele adota a seguinte divisão: (1) a competência intuitiva da decisão executória; (2) a competência discursiva do poder deliberativo e (3) o poder de sufrágio ou de consentimento. (b) a competência intuitiva da decisão executória: “corresponde ao poder de uma minoria, que tem a intuição da ideia, e que vai agir normativamente por meio de uma decisão que terá vocação a ser executada”. Trata-se de uma lógica da intuição e do irracional que permitirá a passagem da descoberta minoritária à realização majoritária: “não é ainda uma lógica do contrato de associação, mas sim uma lógica do ato de fundação” (Milliard, 1995, p. 395).

(2) a competência discursiva do poder deliberativo: a ideia, nos termos em que é percebida pelo poder executivo, é submetida a um debate, em que participa uma minoria de sujeitos conscientes da ideia. Passa-se da intuição executiva à racionalidade do debate. Essa posição de Hauriou reflete uma rejeição do mito do contrato social em favor de um realismo que tenta descrever como, na prática, a instituição é constituída – em esferas limitadas de poder (Milliard, 1995, p. 396).

(3) o sufrágio ou o consentimento: transfere a ideia do grupo minoritário ao majoritário. Hauriou acredita que a massa não tem possibilidade de ação, mas apenas de reação – ela pode aprovar ou desaprovar uma ideia que já foi debatida e estruturada. Ela não pode debater, nem formular uma ideia coletivamente. O regime representativo é uma organização de poder que permite aos órgãos da instituição exprimir a vontade do corpo que ela constitui. O corpo só existe, age e deseja por meio de seus órgãos. Isso é o que o regime representativo permite (Milliard, 1995, p. 396).

garantir que a realidade dessa visão comum seja refletida nos fatos e nos atos da instituição – senão sempre, ao menos periodicamente. É por esse último motivo que a eleição aparece como um elemento tão natural, apesar de não estar necessariamente atrelado⁴³ à representação, pois a eleição acaba sendo uma forma de garantir (ao menos em teoria) a comunidade de visão entre os membros e o governante.

Nisto tudo observamos a ascensão da ideia diretriz sobre a organização e a administração do poder. De fato, não é incomum aos governantes a tentativa de desvio do foco no bem comum para fins egoístas, o que, para Hauriou (2009, p. 28) “mostra que o poder é uma força de ação espontânea e não apenas o chamado de uma função a cumprir”, uma vez que ocorre com demasiada frequência que esse poder se insurja contra a própria função. Nesse quesito, achamos que o ponto pode ser melhor colocado no paradigma neoclássico em que poderíamos interpretar essa administração do poder não como uma questão de “ser uma força de ação espontânea”, mas sim como um elemento que depende do arrazoar prático, de deliberações e de decisões livres, que, por conseguinte, não podem ser completamente previsíveis ou controladas, justamente pelo elemento da livre-escolha que compõe a natureza humana. Então, nesse caso, o poder é sim uma força de ação, isto é, uma força resultante de ações livres, deliberadas e autodeterminantes⁴⁴.

Contudo, concordamos com o ascendente da ideia diretriz no empreendimento, e, de fato, o exemplo da submissão das forças armadas ao poder civil ilustra bem esse ponto:

A submissão voluntária a certas ideias diretrizes por parte dos governantes não poderia ser melhor ilustrada do que pelo exemplo da submissão dos chefes militares ao poder civil nos Estados modernos. Essa subordinação da força armada, tão contrária à natureza das coisas, não poderia jamais ter sido obtida por simples mecanismos constitucionais. Ela é resultado de uma mentalidade criada pelo ascendente de uma ideia, a do regime civil, ligada à da paz, que se considera constituir o estado normal (Hauriou, 2009, p. 28)

⁴³ Para Hauriou um príncipe absoluto pode ter, em sua consciência o princípio representativo – monarquia, aristocracias, podem ser regimes representativos. O sufrágio não é um elemento obrigatório, mas é um elemento natural da técnica representativa.

⁴⁴ Ações autodeterminantes é uma expressão que se refere ao efeito intransitivo dos bens humanos básicos. A instanciação de bens humanos básicos apresenta dois efeitos – (1) o efeito transitivo, que é o benefício extraído no momento de sua realização, a experiência da instanciação aqui e agora (a verdade prática); e o (2) efeito intransitivo, que se trata do efeito da instanciação que permanece no agente e, com a recorrência da prática contribui para a formação do caráter do agente – uma pessoa que delibera e enfrenta seus medos, não apenas vive as tensões e alívios do momento, mas é também classificada como uma pessoa *corajosa*. Desse modo, o efeito intransitivo da instanciação dos bens está relacionado com a aquisição das virtudes e também com a *determinação* de quem o agente é – é corajoso? É um artista? É um jogador de futebol? Os bens que instancia determinam em grande parte sua identidade – por isso que escolhas livres (autodeterminadas) são tão importantes: porque elas são *autodeterminantes*. Cf. Finnis, 2011e, p. 239; e Riker, 2020, p. 280-282.

Isto é, dois elementos cooperam para a organização do grupo e de seus órgãos: o poder e a ideia diretriz, mas dos dois, o mais importante é a ideia diretriz. Em 1896, Hauriou denominou essa ascendência da ideia diretriz sobre o poder como o “fenômeno da instituição”. Em sua *“La science sociale traditionnelle”* Hauriou argumenta que há na sociedade duas lutas – uma luta pela vida e uma luta pelo sacrifício. A perspectiva da luta pela vida é aquela que reduz tudo ao materialismo, e vê os avanços civilizacionais apenas como uma questão de força. Trata-se do poder posto em movimento pelos apetites, desejos, ambições e egoísmo⁴⁵.

De fato, as concepções mais belas no mundo da luta, do egoísmo, do materialismo, só podem ser realizadas pelo poder e nada pode ser realizado sem o poder. Realizar é passar ao ato, todo ato implica movimento, todo movimento energia e energia é um recurso limitado⁴⁶ – por isso que toda organização mantida pela força é viciada, instável, frágil⁴⁷. Ainda assim, para provocar um ato ou movimento social, a preparação pela ideia não é o suficiente – é ainda necessário o desenvolvimento de uma energia que supera as forças ordinárias de um homem, que em tempos pacíficos residem em organizações políticas e no dinheiro. Nesse contexto, como regra, o poder se emprega sempre em vista de um interesse material: é pelo lucro que um investidor financia uma pesquisa, uma invenção, um remédio. O resultado é que as organizações nunca são as melhores adaptações às necessidades, porque elas precisam se adaptar às necessidades coletivas e aos interesses do homem ou do partido⁴⁸.

⁴⁵ « Tout cela est vrai et signifie au fond que c'est le pouvoir qui crée, que le pouvoir est mis en mouvement par les appétits, les désirs, les ambitions, finalement par l'égoïsme. La force au service de l'égoïsme, voilà donc l'outil puissant qui permet à l'homme de réaliser des organisations. » (Hauriou, 1896, p.189)

⁴⁶ Cf.: “C'est d'abord que le pouvoir est en lutte avec le pouvoir, la force avec la force, et que chaque homme, chaque parti, chaque peuple, n'ayant qu'une somme limitée de pouvoir, qu'une source d'énergie qui s'épuise, **ne peut maintenir longtemps l'organisation qu'il a imposée par force; que par conséquent celle – ci est fragile.** C'est ensuite que les organisations dues à la force **sont toujours et irrémédiablement viciées dans leur principe**, subissent une chute au moment où elles se réalisent, par cela seul qu'elle sont réalisées par le pouvoir » (Hauriou, 1896, p. 190). (grifos nossos)

⁴⁷ “Ainsi, d'une part, lutte continuelle, instabilité inhérente aux organisations dues à la force, et, d'autre part, chute nécessaire de ces organisations au moment où elles se réalisent. **Ajoutons que la chute ne s'arrête pas, elle est continue, puisque, fondées sur la force , il faut que les organisations soient maintenues par elle;** le pouvoir qui s'emploie à les perpétuer est tout aussi vicié que celui qui s'est employé à les fonder; peu à peu elles se désagrègent, se décomposent, entrent en décadence, la rivalité et la discorde se glissent parmi les partisans; [...]” (Hauriou, 1896, p. 192). (grifos nossos)

⁴⁸ “Rien ne montre mieux la vérité de ces observations, que l'analyse des éléments d'un parti réformiste. Qu'un rêveur avec une âme d'apôtre, parfaitement désintéressé quant à lui, forge un système social, si la malheureuse idée lui vient de passer à l'action et de créer un parti politique visant la conquête du pouvoir, immédiatement il voit accourir à lui, avec quelques braves gens, des aigrefins, des jouisseurs et des bandits. C'est avec cette bande qu'il devra marcher et, chose triste à dire, c'est avec elle seule qu'il réussira. Les braves gens ont trop de scrupules, un passé qui leur tient trop à cœur, pour le risquer dans une partie. » (Hauriou, 1896, p. 191)

Contudo, para que a sociedade possa viver, ela precisa da paz e de instituições sãs. Ela suporta alguma luta em seu seio desde que, ao redor das regiões de luta, haja paz. Quem dará à sociedade o mínimo da paz e da sanidade de que ela precisa? O sacrifício.

"o mundo do sacrifício que penetra o da luta pela vida, que perdoa sua ofensas, aceita as humilhações e o sofrimento, renuncia voluntariamente à luta, e, por meio disto, fornece a estabilidade às organizações criadas, conserta aquilo que nelas é viciado [...] Pelo sacrifício silencioso dos fracos, dos oprimidos, dos humildes, dos mansos, dos filósofos, dos crentes, as organizações criadas pela força são aceitas quando não são totalmente inaceitáveis; Em torno delas criam-se semelhanças, hábitos, um algodão invisível acolchoando-as e tornando-as suportáveis; além disso, o sacrifício exige sacrifício e transação, por sua vez os donos da época relaxam, suavizam, renunciam a certas pretensões, absorvem deveres correlativos ao seu poder, os ângulos tornam-se arredondados. **Nos adaptamos a nova organização e ela se adapta a nós.** Entrou na herança das semelhanças. **Ela originalmente só tinha corpo, agora tem alma, entendeu sua função e a cumpre. Já não é uma organização, é uma instituição, porque estabelecer-se é dotar-se de um princípio interno, de uma alma, e isso que nós descrevemos é o fenômeno da instituição.**" (Hauriou, 1896, p. 193-194). (grifos nossos)

Desse modo, o “fenômeno da instituição” descrito em 1896, então, refere-se ao momento em que a organização fundada pela força e aceita pelo sacrifício apaziguador responde ao sacrifício, ajustando-se a funções, aceitando limites em prol do bem comum, tornando-se responsável por seus atos, tudo isso em submissão a um determinado espírito – à ideia diretriz – que envolve aquela organização. É nesse momento que o corpo formado se torna uma instituição. Aqui, é possível haver estabilidade, pois já não se tratará do governo da força pela força. Enquanto o governo da corporação for baseado exclusivamente na força, ele estará fadado ao fracasso⁴⁹. Na perspectiva metafísica ou evolutiva, o espírito vem depois da matéria. “Não é o espírito que realiza as organizações do mundo sensível, é a matéria; o espírito triunfa definitivamente, mas não é porque ele lidera o mundo, mas porque ele o resgata e o salva” (Hauriou, 1896, p. 195).

Isso também se aplica à sua visão sobre a relação entre a força e o direito. Para ele, existe no direito um elemento sacrificial que procede do mundo do espírito, a força não gera o direito. A relação entre a força e o direito não é de identidade, mas de sucessão histórica, em que uma situação jurídica sucede uma situação de fato dentro do mesmo objeto. Isto é, organizações fundadas pela força pura no início são, em seguida, instituídas pelo espírito e se tornam jurídicas. Além disso, no seu conjunto, a sociedade só progride se, em última análise, o

⁴⁹ E Hauriou, a seu tempo, viu certamente muitos arranjos governamentais caírem.

direito prevalecer em cada instituição, pois o progresso alcançado pressupõe um triunfo do espírito⁵⁰ (Hauriou, 1896, p. 196).

Nesse marco, o sacrifício aos outros é, em última análise, um sacrifício em favor das semelhanças individuais, implica em si mesmo o ideal de igualdade dos homens. Não se trata de aceitar a tudo, d'outro modo “os lobos engoliriam as ovelhas”. Não se aceitam as organizações que estão em aberto desacordo a esse ideal. Para ele, portanto, existe um limite ao sacrifício, que é aquele do “direito natural ou do dogma” (Hauriou, 1896, p. 197).

1.5.3. As manifestações de comunhão

O último elemento da anatomia das instituições é a manifestação de comunhão. Trata-se do fenômeno que traz a ideia diretriz momentaneamente ao estado subjetivo. Esse fenômeno, é mais notável em grandes movimentos populares relacionados a fundação de novas instituições políticas ou sociais. Com uma menor ênfase, essa comunhão também existe na fundação de instituições particulares, na medida em que “quase sempre a fundação é precedida por reuniões nas quais, de modo mais ou menos caloroso, ela é aclamada em princípio” (Hauriou, 2009, p. 29). Ou seja, parece-nos, então, que as manifestações de comunhão nada mais são do que o momento de partilhar dos princípios e valores, em um processo de subjetivação da ideia diretriz. É quando essa ideia começa a ser discutida, esclarecida e começa a existir uma união acordada ao seu redor. Essas manifestações de comunhão ocorrem, não apenas no momento da fundação, mas também no funcionamento das instituições.

Não se trata, aqui, de um coletivismo que absorve o indivíduo⁵¹. Antes:

Esses movimentos de comunhão não se analisam de modo algum como manifestações de uma consciência coletiva; são as consciências individuais que se comovem ao contato de uma idéia comum e que, por um fenômeno de interpsicologia, têm o sentimento de sua emoção comum. O centro desse movimento é a ideia que se refrata em conceitos similares em milhares de consciências e provoca nelas tendências à ação. A ideia passa ao estado subjetivo em milhares de consciências individuais que se unem nela; as consciências individuais invocam seu nome e ela desce no meio delas.

⁵⁰ « Il suffit de regarder autour de soi pour se rendre compte que c'est un phénomène social fondamental . Les institutions sont la société elle-même; la famille, le mariage, la propriété, le suffrage universel, la république, autant d'institutions. L'histoire sérieuse est devenue l'histoire des institutions. Or ces institutions ont été au début des organisations provisoires, fondées le plus souvent sur la violence; le mariage et la famille fondés sur le rapt de la femme et le despotisme du mâle, la propriété sur le vol, le suffrage universel et la république sur de multiples révolutions, comme la royauté d'ailleurs; mais tout cela s'est institué, c'est-à-dire que les siècles et les années ont apporté leur alluvion de sacrifices, que c'est accepté, et que les dépositaires du pouvoir ont compris les devoirs corrélatifs à ce pouvoir, que leur pouvoir est devenu une fonction », Hauriou, 1896, p. 194.

⁵¹ Em particular, esse é um ponto da teoria de Durkheim contra o qual Maurice está se levantando.

Apropriada por elas no estado subjetivo. Eis a exta realidade (Hauriou, 2009, p. 29-30).

Ou seja, nos movimentos de comunhão há a compreensão e adesão à ideia diretriz pelos potenciais membros da instituição, que, sob a direção de uma liderança, os leva a ação. Mais especificamente, leva à operação da fundação da instituição.

A par disso, normalmente as manifestações repousam em uma comunhão fria relacionada a seu funcionamento, isso é, pela aceitação dos membros do funcionamento geral da instituição, pela aceitação das “regras do jogo”. Na interpretação de Milliard (1995, p. 398), essa comunhão está presente, por exemplo, no fato de a minoria aceitar a decisão da maioria, não para si mesma, mas porque se trata do exercício do poder a serviço da ideia. Trata-se, portanto, de uma comunhão que se realiza a todo o momento e se reproduz a todo momento: uma comunhão de (*au pouvoir*) poder, que garante a duração. Ou seja, aqui, existe o reconhecimento geral dos poderes e decisões das instituições, bem como de sua normatividade.

1.6. A personalidade da instituição

Apresentados os elementos da instituição, Hauriou argumenta que a existência de sua personalidade moral é um desenvolvimento natural de sua articulação no processo da fundação – fundação esta que culmina com a personalidade moral e jurídica da instituição. Vejamos, então, este processo.

A fundação da instituição é operada por um movimento que segue três passos: a interiorização, a incorporação e a personificação. Todos eles estão relacionados com a interiorização da ideia diretriz, sua passagem do estado objetivo ao estado subjetivo na consciência dos membros do grupo, o que provoca neles a ação, dando vida à instituição. Como dissemos no item sobre o método, Hauriou lança mão de considerações da ordem da psicologia individual e corporativa a fim de estabelecer seu argumento neste ponto. Segundo ele, a personalidade corporativa é uma criação social feita à imagem da personalidade humana de modo subconsciente. Por isso, ela nos mostra em larga escala mecanismos da personalidade humana que a introspecção consciente não revela, tal qual uma lupa que amplia seu objeto⁵².

⁵² Cf. Justifica o método no postulado de que: “A sociedade é obra psicológica, de que nessa obra psicológica há ação e reação recíprocas do espírito humano e de certas ideias objetivas, bases das instituições; de que a personalidade corporativa é uma criação social feita em ampla medida, à imagem da personalidade humana, mas que, como ela se fez de modo subconsciente, ela pode revelar mecanismos da personalidade humana que a introspecção consciente não revela; de que, além disso, na personalidade corporativa, como os detalhes de

Uma condição para essa metodologia é que a personalidade humana possa ser assimilada, em certa medida, a uma instituição corporativa⁵³. Quando Hauriou faz essa afirmação, não nos parece tratar-se de uma tentativa organicista, de anulação da personalidade do sujeito no seio da instituição. Antes, o que Hauriou está afirmando é que o próprio ser humano pode ser entendido como uma instituição – é nesse sentido que sua personalidade é assimilada por instituições: realidades corporativas *assimilam* as propriedades fundamentais do elemento material que as forma, que, nesse caso, é a própria comunidade humana e sua personalidade. Nesse sentido, ele segue argumentando que a alma humana é a ideia diretriz que o ser humano possui, como princípio ativo a ser realizado. Posteriormente, ele atribuirá a essa alma, e não apenas as conexões neurobiológicas, a explicação da continuação da personalidade.

Isso não o leva, contudo, a uma abstração do ser humano e desassociação de sua realidade material, uma vez que é no corpo que a alma passa ao estado subjetivo e realiza o seu destino. De modo que a alma humana é “interpretada como uma ideia de obra a realizar” que possui a seu serviço “um poder de vontade” que é, para ela, um “órgão de governo”⁵⁴, para a realização de seu destino.

Acreditamos, então, que a ideia diretriz atua, para Hauriou como um princípio de identidade – ela é, por assim dizer, a própria alma da instituição. Por isso que ele a diferencia da meta e da função – ambos estão contidos na identidade da instituição, a identidade, contudo, as engloba e ultrapassa, possuindo, ao mesmo tempo, algo de mais fundamental e indefinido, compreensível a seus membros, mas não completamente articulável. A ideia diretriz, assim como a identidade, tem um aspecto de potencialidade, de algo que ainda *pode vir a ser*.

A instituição, assim como o ser humano, é alma e corpo: sua alma funciona como uma ideia diretriz e seu corpo é concebido como uma organização psicofísica, daí que:

se concedermos que o corpo é uma organização psicofísica e, por conseguinte, que as manifestações psíquicas fenomenais dependem dele, nada impede de admitir que o sistema dessas manifestações psíquicas seja da natureza dos agrupamentos. [...] isso está de acordo também com os dados psicofísicos da pluralidade dos estados de consciência e de sua síntese, reserva feita ao princípio vitalista da ideia diretriz (Hauriou, 2009, p. 34)

Nesse momento, Hauriou está argumentando que há um paralelo entre a natureza das manifestações coletivas presentes na instituição e uma coletividade interior de psiquismos que também entram em atrito na subjetividade humana. Nessa direção, afirma:

organização são fortemente aumentados e como que projetados numa tela, sua observação torna-se mais cômoda” (Hauriou, 2009, p. 31)

⁵³

⁵⁴ Cf. Hauriou, 2009, p. 32 e ss.

Como a condução dos agrupamentos não ocorre sem atritos, e sem manifestações contraditória, a hipótese concorda também com as constatações da introspecção psicológica no que diz respeito aos conflitos de consciência, às lutas interiores contra os instintos e as paixões, às deliberações internas nas quais parece se desenhar uma maioria e uma minoria antagonica, às reviravoltas da consciência, às conversões, etc. (Hauriou, 2009, p. 34)

Assim, é nessa crise de comunhão entre os psiquismos elementares do corpo que a própria ideia diretriz passa ao estado subjetivo. Esses psiquismos antagonicos, marcam o foro de deliberação introspectiva – a consciência discursiva. É esse nível de governo deliberante que marca nossa personalidade moral: “ele é deliberante e majoritário, ele admite a liberdade política interna, ou seja, a participação dos psiquismos elementares no governo. Isso sem dúvida num pensamento de controle e equilíbrio de um outro poder de governo”, que para Hauriou, é a própria razão.

Tomando por ponto de partida esse paradigma comparativo, Hauriou pretende estabelecer duas coisas: primeiro, o triplo movimento acima descrito de interiorização à personificação, sendo que o fenômeno principal é o da interiorização, que ocorre em dois estágios – primeiro na incorporação, depois na personificação; e, segundo, a realidade da personalidade moral do ponto de vista de sua formação natural.

O primeiro passo da interiorização é a incorporação. Tomando o exemplo da instituição Estado, temos que o Estado está incorporado quando possui um governo representativo que age para o bem comum, no âmbito da ideia diretriz. Aqui, o Estado adquire uma individualidade subjetiva. O segundo estágio, o da personificação, é alcançado quando ocorre a liberdade política com a participação dos cidadãos no governo, passando a existir manifestações de comunhão ativas (e não apenas o deixar-se conduzir passivamente pelo Estado – que ocorre no primeiro passo) em que os membros do grupo se envolvem nas decisões do governo.

Retomando o comparativo com a personalidade individual, Hauriou (2009, p. 35) mantém que: “A personificação ocorre porque as manifestações de comunhão dos membros do grupo são crises subjetivas nas quais a própria ideia diretriz do Estado passa ao estado subjetivo nas consciências dos sujeitos”. Ou seja, nesse momento, parece-nos, os sujeitos, então, dialogam com o *Estado*, eles concebem a ideia *Estado*, se relacionam e interferem com ela como algo vivo, ativo, pulsante. Não se trata apenas de uma ideia abstrata, mas de um ser real, que envolverá ações com repercussões sobre nossa nação, vida e ordem social, e que serão, daí por diante, passíveis de avaliação pelos membros. Essa consideração, traz o Estado a vida –

projeta-lhe uma personalidade e responsabilidade, reconhece-lhe um ser concreto do qual *eu*, ou cada membro, especificamente, fazemos parte.

A individualidade objetiva do corpo já era percebida na incorporação. A partir dali, já temos acesso ao grupo principal que opera em nome do coletivo, que expressa as vontades a partir da ideia dirigente, para o bem comum. O momento da personificação é o instante em que o poder majoritário e deliberante dos membros (a coletividade) combina-se ao poder minoritário e executivo (de uma elite), exercendo um tipo de controle avaliativo que atribui responsabilidade às ações dos que agem em nome da instituição. E, esse é o cerne do argumento, *essa responsabilidade moral é considerada, por Hauriou (2009, p. 37), a “suprema característica da personalidade”*.

A personalidade do sujeito marcada por psiquismos elementares aponta para possibilidades diversas de ação, o que implica possibilidade de escolha – e escolha é liberdade, e quem tem liberdade, tem responsabilidade. Personalidade moral, portanto, significa deliberação e agência responsável de um corpo individualizado ativo. É por isso que a personalidade moral da instituição só está completa com a participação dos membros no governo – é com eles, e para eles, em primeiro lugar, a quem a instituição prestará contas. “É esse controle da razão da elite pelos psiquismos elementares da massa que traz o último toque à responsabilidade moral, suprema característica da personalidade” (Hauriou, 2009, p. 37). É nesse sentido que, para Hauriou, a personalidade moral da instituição possui uma “formação natural”.

1.7. A duração da instituição

Agora, o problema da fundação da instituição, para Hauriou, é o mesmo de sua duração “porque uma ideia de obra ou de empresa, para melhor se realizar e se perpetuar, precisa encarnar-se numa instituição corporativa em vez de permanecer no estado livre num meio social dado?” (Hauriou, 2009, p 37).

Para entendermos essa questão, é necessário avaliar como se obtém a continuidade da ideia diretriz nos estágios da incorporação e da personificação. Em relação à incorporação, aqui, a continuidade é puramente objetiva, porque ainda não há comunhão que interesse a todos os membros do grupo. A primeira continuidade que se estabelece, é a de um poder minoritário – que é precária. Contudo, apenas o poder organizado, por mais precário que seja, pode criar e manter situações jurídicas e a realização social de uma ideia de obra depende da criação e

manutenção de situações jurídicas. “A incorporação da ideia diretriz numa instituição lhe assegura, portanto, graças à continuidade de ação do poder organizado que dela decorre, o estabelecimento e a manutenção de um conjunto de situações jurídicas no meio das quais é-lhe extremamente vantajoso mover-se” (Hauriou, 2009, p. 38-39).

Já no estágio de personificação a ideia diretiva passa ao estado subjetivo e se torna ação nas manifestações de comunhão entre seus membros. Mas de que modo ela se mantém? Como ela permanece, dura? Veja que as manifestações de comunhão são descontínuas, as vezes até raras, mas para que a ideia diretriz se torne sujeito da corporação, ela precisa ser considerada como se estivesse no estado subjetivo de modo contínuo. O sujeito moral parece contínuo na pessoa moral – o que faz com que, na instituição-pessoa, a ideia diretriz alcance uma continuidade do sujeito? Essa continuidade subjetiva é estabelecida pelo poder presente nos atos de vontade conscientes “que prolongam o efeito de uma manifestação subjetiva de vontade até que ele alcance a manifestação seguinte”. E, em Hauriou (2009, p. 40), a lei é aquela que regula o futuro “perpetuamente até que seja ab-rogada ou modificada”. A junção das manifestações de vontades ocorre por seu serviço à ideia diretriz, de modo que:

O verdadeiro sujeito da pessoa moral continua de fato a ideia diretriz da obra, cuja passagem ao estado subjetivo nas consciências dos membros do grupo é assegurada tanto pelas manifestações de comunhão quanto pelas projeções dos tentáculos do poder que as ligam entre si, poder do qual uma parte está na vontade dos órgãos, mas do qual uma parte também está na própria ideia diretriz (Hauriou, 2009, p. 41)

Então, na incorporação, a ideia recebe continuidade no estado objetivo; já na personificação, soma-se a isto, a continuidade no estado subjetivo, o que afere à ideia três benefícios, quais sejam: (1) o de poder exprimir-se, o que se dá por meio de regras de direito estatutário, as quais são, no momento de sua emissão, “vontades subjetivas do legislador que fala em nome da instituição”⁵⁵; (2) o de poder obrigar-se, com repercussões jurídicas; (3) e o de poder ser responsabilizada, que é o contraponto da liberdade.⁵⁶

É interessante observar a ressalva de Hauriou, que nos aponta que as “regras de direito não têm por objeto direto exprimir o conteúdo positivo da ideia diretriz da instituição. Quais são as leis do Estado que exprimem de modo direito o conteúdo positivo da ideia de Estado? [...] as regras de direito são essencialmente limites, elas desenham apenas os contornos das coisas, mas acontece que, indiretamente, pelo desenho dos contornos, o conteúdo positivo seja todavia, numa certa medida, determinado. Essa consequência ocorre sobretudo no que tange às regras estatutárias e constitucionais” (Hauriou, 2009, p. 41-42). Além disso, as expressões mais significativas da instituição não são jurídicas, mas morais ou intelectuais – Hauriou dá como exemplo “as declarações de direitos que exprimem o âmago da ideia do Estado moderno”.

⁵⁶ “No total, a continuidade subjetiva da personalidade moral completa e enriquece singularmente os efeitos da continuidade objetiva do corpo constituído; a personificação relata a incorporação; uma e outra asseguram de modo poderoso a realização da ideia objetiva no meio social” (Hauriou, 2009, p. 44)

A relação entre a incorporação e a personificação é a explicação que Hauriou oferece para a compreensão do fenômeno da duração das instituições. Parece-nos que no centro de tudo está a ideia diretriz, o poder e o direito, como os elementos que permitem que as instituições se prolonguem no tempo, pois é por meio de regras que instituições expressam vontades, vontades essas que prevalecem até que uma nova regra seja claramente estabelecida, reformulando ou anulando a anterior. Isso significa que a segurança jurídica é um elemento central para a duração e estabilidade das instituições. A clareza de como uma instituição funciona, ou do que é esperado em termos de ação ou coordenação entre seus membros, depende da clara compreensão das “vontades”, que apontam os fins e o modo de alcançá-los (ao mesmo tempo em que estão sujeitas à ideia diretriz – e por isso não são arbitrárias), daquela instituição.

Para Hauriou, o direito não é capaz de criar nada, uma vez que ele é um elemento de reação e não uma força de iniciativa ou de ação. Desse modo, a criação depende da ação humana e não do direito. Nada obstante, o direito opera como uma força que reage ao efeito corruptor do tempo, promovendo a duração da instituição. Nas palavras de Eric Milliard (1995, p. 399):

Para que o grupo não se dissolva, para que a ideia não se corrompa com o tempo, uma força deve reagir ao efeito corruptor do tempo: este é o papel do direito. Assim, não é a lei que cria a instituição, mas a instituição, e cada instituição, que necessariamente gera lei pelo processo que cria o *instituído* contra a tendência do *instituinte* de se dissolver com o tempo.”

Essa abordagem pode ser percebida na classificação de Hauriou das regras jurídicas entre direito estatutário, que garante os direitos individuais dos membros dentro da instituição; e o *direito disciplinário* (*droit disciplinaire*), que garante a coesão do grupo estabelecendo uma disciplina organizacional: direitos fundamentais, polícia coletiva (Hauriou, 1906 Apud Milliard, 1995, p. 399)

Em Hauriou, a coesão estatal é buscada através de meios jurídicos de fiscalização à serviço da coesão: a potência/o poder público à serviço da coesão coletiva. Ademais, a realidade social e o tempo são levados em consideração na relação com o poder que é limitado pelos direitos estatutários dos membros e pela ideia da obra que constitui ou funda a instituição. Para Hauriou, o coletivo está diretamente no indivíduo. A ideia objetiva não é percebida como a objetivação das consciências subjetivas. “Imediatamente objetiva, ela é diretamente comum aos indivíduos que a percebem e a fazem sua” (Milliard, 1995, p. 400).

1.8. Nascimento, vida e morte de instituições

Como dissemos acima, Hauriou considera que as instituições nascem, vivem e morrem juridicamente. Em relação a seu nascimento, ele ocorre pelo processo da fundação, por vias formais ou costumeiras. Hauriou não explica a via costumeira, temos, contudo, em Searle, uma tentativa de elaborar esse ponto⁵⁷ – e a transcrevemos no capítulo seguinte. Em relação à fundação de instituições formais, sua fundação pode ocorrer: ou por uma (i) vontade isolada, que dá origem a estabelecimentos em que não existe um grupo fixo de membros para perpetuar a fundação, antes, ele é substituído por um patrimônio designado especificamente para isto; ou por uma (ii) vontade comum, que geralmente origina corporações, em que há um grupo de membros interessados que perpetuam a fundação.

A fundação formal por vontade comum é constituída pelos seguintes elementos: (1) a manifestação de vontade comum com intenção de fundar; (2) a redação dos estatutos; (3) a organização de fato da instituição corporativa; e o (4) reconhecimento de sua personalidade jurídica. Destes, o elemento mais importante é a manifestação de vontade comum, uma vez que a existência do corpo constituído, nesse paradigma, se explica pela *fundação continuada*⁵⁸. Esse fator consensual, para Hauriou, é considerado tanto o fundamento jurídico da instituição, quanto de sua própria existência.

Além disso, essa existência de um corpo social que ultrapassa a longevidade dos fundadores e de suas vontades, não pode ser explicada apenas a partir da vontade dos próprios fundadores. Antes, a organização e a duração da instituição também se dão em razão da própria ideia diretriz da instituição fundada, que uma vez lançada ao meio social, “encontra novos aderentes, que serão novos fundadores porque continuarão a fundação” (Hauriou, 2009, p. 46).

Nessa continuidade na fundação por vontade comum existe um feixe de continuidade de consentimentos que é arquitetado por três fatores: (1) a unidade no objeto de consentimentos – este objeto é a ideia diretriz e sua forte atração; (2) a ação de um poder, uma vez que a atração da ideia nem sempre é suficiente, nem garante a voluntariedade de todas as manifestações de vontade. Antes, a formação do feixe de consentimentos paralelos é formada em parte por uma “vontade coagida”, em que decisões são tomadas por alguns, ou pela maioria, e os demais, ainda que contrários, aceitam o resultado final. Trata-se da intervenção do poder como elemento que produz dois resultados: (a) ele unifica os consentimentos, ainda que sob um determinado grau de coação, por exemplo, quando uma minoria perde no voto, mas vê-se obrigada, por uma série

⁵⁷ Cf. item 2.4.4.2.

⁵⁸ Isto é, a instituição continua existindo no meio social pela adesão de novos membros à ideia diretriz o que consiste em um gesto de fundação. Cada grupo, a seu próprio tempo, que adere à ideia diretriz, como que funda novamente a instituição, permitindo sua prolongada existência.

de fatores diversos, a permanecer na instituição; e o segundo resultado é que (b) o poder faz com que as decisões tomadas tenham valor jurídico, daí que Hauriou (2009, p. 48) afirma que “a ‘comunhão fundadora’ é uma operação do poder tanto quanto uma operação consensual”.

O poder e a ideia são elementos internos da instituição, já o terceiro e último fator do feixe de consentimentos, (3) o elo de um procedimento, é um elemento externo formal. A continuidade da fundação conta com adesões sucessivas e formalidades variadas e é necessário que tudo isto esteja ligado por um procedimento para que a operação fundadora obtenha a unidade de um ato jurídico. Os elementos subjetivos não são suficientes, uma vez que as adesões podem ser sucessivas e formalidades podem se multiplicar. Esses eventos variados, para que possam gerar o efeito pretendido de estabelecer o feixe de consentimento que perpetua a instituição, precisam estar ligados – o que faz essa ligação é um procedimento, que, sendo observado, atribui a esses vários atos seu caráter de operação fundadora.

Em conclusão, a personalidade moral da instituição nasce ao mesmo tempo que sua organização corporativa – isso não significa, contudo, que ela a precede. Disto, Hauriou afirma que:

A ideia de obra ou da empresa existe desde o início e [...] é mesmo o seu fermento que faz crescer a massa, mas, nesses primórdios, ela ainda não pode estar erigida na pessoa moral, porque ela não tem órgãos. Em outros termos, há petição de princípio em crer que os órgãos de uma pessoa moral sejam criados pela vontade da mesma, visto que, antes que uma pessoa moral tenha órgãos, ela não tem vontade. (Hauriou, 2009, p. 49)

E, então ele arremata:

A verdade é que a organização da pessoa moral é criada de fora para dentro pelos fundadores; a crise da fundação é subjetiva somente a *parte condentium*; quando a pessoa moral estiver criada e quando se tratar de seu governo, então as crises de comunhão às quais dará ensejo esse governo serão subjetivas a *parte personae conditae*. (Hauriou, 2009, p. 49)

Essa posição de Hauriou é uma resposta principalmente às posições subjetivistas do direito – uma vez que colocavam a origem do direito na vontade do Estado⁵⁹. Se o direito fosse um ato de vontade do Estado, como a criação do Estado poderia ser um ato jurídico? A teoria da instituição de Hauriou, portanto, é, antes de tudo, uma teoria do Estado. O objetivo de Hauriou, no trecho que acabamos de citar é mostrar que existe um elemento de poder na origem do Estado, um poder que é jurídico, e é este poder, dos fundadores da constituição, que opera a

⁵⁹ Hauriou, 2009, p. 14; Schmitz, 2018, parágrafo 39.

fundação do Estado – ou do regime de Estado. Essa é característica do poder constituinte – ele cria a organização da pessoa moral do Estado. E assim nasce a instituição.

Sua vida, em seguida, é assegurada por atos jurídicos – estatutos, decisões, assembleias, etc. No Estado, “o caráter jurídico das decisões pelas quais são asseguradas a marcha do governo e a da administração é tirada do poder; elas valem pelo poder que as tomou” (Hauriou, 2009, p. 50) e sua nulidade é requerida por recursos que combatam o “abuso do poder”.

Finalmente, para Hauriou, as instituições, embora concebidas para durar muito tempo, são perecíveis: “as vezes sua morte é causada por razões internas de má organização ou desgaste da ideia”; ou “por acidentes externos, desafetação ou hostilidade do meio social”. A morte da instituição se manifesta por um ato jurídico – ou elas são suprimidas por um poder externo; ou dissolvem-se por si mesmas “por meio de uma deliberação da assembleia geral de seus membros” (Hauriou, 2009, p. 51). De modo que, para Hauriou, a instituição é impregnada de juridicidade, do começo ao fim.

1.9.Considerações finais

Hauriou tem por fim observar e descrever os fenômenos associados à instituição, buscando compreender porque eles ocorrem daquela forma, pairando seu foco sobre os principais elementos da instituição, que são a ideia diretriz, o poder organizado e as manifestações de comunhão, e como a articulação entre eles revela a personalidade moral da instituição e o motivo de sua duração. Nesse marco, o cerne das razões pelas quais a instituição permanece, é encontrado no seu postulado da objetividade da ideia, em primeiro lugar, e na articulação do poder, em segundo. Ele considera, ainda, que a instituição se propaga entre gerações porque a sua ideia diretriz encontra novos aderentes ou adeptos, que a subjetivam, em um processo de internalização que leva à personalização e à ação, o que implica em uma fundação continuada da instituição ao longo das épocas.

Nas manifestações de comunhão, contudo, não é sempre a livre vontade e adesão a todos os fins da instituição que sustenta a associação. Às vezes, mesmo em deliberações por voto, há derrotados, que, entretanto, por razões prudenciais ou outras (não violentas), ainda percebem que retirar-se da instituição é um maior dano para si próprio do que permanecer nelas, apesar das discordâncias. Isso significa que pode existir um grau de coação, na deliberação e adesão a instituições – ou seja, não é apenas a ideia diretriz que mantém a instituição, mas o

estabelecimento de um poder organizado, capaz de deliberar e, ao fim, ver reconhecida suas decisões como vinculantes a todos os membros – um poder com autoridade para dirimir conflitos de coordenação social, diríamos.

Um outro elemento relevante é que as instituições, por meio de seus representantes, “expressam-se” juridicamente, por intermédio de normas que permanecem válidas até a elaboração de novas regras que revisem ou anulem a anterior – isto é, o direito é, também, um elemento fundamental para a duração e estabilidade das instituições, assim como parece ter uma relação direta com o poder, na medida em que, se as decisões de uma instituição não tiverem força jurídica (pelo menos aquelas decisões que dizem respeito a seu nascimento, aspectos fundamentais de sua existência e sua dissolução), ela não poderá seguir ou mesmo existir. Parece-nos que este último ponto está muito ligado a uma palavra que Hauriou nunca utilizou, qual seja, a autoridade. Isto é, o anteparo jurídico é uma das bases que contribuem para o elemento da autoridade nas instituições.

No fim, quando pensamos em nosso objeto, buscar construir uma teoria da instituição no paradigma neoclássico da lei natural, podemos nos articular com Hauriou da seguinte forma: em primeiro lugar, não concordamos com seu postulado da existência objetiva das ideias – nem, tampouco, discordamos completamente. Apenas acreditamos que não é um postulado verificável ou auto-evidente e, portanto, não contribui aos fins dessa investigação. Como veremos adiante, defendemos outro tipo de objetividade acerca do conhecimento de realidades morais – aquele dos bens humanos básicos.

Em segundo lugar, consideramos incompleta a explicação do fenômeno da duração e da propagação da ideia diretriz. Hauriou atribui ambos os fenômenos à objetividade da ideia diretriz. Contudo, a alusão à ideia como um ser objetivo parece levar a questão a um patamar quase místico, e não podemos concordar com essa explicação. Achamos, por isso, que tanto a duração, quanto a propagação da ideia encontram uma melhor explicação pelos postulados da teoria neoclássica da lei natural.

Desse modo, não se trata de uma existência ontológica objetiva da ideia “a ser descoberta no mundo”, mas sim do fato de compartilharmos uma natureza comum, que responde a bens humanos básicos e essa “comunhão na natureza”, se podemos chamar assim, consegue identificar objetos, e assim responder a ideias comuns, não por sua existência solta e invisível no mundo, mas antes por sua atratividade fincada em nossas próprias inclinações e potencialidades, de modo que a objetividade tem um grau de subjetividade desde o início.

Essa perspectiva contribui para a explicação de (ii) por que as instituições têm duração – de fato, existe uma ideia chave que expressa a identidade daquela instituição e, na medida em que associarmos aquela ideia a algum ou alguns aspectos realizadores do bem estar humano, continuaremos enxergando razões para manter aquela instituição, e ao longo de gerações novos adeptos surgirão, porque, na medida em que compartilhamos uma mesma natureza, e a instituição continua apresentando alguns aspectos realizadores daquela natureza, continuaremos percebendo razões para aderir a ela.

Em uma linguagem mais neoclássica, no que diz respeito à ideia diretriz da instituição, sua existência, sua duração e a adesão de novos membros a ela está diretamente relacionada com sua potencial contribuição para a realização da natureza humana – do lado da instituição – e com a adequada compreensão de suas inteligibilidades – do lado daqueles interessados nela.

Percebemos que há, em instituições, uma linguagem comum, mas uma discordância acerca de significados práticos. A ideia diretriz de Estado é identificada pela própria palavra – Estado. A ideia diretriz remete à identidade da instituição – ela evoca um propósito, uma meta, mas ela é mais do que isso. Ela inclui um elemento de idealismo, os sonhos do governo político, a liberdade, a proteção, etc. Todos nós temos uma noção e compartilhamos certas ideias do que é o Estado – mais concreta ou abstratamente. Contudo, ainda assim divergimos sobre em que deveria estar seu foco, seus fins, sua ação. A ideia do Estado, como Hauriou propõe explicar, é incorporada, e se torna uma pessoa (analogamente) com quem e contra quem discutimos, discordamos, acusamos.

O que queremos propor é que a ideia do Estado vem a materializar-se em nossas mentes com uma concretude similar à ideia da “cadeira” – o Estado, a família, o mercado, em um sentido analógico, são tão reais quando os objetos materiais que nos cercam, na medida em que eles compartilham com ele uma forma (no sentido metafísico). Isto não quer dizer que se trate de uma ideia que “vive lá fora”, mas que uma vez experienciada a instituição, é comprovada sua adequação, e sua compreensão se objetifica, não misticamente, mas pela experiência e razoabilidade prática. É como uma experiência com um *ser*, que todos percebemos que *é*, e, contudo, na descrição de suas inteligibilidades, que encarnam suas potencialidades e seus fins, podemos em alguns pontos (ou muitos) discordar, sem abrir mão de sua existência.

Desse modo, a instituição vive objetivamente e subjetivamente, reconhecemo-la e discordamos sobre ela. O máximo que podemos nos aproximar, em termos de definição específica de cada uma delas, sempre admitirá o gesto finnisiano que se abre a analogias,

possivelmente abrangendo casos centrais e casos periféricos. Quais serão os casos mais centrais de uma instituição? A resposta a isso sempre será dada a partir de uma análise das finalidades aos quais aquela instituição estará voltada, e sobre tais finalidades, poderemos razoavelmente discordar.

Na vida prática da instituição, a resposta final sobre seus fins sempre será dada por autoridade – seja em uma votação de maioria, seja pela competência pessoal administrativa. Isso implica que o curso de ação que uma instituição efetivamente toma depende da eficiência do poder e da adesão dos participantes à ideia diretriz. Isso não significa que o poder será reduzido à força. Como Hauriou buscou mostrar em sua obra “*La science sociale traditionnelle*”, instituições que tentem se manter exclusivamente pela força, estão fadadas ao fracasso – força é energia e energia acaba. O poder resumido à força não é capaz de garantir estabilidade às instituições – a não ser que ele seja acompanhado de uma ideia diretriz que encontre aderentes, ele ruirá. Mas o que faltou para elevar o pensamento de Hauriou foi a inquirição mais profunda do que motiva a ação humana na ideia diretriz. Não basta que exista uma ideia diretriz, essa ideia precisa ser *razoável*, ela precisa estar pautada em bens potencialmente realizadores da natureza humana. É o vislumbre do resultado da instanciamento de ações edificantes, proveitosas ou lucrativas no seio de instituições que as fará permanecer ou perecer – tenham ou não, inicialmente, sido fundadas pela força, pela revolução ou pela democracia.

Essa perspectiva eleva a instituição para um patamar fora da mera técnica. A diferença entre as instituições-pessoa e os objetos materiais está em que, justamente, além da estrutura material e técnica, instituições possuem um âmbito que se enquadra na terceira ordem da realidade – elas não são construções meramente técnicas, que são concluídas e exauridas. Antes, elas são abertas, em um movimento dialético com bens humanos básicos, elas respondem e são respostas a inclinações e decisões humanas. As instituições possuem um aspecto técnico, sem dúvida, mas a dimensão em que ela é mais propriamente uma entidade social é na sua dimensão moral, no sentido finnisiano, na dimensão da razoabilidade prática expressa em suas decisões.

O segundo elemento, o poder organizado, expressa-se na organização da instituição, leva a repartição de competências e é operado por algum tipo de regime representativo, uma vez que é pouco provável que todos consigam responder com unanimidade às demandas da instituição. Esse elemento é compatível com o princípio da subsidiariedade na teoria neoclássica. Não é possível tomarmos decisões sobre todas as realidades sociais que nos cercam. O princípio da subsidiariedade opera considerando que não caberá a instituições

maiores realizar por instituições menores aquilo que puder ser feito por elas próprias. Trataremos melhor deste princípio adiante. Por ora, basta sabermos que instituições ou instâncias superiores e mais distantes do indivíduo têm o papel de prestar assistência a instâncias ou instituições inferiores, para que possam realizar o que se propõem, em benefício das pessoas que participam tanto em uma, quanto na outra.

A representação, portanto, permite que instituições maiores continuem operando suas funções e o poder, aqui, permite que questões de divergência, que não podem ser resolvidas por unanimidade – seja pelo tamanho da instituição, seja pela divergência do grupo – sejam resolvidas por autoridade, na medida em que as decisões representativas têm valor jurídico e operante sobre os participantes na instituição, até que outra autoridade, com igual capacidade ou com capacidade de revisão judicial, entregue uma nova decisão que reverta o curso de ação posto em atividade pela primeira. Desse modo, vemos no elemento do poder de governo organizado tanto o elemento da autoridade, quanto o elemento da competência, e, viabilizando e efetivando essa moldura, está o direito.

As reflexões de Hauriou, sobre o último elemento, as manifestações de comunhão que se dão ao redor da ideia diretriz, nos fazem pensar nas análises finnisianas sobre comunidade. Parece-nos que existe, na manifestação de comunhão, um resultado primordial, que é a união do grupo ao redor da ideia, o que promove tanto a participação do grupo (remetendo-nos novamente ao princípio da subsidiariedade) nas deliberações da instituição, quanto contribui para a manutenção da instituição.

Já foi dito por sucessores de Finnis que a união é a coordenação de ações em um determinado plano para atingir um fim naquele mesmo plano⁶⁰. Manifestações de comunhão serão marcadas por coordenação de atividades unificadoras, com finalidades extraídas da ideia diretriz. Muitas vezes essas atividades serão marcadas por assembleias ou deliberações desse tipo – exposição de ideias e argumentações, para fins de decisões sobre futuras ações da instituição ou sobre sua própria existência. O ponto é que a união só será possível na medida em que o grupo seja capaz de identificar objetos comuns ao redor do qual suas ações possam estar coordenadas – ainda que seja em uma votação sobre a possível exclusão ou não de um determinado fim (nesse caso, a união se dará ao redor do fim de “votar” e tudo o que isto requer).

⁶⁰ What makes for unity is common action: activity toward common ends. Two things are part of a greater whole – are one – if they act as one, and they act as one if they coordinate toward one end that encompasses them both (ANDERSON; GEORGE; GIRGS, 2012, Loc. 400). (Uso esse modelo de indicação (“Loc.”) porque trata-se de material consultado em formato e-book, no equipamento Kindle, no qual não pude identificar paginação adequada.)

Ao mesmo tempo, as manifestações de comunhão espelham um outro lado do princípio da subsidiariedade, qual seja: que o indivíduo possa participar na tomada de decisões daquilo que diretamente lhe afeta. A construção da identidade do sujeito se dá apenas pela livre deliberação e ação⁶¹. Alguém não pode ser responsabilizado se não puder ter liberdade para agir. Desse modo, a possibilidade de participação direta, seja para crítica, renovação, ou manutenção, significa dar ao agente a possibilidade de influenciar sobre aquilo que, por vezes, afetará muitas coisas em seu próprio plano de vida – e quanto mais diretamente for a relação do indivíduo com a instituição, tanto mais forte será essa afetação. Esta possibilidade, por sua vez, contribui para a legitimidade da instituição na medida em que atribui a ela um elemento próprio do sujeito participante – sua razoabilidade prática, sua deliberação, sua escolha.

De todo o exposto, percebemos que a análise de Hauriou nos apresenta elementos fundamentais para que reflitamos sobre o nosso conceito de instituição, sendo muitos elementos articuláveis e potencialmente recepcionáveis (feitas algumas ressalvas) pela nova teoria da lei natural. Na sua análise fenomenológica, o autor se esforça por identificar seus principais elementos, a operação de sua fundação e as razões pelas quais ela permanece. Extraímos acima algumas possíveis aplicações e intersecções com a teoria neoclássica da lei natural, a fim de já adiantarmos por onde caminhará, no capítulo 4, a construção de nossa própria moldura institucional.

Antes, contudo, de passarmos a esse ponto, convém ainda ampliar os horizontes, explorando um autor contemporâneo, reconhecidamente institucionalista. Para este fim, escolhemos Neil MacCormick. Ao estudar a obra de MacCormick, percebemos que ele não trata a instituição como um objeto em si, ao modelo de Hauriou. Ele não extrai, explicitamente, seus elementos, articulação e razão de sua duração. Nada obstante, ele se dedica consideravelmente a explicar o que é o direito, e o direito, como vimos acima, é um modelo de instituição-coisa.

Com isso em mente, justificamos explorar a obra de MacCormick por duas razões: primeiro, MacCormick oferece uma visão do que seria uma instituição-coisa, ao tentar descrever o direito *desde a perspectiva institucional*. A proposta que fazemos, então, é buscar, na teoria do direito de MacCormick, os elementos fundamentais da instituição-coisa, o que traz

⁶¹ Esse argumento, diretamente apresentado na teoria neoclássica da lei natural (Cf. Finnis, 2007, pp. 147-148), está implícito na teoria da personalidade individual de Hauriou, exposta no item 1.6, e com mais clareza na obra de 1925.

organicidade e completude a essa tese – tendo explorado, acima, a instituição-pessoa, passamos agora à instituição-coisa.

A segunda razão é que, pela proximidade histórica, MacCormick está inserido em um debate moral e jurídico mais próximo de Finnis, com a construção também de uma significativa teoria moral que estabelece o fundamento de sua obra – assim como Finnis. Por isso, neste autor, podemos encontrar elementos de fundação mais bem articulados no campo da metaética do que em Hauriou, permitindo-nos, talvez, aprofundar ainda mais nossa posição.

2. O NEOINSTITUCIONALISMO PÓS-POSITIVISTA DE NEIL MACCORMICK

O objetivo desse capítulo é apresentar exegeticamente a teoria neoinstitucionalista de Neil MacCormick, buscando entender seus fundamentos e aplicações, para, à luz dela, refletirmos sobre uma possível teoria neoclássica institucional do direito, no paradigma finnisiano, valendo-nos de aproximações, recepcionando conceitos consonantes, ainda que em releitura, ou descartando o que nos pareça argumentos menos embasados no neoinstitucionalismo.

2.1.Hart como ponto de contato entre Neil MacCormick e John Finnis

Hart (1907-1992) foi responsável por uma grande transformação metodológica na teoria do direito. Antes de iniciar sua projeção filosófica, Hart teve grande experiência na prática jurídica, tendo litigado por 16 anos e servido no governo por algum tempo, antes de assumir o magistério junto à Universidade de Oxford. Isso significa que Hart, diferentemente de outros teóricos, não inicia a sua questão filosófica do direito a partir da teoria, mas da prática. Existe aqui alguma similaridade entre a caminhada de Hart e MacCormick na medida em que nosso autor também teve um período intenso de imersão no trabalho jurídico, na área legislativa, uma vez que, de 1999 a 2004, MacCormick tornou-se um dos 8 membros do Parlamento Europeu representantes da Escócia, suspendendo em parte seus estudos acadêmicos mais fundacionais. Hart terá grande influência sobre o pensamento de MacCormick e é, também, ponto comum com nosso principal referencial teórico, John Finnis, como veremos adiante. Por todas essas razões, vale uma breve incursão no pensamento de Hart, a fim de entendermos o contexto comum em que se inserem referenciais teóricos modernos.

Os temas centrais da Teoria do Direito hartiana definiram os debates da segunda metade do século XX. Sua metodologia pretendia compreender e descrever o direito em geral, despido de suas circunstâncias locais, pressupondo a separação entre direito e moral. Sua abordagem tinha a pretensão de ser descritiva, porém ele considerou que era necessário levar em consideração o ponto de vista interno, o que tornou a abordagem hermenêutica ou interpretativista. Segundo Postema (2011, p. 341), “essa abordagem *hermenêutica* ou interpretativa é necessária, ele [Hart] insistiu, se for para nossa teoria descritiva capturar adequadamente o caráter essencialmente *normativo* do direito”.

Para Hart, o direito é uma união de normas primárias e secundárias. Trata-se de uma questão de regras de tipos diferentes possuindo funções específicas dentro de um sistema unificado. As regras secundárias definem e *estabelecem instituições chave encarregadas de manter o sistema de normas*. “Essas incluem instituições fazedoras-do-direito, aplicadoras-do-direito e instituições que forçam-a-cumprir-o-direito. Assim, a teoria do direito de Hart era fundamentalmente *institucionalista*. Na sua visão, **o direito é fundamentalmente um sistema de normas institucionalizado**” (Postema, 2011, p. 341) (grifo nosso).

Tais instituições são definidas por regras sustentadas, em última análise, em uma regra de reconhecimento fundacional. A validade jurídica das normas, a partir dessa tese fundacionalista, é determinada pelos critérios de validade definidos pela regra do reconhecimento. Tal regra, a seu turno, tem sua existência e força normativa característica em razão da prática dos operadores do direito. O fato social dessa prática explica a existência do sistema institucionalizado do direito. “Assim, ainda que o direito seja um sistema de normas, nessa visão *convencionalista*, o direito é fundamentalmente uma questão de fatos sociais, onde os fatos sociais relevantes são a prática jurídica dos operadores do direito, que reconhecem o direito” (Postema, 2011, p. 342).

As cinco teses citadas, isto é, a metodologia hermenêutica, o normativismo, o institucionalismo, o fundacionalismo e o convencionalismo foram matéria de muito debate após a publicação de “O conceito de direito”. Entre os prodigiosos legatários do pensamento hartiano, Postema (2011), destaca o institucionalismo, de Neil MacCormick, e a Teoria da Lei Natural, de John Finnis.

MacCormick e Hart foram colegas e interlocutores nas reuniões e debates no Balliol College de Oxford de 1967 a 1972 (BERMEJO, 2010, p. 12). Hart claramente foi uma grande fonte de inspiração para MacCormick que inclusive escreveu uma obra intitulada “H. L. A. Hart” (primeira edição de 1981, traduzida ao espanhol em 2010), na qual traça uma reconstrução do pensamento de Hart, ao mesmo tempo em que revela um pouco da biografia e da personalidade desse autor.

Neil MacCormick, escocês, foi o principal autor que buscou cruzar a teoria positivista de Hart com os desenvolvimentos da filosofia jurídica pós-kelseniana, especialmente em diálogo com Ota Weinberger (Postema, 2011, p. 342). Esses dois autores juntos e individualmente, assentaram os fundamentos da teoria institucional do direito contemporânea. Como MacCormick deu continuidade no tema em obra própria, e pela necessidade do recorte teórico, elegemo-lo como nosso principal referencial teórico na presente investigação.

Como veremos adiante, há muitos pontos de contato entre as teorias de MacCormick e a teoria de Hart. Nesse sentido, facilmente percebemos o eco, por exemplo, do observador externo Hartiano, no observador ideal imparcial, de MacCormick. Ou ainda, a congruência de pensamentos que fundamentam as práticas sociais, com a ideia de expectativas mútuas e crenças comuns presentes no trabalho de MacCormick.

Não pretendemos, contudo, expandir o debate entre MacCormick e Hart. Tentamos apenas validar o ponto de contato entre dois autores chave desse trabalho, uma vez que Finnis também estará firmado no mesmo momento histórico e diálogo com Hart, a fim de demonstrar que ambos estão inseridos em um diálogo comum, em um mesmo período histórico, justificando, portanto, a eleição desse referencial.

2.2.Introdução ao autor

Neil MacCormick (1941-2009), mais conhecido por sua teoria da argumentação jurídica, é o nome mais conhecido associado à teoria da instituição no direito contemporaneamente. MacCormick dedicou-se à academia e por 43 anos, de 1966 a 2009, produziu diversos escritos em que, generosamente, compartilhou suas reflexões sobre o direito, a política, a moral e, até mesmo, questões de ordem metafísica.

A palestra “Law as institutional fact”⁶², proferida em 1973, marca o início de suas reflexões sobre o tema, que, diluído em muitos trabalhos, é finalmente integrado, amadurecido e exposto exhaustivamente pelo autor na obra “Institutions of Law”, publicada em 2007, dois anos antes de seu falecimento. A obra é consagrada como a terceira publicação de quatro volumes, na coleção “Law, State and Practical Reason”, da Editora Oxford, que pretende apresentar o cerne de sua teoria do direito e da argumentação jurídica. Em ordem de publicação, os volumes são: Questioning Sovereignty (1999); Retórica e Estado de Direito (2005)⁶³; Institutions of Law (2007); e Practical reason in Law and Morality (2008). Este último volume complementa o “Institutions of Law”, contribuindo com o desenvolvimento de uma teoria sobre a moral e a razão prática que fundamentam o plano último de todo o seu pensamento.

⁶² Cf. MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**. 2007, p. v.; MACCORMICK, Neil. Law as Institutional Fact. **Law Quarterly Review** 90. 1973, pp.102–29.

⁶³ Traduzida ao português por Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, como parte da coleção Teoria e Filosofia do Direito, coordenada pelo professor Dr. Ronaldo Porto Macedo e publicada em 2008 pela editora Elsevier.

Como o próprio autor declara, este livro, “Institutions of Law”, apresenta a sua versão da teoria institucional do direito, a qual, amadurecida, afastou-se das premissas positivistas presentes na palestra de 1973, passando a ser classificada, pelo próprio autor como “pós-positivista”⁶⁴. Isso ocorre uma vez que o autor introduz a necessidade de avaliar também a finalidade das instituições para se poder explicá-las, e não apenas as regras em si. Como ele expressa claramente no artigo “Norms, institutions, and institutional facts” de 1998⁶⁵, o entendimento adequado das instituições depende da compreensão das normas que a regem e, também, de uma adequada explicação de seu propósito. Vale a ressalva de que, apesar dessa abertura que foge à moldura normativa rígida, para MacCormick, o direito permanece conceitualmente distinto da moral em qualquer teoria em que a moralidade esteja centrada na ideia de autonomia, na medida em que o direito é uma ordem, senão totalmente, pelo menos relativamente heterônoma⁶⁶. Discutiremos as diferenças entre direito e moral adiante.

2.3.Método

MacCormick se vale do método analítico, em uma abordagem conceitual, para explicar o seu conceito de direito. Assim, ele começa afirmando e explicando os próprios termos da afirmação seguinte: “o direito é uma ordem normativa institucional”. Diferente da pretensão de construir uma abordagem avaliativa, MacCormick afirma que, antes, a tentativa de descrever o direito requer necessariamente a análise de valores e que isto não é um obstáculo ao conhecimento jurídico, afastando-se da pretensão positivista e do método científico que marcou a época de Hauriou.

O conhecimento jurídico é possível e não dispensa valores, ao contrário, toda afirmação sobre o direito institucional, jurídicas ou doutrinárias, descrevem o estado e suas instituições de acordo com o contexto. A compreensão de uma categoria prática como o direito é carregada de valores, de modo que para construir uma explicação sobre algum ramo do direito, é necessário primeiro expor os elementos valorativos essenciais àquele conjunto de leis (MacCormick, 2007, p. 291). Normas jurídicas, por exemplo, são objetos de pensamento. Elas existem como elementos de significado intersubjetivo disponível à compreensão humana por meio da interpretação. Elas não ocupam espaço, mas possuem uma existência continuada no

⁶⁴ MacCormick, 2007, p. v

⁶⁵ Cf. p. 302, 335-336.

⁶⁶ Cf. “The relative heteronomy of law”, 1995.

tempo⁶⁷. O resultado de pesquisas no direito são o conhecimento de normas e relações jurídicas e os valores aos quais elas estão orientadas (MacCormick, 2007, p. 292).

A clássica pretensão positivista de que o conhecimento objetivo deve ser avalorativo é abandonada por MacCormick. Não podemos reconhecer o que conta como um carro, ou uma pintura, a não ser que tenhamos por parâmetro uma boa instância daquele objeto de investigação. Decidir o que algo é, se é uma aula ou um ato político, depende de juízos de valores. Essa representação do caráter da explicação e descrição no campo das ciências sociais, MacCormick atribui ao trabalho de John Finnis.

Como veremos abaixo, na obra “Lei Natural e Direitos Naturais” (2007), Finnis argumentou que explicações de termos conceituais devem ser avançadas a partir do “significado focal”. Toda atividade humana se manifesta em muitas instâncias – algumas são exemplos mais claros, mais “focais” do que outras. “Isso é assim porque algumas instâncias melhor exemplificam os valores aos quais se considera que a atividade está propriamente orientada” (MacCormick, 2007, p. 295). Desse modo, não existe conhecimento objetivo avalorativo. A própria objetividade apenas importa enquanto valor no contexto de alguma busca por compreensão e verdade (MacCormick, 2007, p. 295). Não é a apresentação clara dos valores eleitos em uma teoria ou de sua defesa aberta, mas sim o encobrimento de tais valores que são problemáticos na construção de uma teoria no campo das ciências sociais. Nesse sentido, MacCormick afirma, no fechamento de sua obra que:

A falha em abertamente confrontar e explicar os valores relacionados, e defender suas propostas em relação a quais valores são relevantes, pode conferir ao trabalho sobre o direito uma aparente maior objetividade do que se uma adequada abertura fosse praticada. Mas esse encobrimento de uma orientação por valores, e não sua proclamação aberta, é que é ideológico em um sentido sinistro. Interpretação honesta, aberta sobre os valores que pressupõe e que é tão alerta às falhas do sistema, quanto aos seus sucessos, julgados a partir daqueles valores é a melhor objetividade disponível às ciências humanas, inclusive à teoria do direito. (MacCormick, 2007, p. 305)

Na medida em que o método abordado não ignora, mas incorpora a necessidade de avaliações, ele é, além de analítico, interpretativo, uma vez que busca entender as práticas e instituições de seres humanos nos termos daquilo que as torna inteligíveis e valorosas para seus participantes.

⁶⁷ Parece que essa “existência continuada no tempo”, com a manutenção de uma certa identidade, é uma marca fundamental das instituições.

No processo de institucionalização, a constituição de um Estado desempenha um papel central na medida em que ela estabelece a moldura normativa que define e empodera as várias agências institucionais do Estado⁶⁸, bem como define os limites dos poderes que elas exercem. A constituição é sempre apoiada por pressuposições ideológicas contestáveis articuladas por juristas na forma de “princípios constitucionais” ou “valores fundamentais da constituição”.

Enquanto Hauriou é um institucionalista por definição, tendo por objeto de suas inquirições a instituição em si, parece-nos que, no pensamento de MacCormick a instituição é acessória à compreensão do direito. Isto é, seu objeto primário não é a instituição em si, mas o conceito de direito.

2.4. Os elementos do direito enquanto instituição-coisa

Dito isto, tentaremos, ainda assim, compreender a teoria de MacCormick, pelas razões retromencionadas, a fim de buscarmos estabelecer, em sua proposta do direito, elementos da instituição-coisa em geral, e do direito em específico, úteis para a construção de nosso objeto. A ideia central de MacCormick é que o direito é uma ordem normativa institucional. Cada um desses termos revela os elementos que compõem o direito em sua construção – uma (1) ordem; uma ordem (2) normativa; e uma ordem normativa (3) institucional. Vejamos um a um.

2.4.1. A ordem

O primeiro elemento de sua concepção de direito é a ordem. A ideia central da teoria neoinstitucionalista é que o direito é uma ordem normativa institucional. Ordem normativa seria o gênero. A ordem normativa institucional um subgênero, o qual corresponde ao direito⁶⁹. Já o direito estatal seria uma espécie, dentre outras espécies de formas que se apresentam como

⁶⁸ Aqui, podemos ver claramente o poder constituinte descrito por Hauriou – a constituição do Estado é o documento jurídico de sua fundação. O poder constituinte, isto é, o grupo de interessados na ideia diretriz do estado, expressa a organização do corpo estabelecendo “a moldura normativa que define e empodera as várias agências institucionais do Estado” (princípio representativo e repartição de competência); “bem como define os limites dos poderes que elas exercem”, tornando o Estado um ente passível de ser responsabilizado, o que é um traço da personalidade moral.

⁶⁹ *Law belongs to the genus ‘normative order’, and is within that genus the particular species ‘Institutional normative order’* (MacCormick, 2007, p. 13). A divisão entre gênero e espécie ou subgênero não é algo taxativo. Vemos que na obra de 2007 (*Institutions of Law*) ele trata o direito como espécie; já no artigo de 2008 (*Ainda sobre Instituições*), ele o trata como subgênero. Essa divergência não é um problema de classificação ou de semântica – em ambos os trabalhos, o ponto do autor é o mesmo: apresentar a ordem jurídica como uma ordem normativa institucionalizada, o que é diferente de outros tipos de ordens normativas, que podem existir e não necessariamente estar institucionalizada.

ordens normativas institucionalizadas – a exemplo o direito canônico, as leis dos esportes e o direito internacional dos direitos humanos, todos eles são formas de direito, formas de ordem normativa institucionalizada⁷⁰. O que todos esses tipos possuem em comum é a aspiração à ordem – não no sentido de comando, mas no de ordenação, *orderliness*.

O elemento da ordem estaria intimamente relacionado com a ideia de normatividade, uma vez que a ordem prevalece na medida em que há a adequação de comportamentos a um padrão de conduta estipulado – implícita ou explicitamente – e para que essa adequação seja eficaz em ordenar, o conjunto de padrões deve somar uma totalidade racionalmente inteligível e ser considerado vinculante às pessoas no domínio ordenado (MacCormick, 2007, p.11), i.e., deve ter normatividade.

A explicação desse conceito é realizada, inicialmente, desde a perspectiva do usuário da norma (norm-user), e não daquele que aplica a norma. Para MacCormick, o uso de normas é um aspecto fundamental da natureza humana. Para ele, o fato antropológico fundamental do seu humano é a linguagem e o que a linguagem revela é que somos, antes de qualquer outra coisa, usuários de normas: “Linguagens possuem uma estrutura – gramática, sintaxe e semântica – que depende de normas altamente complexas que nunca foram conscientemente feitas por ninguém” (MacCormick, 2007, p. 1). É por essa razão que MacCormick inicia sua teoria desde a perspectiva do uso da norma, como veremos a seguir.

2.4.2. A normatividade

O segundo elemento é a normatividade. Mas o que seria o *normativo*? Para explicar o significado de normativo, MacCormick se vale de um exemplo comum e facilmente acessível a qualquer pessoa: a prática de fazer filas para obter uma vantagem ou serviço. Em alguns lugares nós observamos filas para entrar no ônibus, no metrô; a ordem dos carros em um engarrafamento; a fila do algodão doce em uma festa infantil. É uma prática que, em geral, parece a todos eficaz e relativamente justa. Não precisa funcionar perfeitamente, para ser satisfatória, porém, deve haver um limite mínimo de adesão para que a prática seja sustentável. “Esperar a vez na fila” implica em que mais de uma pessoa esteja envolvida na prática, sendo impossível ser a única pessoa que espera a vez.

⁷⁰ MacCormick, 2010, p. 254.

As pessoas que esperam a vez na fila o fazem porque acreditam que isso é o que *deve* ser feito. Esse “dever-ser” que dirige a ação é indicativo de um tipo de norma ou do caráter normativo das opiniões das pessoas situadas naquelas circunstâncias. Nesses contextos, a prática de fazer filas e esperar a vez é, portanto, normativa. A norma, nessa teoria, é um termo geral que engloba toda proposição de dever (*ought proposition*) explícita ou implícita que faz um papel julgador no pensamento prático de alguém e práticas normativas serão aquelas guiadas por proposições de dever-ser, sobre o que deve ou não ser feito, sobre o que é certo ou errado fazer⁷¹ (MacCormick, 1998, p. 304).

Fazer fila é uma prática normativa viável ainda que não haja uma regra específica, claramente postulada, a qual, todos, igualmente, façam referência, sobre a matéria. As pessoas sabem fazer fila e podem identificar transgressores e protestar contra os furos na fila, ainda que eles nunca tenham articulado claramente qual seria a norma que governa o assunto e suas nuances. Ou seja:

Esperar a vez é uma atividade essencialmente interpessoal e socialmente localizada que é orientada a uma opinião normativa comum. Mas a opinião comum não pressupõe nenhuma pré-articulação única da norma no coração da opinião normativa (MacCormick, 2007, p. 15)

MacCormick afirma que não há garantias de que a tentativa de articular uma norma para a prática da fila produziria, ao fim, um resultado unanimemente aceito, e ainda, aceito para esta fila, e aquela fila, e em todas as filas, em todos os diferentes contextos em que tal prática ocorre. Trata-se, por isso, de uma prática interpretativa e não há uma conceitualização ou articulação explícita *a priori*. Ainda assim, a prática subsiste ao ponto de gerar algum grau de ordem (*orderliness*), a qual pode ser explicada a partir de uma norma implícita sobre esperar a vez (*queuing*) cuja compreensão, se for explicitamente articulada, tornar-se-ia uma questão de debate interpretativo.

Então, esperar a vez é uma prática normativa porque em seu cerne há uma *expectativa comum* que molda tanto o meu comportamento, quanto minha expectativa sobre o comportamento dos demais, acerca do que deve ser feito em um determinado contexto. Além disso, esperar a vez também é uma ordem normativa não apenas porque estabelece, literalmente, uma ordem de preferência em que as pessoas receberão bens e serviços, mas também “porque, e na medida em que, podemos explicá-la por referência ao fato de que os atores estão guiando

⁷¹ A normatividade e a origem da obrigação a partir de considerações sobre o certo e o errado a ser feito é desenvolvida no trabalho “Practical reason in Law and Morality” (MacCormick, 2008), e exporemos abaixo seus fundamentos, centrais para o embasamento de sua teoria moral.

o que eles fazem a partir de uma opinião acerca do que eles e outros devem fazer” (MacCormick, 2007, p. 16). Cada um age a partir da compreensão de que todos estão orientados por uma opinião similar sobre o que deve ser feito, então eles aceitam, em comum, um tipo de ordenação, de padrão de comportamento⁷². Os seres humanos são marcadamente usuários de normas, e a observância de normas leva as pessoas a padrões de comportamento (MacCormick, 1998, p. 323).

A viabilidade dessa prática à revelia de um acordo claro acerca de sua ideia ou norma diretiva sugere, para MacCormick (2007, p. 17), a presença de alguma ideia ou grupo de ideias subjacentes⁷³ comuns que tornam a prática inteligível. Qualquer tentativa de expor explicitamente essa ideia governante, seria, contudo, uma interpretação potencialmente contestável⁷⁴. Nada obstante, não precisa existir uma única formulação normativa universalmente aceita – basta existir um consenso sobreposto suficiente para que a prática funcione satisfatoriamente.

MacCormick sugere então que, generalizando as reflexões sobre a prática de esperar a vez, existe a possibilidade de ordenação nos negócios humanos em alguns momentos, sobre algumas matérias, em alguns lugares. Existe ordem onde quer que as pessoas conduzam a si próprios em relação a outros a partir de uma opinião, que supõem ser uma opinião mútua, a respeito da coisa certa a ser feita. Temos crenças comuns cujo conteúdo é normativo e pessoas suficientes agem a partir delas, trazendo satisfação a tais crenças em condições normais e tratando casos de não conformidade com reprovação. Esse estado de coisas é capaz de gerar ordens normativas informais.

⁷² MacCormick apresenta o assunto como se o fator primordial que dirige a ação fosse a referência interpessoal sobre a posição dos outros. Conquanto a expectativa mútua sem dúvida desempenhe um papel na diretividade da ação de alguém, não podemos concordar com a premissa de sua primazia. O que as pessoas compartilham, em primeiro lugar, não é a referência à ação do outro, mas uma razoabilidade e capacidade de discernir bens e oportunidades que valem a pena ser realizados. Um desses bens é a razoabilidade prática que aponta, entre outras coisas, requisitos de razoabilidade prática. Um desses requisitos é a regra de ouro. A regra de ouro, por certo, parece ser compatível com o postulado de MacCormick sobre expectativas mútuas – não que eu trato o outro porque acredito que ele tratará da mesma forma, e sim que trato o outro porque sei que é isso que desejaria para mim. Essa perspectiva me dá razões para manter o caráter íntegro, mesmo diante da injustiça. Em segundo lugar, a perspectiva das expectativas mútuas não explica suficientemente a ação – a razoabilidade do objeto da ação. A aceitação de um tipo de ordenação ou padrão de conduta não se dá apenas por referência a expectativas mútuas, mas principalmente porque é razoável agir assim, porque esperar na fila, além de ser um modo mais eficaz de atingir o fim proposto, respeita a diretiva da realização humana integral, respeita o bem da amizade e harmonia com o outro, e respeita a regra de ouro, um requisito de razoabilidade prática.

⁷³ No paradigma da teoria neoclássica da lei natural, essas ideias estão assentadas na própria natureza humana e constituem as ideias que dirigem a ação, orientadas pela razoabilidade, pautada em bens humanos básicos.

⁷⁴ Interpretações variáveis e razoáveis são compatíveis com a pluralidade de bens que refletem a complexidade da natureza humana, unificados pelo primeiro princípio da moralidade.

2.4.3. A institucionalização

A ordem normativa pode ser formal ou informal. A ordem normativa informal é constituída por práticas normativas informais, pautadas em crenças comuns e normas implícitas com interpretações e compreensões mútuas sobrepostas. Temos formas de diferenciar o certo do errado, afirma MacCormick, e, mesmo em circunstâncias sem formalizações, encontramos opiniões convergentes e concepções sobrepostas sobre o que deve ser feito, de modo que há um tipo de ordem no nosso comportamento⁷⁵. Isso revela que os seres humanos são, fundamentalmente, seguidores de normas, cujas interações dependem de padrões reconhecidos mutuamente que podem ser articulados em termos de condutas certas ou erradas. Segundo MacCormick, “[c]ompreender esse uso das normas precede a compreensão de qualquer possibilidade de criar deliberadamente normas relevantes que vão se tornar padrões de comportamento” (MacCormick, 2007, p. 20).⁷⁶

Onde quer que não exista uma autoridade para dirimir questões de ordem, e, contudo, a ordem se mantenha a partir do arranjo das condutas sustentado por expectativas mútuas e reciprocamente atendidas, para este paradigma teórico, estaremos diante de uma ordem normativa informal.

A ordem normativa, contudo, não se restringe à informalidade. Pode ser, ainda, *institucionalizada*, que é o terceiro elemento de sua compreensão do direito. A institucionalização existe quando encontramos práticas normativas com duas camadas ou mais, o que ocorre quando as normas são expressamente formuladas e administradas por alusão a algum tipo de autoridade. A existência de normas embasadas por autoridade, promulgadas como regras depende desse tipo de prática com camadas. Nesse cenário, encontramos tanto seguidores de normas, quanto aqueles responsáveis por produzi-las e, possivelmente, administrá-las (*norm-givers*) (MacCormick, 2007, p. 286).

Nesse caso, a ordem que se estabelece não depende exclusivamente de crenças mútuas e consensos sobrepostos, ao contrário, ela é particularmente eficiente justamente quando há a

⁷⁵ Talvez os princípios primários da razão prática sejam uniformizados no primeiro princípio da moralidade, por isso é possível a convergência.

⁷⁶ Nas palavras do próprio MacCormick: “Para concluir: pode haver ordem normativa sem normas explicitamente formuladas. Isso acontece onde quer que normas implícitas sejam de fato amplamente observadas e respeitadas, sem nenhum outro elemento de supervisão, direção ou exigibilidade (enforcement) além daqueles constituídos pela pressão (não necessariamente universal ou identicamente expressa) da opinião comum normativa entre aqueles que interagem entre si. (MacCormick, 2007, p. 18).

necessidade de tomada de decisão para resolver problemas cuja solução não possa ser alcançada por unanimidade de crenças⁷⁷.

O direito do Estado e todo tipo de lei – dos esportes, direito canônico, direito internacional – seriam os tipos imanentes desse conceito. Uma ordem normativa institucional é o que o direito seria por definição nesse marco teórico. Isso significa que o Direito envolve a orientação de condutas humanas por meio de quadros normativos explicitamente estabelecidos e com alguma figura de autoridade capaz de resolver os eventuais conflitos que surjam dentro do sistema.

A ordem normativa formalizada ou institucionalizada ocorre com a inserção da figura da autoridade, que é uma segunda camada sobre a prática em si e, geralmente, vem acompanhada de uma articulação mais explícita da primeira camada. Em ordens normativas informais pode haver diferentes interpretações sobre convenções vagas. Já nas ordens normativas institucionais, existe a presença de alguma forma de autoridade responsável ou capaz de esclarecer qualquer obscuridade presente na norma⁷⁸.

Além disso, quando a instituição é formalizada se torna bem mais difícil resisti-la. No exemplo da fila, podemos considerar, por exemplo, que uma pessoa que não se sujeita à fila dos correios pode simplesmente ver o atendente recusando-lhe serviço. Mesmo uma pessoa que se julgue superior, e não ache que ela deva esperar a fila, poderia hesitar em furar a fila, uma vez que percebesse que não poderia fazer isso sem engajar-se, talvez até fisicamente, com outras pessoas. Regras que ela despreza, ainda assim a constroem a submissão⁷⁹.

Uma ordem normativa tem por definição o binômio errado / não-errado, ela guia a conduta na medida em que aponta o que pode ou não ser realizado; já a inserção de duas ou mais camadas, que é o fenômeno da institucionalização nessa teoria, com a criação de agências e, por conseguinte, poderes, relaciona-se à oposição válido/ inválido (MacCormick, 2007, p. 289). Ou seja, o que MacCormick parece estar dizendo é que o fenômeno da instituição acrescenta ao fenômeno da normatividade os seguintes elementos: (1) distribuição de competências e (2) autoridade para decidir de acordo com a sua competência⁸⁰.

⁷⁷ MacCormick está percebendo a realidade comunitária da instituição – a autoridade é um método eficiente de resolução de conflitos de coordenação social. Cf. Finnis, 2011c, p. 232 e seguintes.

⁷⁸ Se a autoridade é capaz de *esclarecer*, ela é capaz de *exprimir-se*. Não se trata, portanto, de uma instituição-coisa, mas da autoridade proveniente de uma instituição-pessoa.

⁷⁹ Mas em situações em que a ordem normativa é institucional, isso significará que existirá na instituição um elemento do poder.

⁸⁰ E o que é isso (distribuição de competência e representação), se não o elemento do poder organizado relatado por Hauriou? Cf. item 1.5.2.

Nesse marco, nossos poderes, direitos e deveres expressam juízos de fatos institucionais. Os fatos institucionais constituem essa realidade de quadros normativos que atribuem significado a conceitos e moldam condutas e expectativas humanas. O valor de sua teoria institucional do direito, afirma MacCormick, reside, exatamente, no fato de que ela mostraria como é possível descrever convincentemente fatos institucionais que pertencem ao contexto do estado relevante. Não é uma teoria que possa ser avançada sem considerar os valores aos quais instituições dessa natureza estão orientadas, o que envolve, por sua vez, a consideração das melhores representações possíveis desses valores para o contexto pretendido.

Vejamos um pouco melhor em que consistem os fatos institucionais.

2.4.4. Os fatos institucionais

Enquanto Hauriou, marcadamente impactado pelas descobertas científicas de sua época, é um idealista que se posiciona em defesa de ideias vivas, não criadas, acorrentadas no próprio tecido de fabricação da realidade metafísica, MacCormick argumenta que a realidade humana é composta por dois tipos de fatos – (1) fatos brutos e (2) fatos institucionais, ou seja, ele parece partir da perspectiva de que a realidade humana é exclusivamente construída socialmente. Ele credits essa concepção ontológica a Anscombe e Searle.

2.4.4.1. Anscombe

Anscombe tratou sobre essa questão em um ensaio intitulado “On brute facts” (1958). Nesse trabalho, Anscombe demonstrou que alguns significados de certas proposições não repousam no que está dito, mas dependem de pressupostos implícitos, ou mais precisamente, instituições implícitas, das quais retiramos seu significado, ainda que as instituições em si não sejam descritas naquelas proposições.

Citando uma reflexão de Hume, para quem a verdade consistiria em adequação ou relações de ideias, ou em questões de fato, ela reflete sobre onde encontramos o fundamento da origem das obrigações. A verdade, nos termos propostos por Hume, estaria sempre no campo do ser – é verdade que vinte xelins equivalem a 1 libra (adequação de ideias); também é verdade, um fato, que “o fornecedor me entregou 4 tomates”. Não se seguiria disso que eu devo a ele um valor monetário pelos tomates. Assim, Hume conclui que descrições não geram obrigações.

Contudo, a dívida existe. Estaria ela então embasada em algum fato além daqueles descritos no exemplo? A resposta de Anscombe é negativa. O dever foi estabelecido naqueles fatos, no contexto de nossas instituições. A proposição “eu devo ao fornecedor” não descreve nenhuma instituição, mas as pressupõe e depende da existência delas para fazer sentido⁸¹. E, em contextos normais, o que parece ser uma transação – ele me forneceu tomates – dessa natureza, é, efetivamente, uma transação dessa natureza, a não ser que haja circunstâncias especiais que lhe atribuam um caráter distinto⁸².

Os fatos brutos seriam aqueles que vingaram e que se relacionam com a verdade ou falsidade de uma afirmação. Por isso, proposições que, inicialmente poderiam não ser fatos brutos, seriam, em relação a outras proposições, vejamos o exemplo:

Comparado com suprir-me com quinze batatas, podemos chamar trazer quinze batatas a minha casa e deixá-las lá um “fato bruto”. Mas, em comparação com o fato que eu devo ao merceiro tal quantia de dinheiro, que ele me supriu com 15 batatas já é um fato bruto. (ANSCOMBE, 1958, p. 71)

Os fatos brutos, então, seriam aqueles dos quais depende a validade ou verdade de uma proposição. Eles seriam lidos, contudo, à luz de nossas instituições e seriam relativos, de modo que um fato, inicialmente não bruto – ele me forneceu batatas – subsidiado por fatos brutos – deixou as batatas na minha casa –, poderia tornar-se o fato bruto em relação a outra proposição, como “ele me forneceu batatas” em relação a “eu devo ao merceiro certo valor em dinheiro”. De modo que a proposição vinga, pautada na anterior, em uma abordagem que vai ao encontro de fatos cada vez mais brutos, ou crus, por assim dizer. E a obrigação não seria algo externo ao discurso, ou que se precisasse buscar fora dele. Antes, ela é encontrada no próprio discurso, validado por fatos brutos, no contexto de nossas instituições em circunstâncias normais, que são as circunstâncias presumidas até que a excepcionalidade seja externalizada.

Tais instituições não são descritas nas proposições, mas são fundamentais para que façamos sentido delas. Consideremos, por exemplo, o termo “fornecimento” e como ele é diferente do substantivo “tomate”. O primeiro termo só faz sentido à luz de relações de consumo, de mercado, de compra e venda. Tanto é assim, que se se tratasse de algo gratuito, diríamos que ele *doou* batatas, e não que *forneceu*. Esse é, em resumo, o ponto de partida de Anscombe, que deu luz a essa questão da realidade institucional pressuposta e significadora dos

⁸¹ Pressupõe, por exemplo, um mercado, um sistema de crédito e de moedas.

⁸² por exemplo, a transação ocorre dentro de um filme e o fornecedor dos tomates não espera, de fato, receber. Desse modo, “[c]ada descrição pressupõe um contexto de procedimentos normais, mas o contexto não é sequer implicitamente descrito pela descrição. Circunstâncias excepcionais podem sempre fazer a diferença, mas elas não entram em consideração sem uma razão” (Anscombe, 1958, p. 71).

discursos. Searle, a sua vez, radicaliza a premissa: não se trata apenas de instituições atribuírem significado à linguagem, mas de a linguagem em si ser responsável pela própria construção da realidade social.

2.4.4.2.Searle

Searle afirma que vivemos em um mar de fatos institucionais humanos. E assim como é difícil para os peixes verem a água em que vivem, para nós, também, não é espontânea a percepção das realidades sociais que nos cercam. Essa realidade é marcada por deontologias, as quais podem existir sem fatos institucionais, mas os fatos institucionais em si, não existem sem deontologia.

Fatos institucionais estariam relacionados a poderes deônticos e, para identificar se um fenômeno ou fato é genuinamente institucional, basta verificar se a sua existência implica poderes deônticos, poderes como aqueles de direitos, deveres, obrigações, requisitos e autorizações (Searle, 2010, p.91). Nesse marco, o teste para saber se um substantivo nomeia uma instituição é observar se sob aquela descrição o objeto nomeado possui poderes deônticos. A Igreja Católica e a propriedade privada, por exemplo, seriam instituições, a religião e o carro não (Searle, 2010, p. 92).

Para Searle, todos os fatos institucionais são criados e mantidos linguisticamente, mas assumem alguma forma de materialização no mundo real, criando ou mantendo ou estabelecendo alguma condição para o exercício de algum tipo de poder deôntico. Porque esses atos do discurso não estão restritos apenas a questões semânticas, quando Searle se refere a fatos institucionais, ele diz referir-se a fatos institucionais não-linguísticos. E quais são os procedimentos que criam a realidade institucional? Sobre essa pergunta de Searle, em particular, podemos identificá-la com o questionamento da fundação da instituição. A busca dos procedimentos que criam é a mesma que tenta compreender por qual processo se opera a fundação da instituição. E é isso que explanaremos brevemente a seguir.

Para Searle, o cerne da operação da fundação de uma instituição está resumido na seguinte asserção: Para extrair essa visão geral, ele expõe as seguintes fórmulas: “Todos os fatos institucionais são criados pela mesma operação lógica: a criação da realidade por meio de sua apresentação como se ela existisse” (Searle, 2010, p. 93). Ou seja, o ato mais importante para a criação de uma instituição é a linguagem. Mas como ela opera? A sua explicação do

processo de fundação é apresentada em fórmulas que partem do que poderia ser considerado o mais rudimentar para o mais complexo.

A primeira fórmula seria a seguinte: (a) *Nós (ou eu) defendemos por Declaração que a função de status Y existe*. Nesse caso, a função de status é aquela realizada por um objeto (s), pessoa (s), ou outro tipo de entidade (s) – como por exemplo, o limite territorial é a função status de um muro A – e que apenas pode ser realizada em virtude do fato de que a comunidade na qual a função é realizada atribui um certo status ao objeto (o status de limite territorial), pessoa, ou entidade em questão, e a função (não é permitida a ultrapassagem do limite territorial sem autorização) é realizada em virtude da aceitação coletiva ou reconhecimento do objeto, pessoa ou entidade como tendo aquele status (Searle, 2010, p. 94). Esse exemplo do muro é ainda mais claro na segunda fórmula, derivada da proposição anterior, apresentada como: (b) *Função de status Y em um objeto X num contexto C*.

A primeira e a segunda fórmula são basicamente a mesma. A diferença é que a segunda fórmula, e todas as demais, vão adicionando mais especificações e complexidade à fórmula inicial. As descrições (a) e (b), por exemplo, são fatos institucionais criados sem uma instituição prévia. Searle afirma que a forma lógica da transição entre ser uma linha de pedra e ser um limite territorial é essa da Declaração de Função de Status⁸³ (Searle, 2010, p. 96).

Ainda, outra formulação seria: (c) *X conta como Y em C*. Essa formulação trata de um tipo de regra constitutiva em contextos nos quais já existem instituições estabelecidas. “As regras constitutivas são Declarações que especificam as condições sob as quais certos fatos institucionais serão criados” (Searle, 2010, p.98). Nesse caso (X conta como Y em C), ninguém precisa fazer nada em relação a proposição, exceto aceitar suas consequências. É assim, por exemplo, na sucessão real em que o filho mais velho (X) conta como rei (Y) em caso de falecimento do rei anterior (c). Aqui, já temos uma instituição prévia, a monarquia.

O caso mais complexo, considera ele, é o da criação de corporações. Elas são criadas por normas que declaram que entidades que satisfaçam certas condições podem formar uma corporação por meio de outra Declaração, e a corporação passa a existir indefinidamente a não ser que outras condições ocorram.

No caso das corporações, não havia nenhum objeto pré-existente, como o muro, que passa a ser o limite territorial; ou o filho mais velho, que vem a ser reconhecido como o Rei. Antes, seguindo as declarações jurídicas pertinentes, emite-se uma nova declaração, por meio

⁸³ Mantemos a maiúscula para preservar o texto original, que diferencia a “Declaração” com a maiúscula a fim de ressaltar que se trata de um tipo de declaração específica – aquela capaz de criar a realidade institucional.

da qual a corporação simplesmente vem a existir. “O direito que autoriza a corporação é, ele mesmo, uma declaração que autoriza outras declarações a serem realizadas” (Searle, 2010, p. 99). Isso é expresso na seguinte formulação: *(d) Por Declaração fazemos com que para todo x que satisfaça um certo conjunto de condições p, x pode criar uma entidade com função status Y por Declaração em C.* E quando a corporação realmente é criada, temos a fórmula: *(e) Por Declaração fazemos com que uma entidade Y exista que tem as funções status F em C.* Uma observação feita por Searle (2010, p. 98), é que o objetivo da criação de corporações é criar um conjunto de relações de poder complexo e elaborado entre pessoas reais.

Então, vimos acima três casos diferentes – o primeiro, em que nenhuma instituição prévia existe (a e b); o segundo, em que existe uma instituição prévia (c), sendo que nesses dois primeiros casos, existe um objeto pré-existente (o muro que se torna o limite territorial ou o príncipe sucessor); e o terceiro caso (d e e) é aquele em que, por declaração, seguindo um procedimento declaratório pré-existente, criamos uma nova entidade. A estrutura lógica comum entre esses três casos é a seguinte: *Por Declaração fazemos com que a função status Y exista num contexto C.*

Essa fórmula pode ser implementada em diferentes moldes, como os já citados acima. Há casos em que temos o objeto prévio, x, e casos em que o próprio objeto se confunde com a função status Y. A partir do exposto, Searle aponta que existem pelo menos três etapas: (i) a primeira em que criamos a função status Y por declaração; (ii) em seguida, especificamos os poderes que acompanham a declaração, mostrando que não apenas criamos Y por Y, mas para atribuir poderes a pessoas reais relacionando-as ao status Y criado; e (iii) por fim, o reconhecimento coletivo permite o funcionamento dos poderes deônticos⁸⁴, de modo que os princípios gerais que criam e mantêm a realidade institucional em existência são as seguintes noções: (1) intencionalidade coletiva; (2) a atribuição de função; e (3) “uma linguagem rica o suficiente para permitir a criação de Declarações de funções de Status, incluindo regras constitutivas” (Searle, 2010, p. 101)

A existência de uma estrutura institucional prévia dispensa uma atitude separada de reconhecimento para cada fato institucional que ocorre dentro daquela estrutura. A aceitação do sistema, implica a aceitar os fatos dentro do sistema “porque o sistema consiste em conjuntos

⁸⁴ O que acontece por meio das seguintes fórmulas (Searle, 2010, p. 102):

(i) Por Declaração fazemos com que a função status Y exista num contexto C

(ii) Por Declaração fazemos com que a função status Y exista num contexto C e, ao fazermos isso, criamos uma relação R entre Y e uma certa pessoa ou pessoas S, tal que em virtude de SRY, S tem o poder de realizar atos (do tipo) A.

(iii) Reconhecemos coletivamente (Y existe em C e porque (SRY (S tem o poder (S faz A)))).

de Declarações, e satisfazer as condições postas por essas Declarações conta como constituir os fatos institucionais em questão” (SEARLE, 2010, p. 103)

O reconhecimento coletivo marca a manutenção, i.e., a existência continuada da função de status (*status function*). Essa continuação requer representações que funcionam como Declarações de Função de Status, isso porque a instituição e os fatos institucionais dentro dela apenas existem enquanto forem reconhecidos como tais e essa aceitação é marcada pelo efetivo uso dessa instituição e desses fatos por um vocabulário correspondente. “O uso contínuo do vocabulário mantém e reforça as funções de status existentes” (Searle, 2010, p. 104)⁸⁵.

Com relação à finalidade da construção de tais realidades, Searle a deposita na identificação de um elemento comum, qual seja: elas são estruturas autorizativas que aumentam o poder humano de várias formas. Searle reconhece que existe um elemento de restrição ou controle em instituições sociais – você não pode ser presidente se não for eleito, e.g. Contudo o propósito maior da criação de realidades institucionais seria criar e regular relações de poder entre pessoas.

Mas o objetivo final da criação da realidade institucional não é investir pessoas e objetos com algum status especial valioso em si mesmo, mas criar e regular relações de poder entre pessoas. A realidade social humana não é apenas sobre pessoas e objetos, é sobre as atividades das pessoas e sobre as relações de poder que não apenas governam, mas constituem aquelas atividades (Searle, 2010, p. 106)⁸⁶

Nesse ponto, discordamos de Searle. Conquanto claramente as relações de poder sejam mediadas nas instituições e isso seja um aspecto sobrepujante delas, as regulações de poder e por conseguinte, direitos e responsabilidades, nos parecem ser algo instrumental a um propósito maior ao qual aquela instituição serviria. Esse propósito final que daria corpo e inclusive seria o parâmetro para avaliar a moldura normativa (inclusive o direito) que regula os poderes, tanto em seu aspecto moral, quanto em sua razoabilidade (que é moral na teoria neoclássica da lei natural), seriam os bens humanos básicos, mediados pelo princípio da realização humana integral, conforme arguiremos adiante.

⁸⁵ É interessante o paralelo que Searle estabelece entre o poder de criação pela palavra de Deus e o poder de criação humano pela linguagem: “Deus pode criar luz dizendo 'haja luz!' Bem, nós não podemos criar luz, mas temos uma capacidade similar surpreendente. Podemos criar limites territoriais, reis, corporações dizendo algo equivalente a 'seja isso um limite territorial!' 'Que o filho mais velho seja o rei!' 'Que exista uma corporação!'" (Searle, 2010, p. 100).

⁸⁶ Isso é bem verdade porque é a atividade que materializa a existência. E há relações de poder, mas elas se estabelecem por antecipação a benefícios resultantes da participação na atividade e não, apenas, pelo desejo egoísta e arbitrário pelo poder. Eis a insuficiência explicativa de todas as propostas institucionais apresentadas até aqui: falta-lhes uma proposta teórica coerente e robusta sobre a ação humana livre e autoconstitutiva – algo oferecido pela lei natural,

Contudo, retomando nossa exposição, se não são por bens humanos básicos, por que as pessoas aceitam instituições e fatos institucionais? Para Searle, as pessoas os aceitam por interesse próprio, por mais poder, por ignorância (não possuem consciência crítica acerca daquelas realidades), pela impossibilidade de mudá-las, e por conformismo. Contudo, a par dessas vagas razões, ele acredita que não há uma resposta geral para a questão do que motiva a aceitação:

Mas, para além dessas afirmações vagas sobre como algumas instituições tendem a ser no interesse de todos, não há uma resposta geral para a questão de porque as pessoas aceitam instituições. De fato, há todo tipo de instituições em que as pessoas alegremente aceitam o que pareceria arranjos injustos. Podemos pensar sobre várias estruturas de classes, a posição baixa de mulheres em muitas sociedades, e a distribuição vastamente desproporcional de dinheiro, propriedade e poder (Searle, 2010, p. 107)

Note-se, como ponto de partida, que na citação acima Searle faz uma análise avaliativa a partir de critérios que são, eles mesmos, institucionais, afirmando que há instituições injustas: posição, poder, estrutura social, são todos construções ou conceitos que integram a realidade social. Se toda a realidade social fosse criada a partir da linguagem, a partir de qual critério a julgaríamos? A avaliação de que “a posição é baixa de mulheres em muitas sociedades, e a distribuição é vastamente desproporcional de dinheiro, propriedade e poder” pressupõe uma determinada visão moral igualitária. Contudo, se essas supostas injustiças se mantêm e isso é criação institucional, significaria que, naquela sociedade, a visão moral difere e uma descrição, portanto, de que as estruturas ali são injustas, nesse paradigma, seria uma descrição imprecisa daquela sociedade, porque ignoraria a perspectiva do participante, que como o próprio Searle afirmou “aceita o arranjo”.

Uma descrição avaliativa pressupõe um parâmetro a partir do qual se julga⁸⁷. É impossível descrever sem avaliar. A avaliação de instituições, portanto, também precisa ter clareza sobre critérios desse tipo, de outro modo, a realidade que ela constitui se bastaria e sendo ela o todo, não admitiria crítica. Veremos adiante duas propostas distintas de construção moral – a de MacCormick, fundamentada em sentimentos morais e máximas categóricas; e a de John Finnis, construída a partir da teoria neoclássica da lei natural, com ênfase nas capacidades racionais e inclinações humanas.

⁸⁷ Dito parâmetro é construído pela filosofia moral, é o objeto da disciplina da ética. Cf. Finnis, 2012.

Searle é um materialista, no sentido de que defende como requisito básico que todas as coisas no mundo real devem ser reduzidas a entidades de física e química. Mesmo corporações ou algum outro tipo de entidade que exista exclusivamente em termos jurídicos⁸⁸.

Nesses casos, fatos institucionais ainda se revertem em fatos brutos, mas esses fatos brutos são as pessoas e as marcas e sons que constituem representações linguísticas (Searle, 2010, p. 109)

Em suma, MacCormick afirma apoiar-se nos trabalhos de Searle sobre instituições sociais. As linhas gerais desse trabalho concluem que uma realidade institucional mínima requer (1) seres humanos; (2) intencionalidade, inclusive a coletiva e a capacidade de impor funções a objetos e pessoas; e (3) uma linguagem capaz de atos de discurso Declaratórios. E, para complementar, caso a função status Y seja do tipo flutuante e complexa, se for para ela persistir, é necessário haver também (4) linguagem escrita. Os casos “flutuantes”, isso é, casos em que não existe nenhum objeto físico prévio, a quem se atribui a função status Y, são os casos em que apenas humanos e linguagem são necessários para a forma específica da realidade institucional (Searle, 2010, p. 109).

No cerne do pensamento de Searle está a proposição de que a linguagem é constitutiva da realidade social. A linguagem escrita é especialmente relevante porque sua estabilidade permitiria a “criação e continuação de funções de status que não requerem nenhuma existência física além das próprias representações linguísticas” (Searle, 2010, p. 115). Uma vez que você tem uma linguagem comum, não é mais o caso de se perguntar, “como eles formam uma sociedade”; antes, a presença da linguagem comum significa que a sociedade já está lá. (Searle, 2010, p. 122)⁸⁹.

⁸⁸ Cf. Searle, 2010, p. 108: “Se pensarmos, como devemos, que todos os fatos institucionais devem reverter em fatos brutos, como então, lidamos com esses casos que parecem ter uma ontologia flutuante no espaço?”

⁸⁹ Por que a linguagem é especial? Porque não é apenas mais uma instituição? A linguagem é a primeira instituição social: “Você pode imaginar uma sociedade que tem linguagem, mas não possui governo, propriedade, casamento ou dinheiro. Mas você não pode imaginar uma sociedade que tenha um governo, propriedade, casamento e dinheiro, mas não tenha linguagem” (Searle, 2010, p. 109). A linguagem é constitutiva da realidade social. Mas, qual, exatamente, é a forma do ato de discurso por meio do qual a realidade institucional é criada? Toda a realidade institucional é criada por Declarações, mas a linguagem em si, não o é. Qual a diferença entre fatos institucionais linguísticos e não-linguísticos? Fatos institucionais não-linguísticos requerem representações linguísticas coletivamente reconhecidas para existir. Para além das convenções que criam o significado, requer ainda uma convenção fora da linguagem. Para que declarações como: estar casados ou declarar- guerra - sejam afirmações válidas sobre pessoas ou fatos, é necessário que o declarante esteja em uma posição em que algum elemento fora dessa declaração lhe dá poder para criar o fato institucional correspondente. Esse poder é criado por linguagem. “Os casos não-linguísticos requerem Declarações de Funções de Status para poderem realizar sua função” (Searle, 2010, p. 112). Já os casos linguísticos, não requerem representações linguísticas para além das próprias sentenças, tudo o que requerem é significado – a neve é branca, o céu é azul. No primeiro tipo, o significado é usado para criar poderes que vão além da linguagem. Neste segundo caso, contudo, a linguagem não apresenta poderes que vão além da linguagem. O significado da expressão em si não é suficiente para que alguém case – antes, é

Searle, portanto, apresentou importantes contribuições para a análise institucional desde a perspectiva da filosofia da linguagem. Como veremos a seguir, contudo, a recepção desse trabalho por MacCormick é um tanto questionável.

2.4.4.3. *MacCormick*

MacCormick em vários trabalhos remete à ideia de fatos institucionais como parte de sua teoria institucional. Ele atribui o crédito dessa concepção a Anscombe e a Searle. Nada obstante, apesar de apoiar-se neles, não me parece que há uma recepção absoluta das concepções deles, havendo, na verdade, uma leitura inspirada, mas ainda própria, de MacCormick sobre os fatos institucionais, culminando em uma teoria dos fatos institucionais que não se identifica com nenhuma das duas anteriores.

Nesse diapasão, MacCormick entende que a realidade humana é constituída por, pelo menos, dois tipos de fatos – os fatos brutos, que correspondem à realidade material, e fatos institucionais, os quais dependem de uma interpretação que se dá por referência a uma moldura normativa.

Em relação aos fatos brutos, vimos que em Anscombe esse conceito é circunstancialmente determinado. De modo que descrições que explicam uma proposição podem ser consideradas fatos brutos de uma proposição que em si, não o é. Nada obstante, em relação a outra proposição, essa primeira pode vir a ser considerada um fato bruto. MacCormick, por outro lado, parece estar aludindo realmente à materialidade, dividindo a

necessário a observância de outras regras e convenções. “Em si mesmo, o único poder que o significado (semântica) possui é de representar condições de satisfação [...]; mas em Declarações não-linguísticas de Funções de Status, fazemos mais do que representar: nós criamos. **Usamos os poderes da semântica para criar poderes que vão além da semântica** (Searle, 2010, p. 114)” (Grifo nosso). Existe uma diferença entre meras disposições de comportamento e casos em que há uma deontologia institucional. Este último, só pode existir se for representado como existente, de modo que essa deontologia requer linguagem. Sem a linguagem, há apenas desejos e crenças junto com disposições. Para chegarmos, contudo, ao ponto em que reconhecemos obrigações, precisamos do conceito de obrigação, porque precisamos ser capazes de representar algo como uma obrigação “isto é, algo que te dá uma razão para a ação independente de suas inclinações e desejos” (Searle, 2010, p. 96). Mas, se todos os fatos institucionais são criados por Declaração, como podemos explicar fatos tais como homicídio doloso, que não são atos de discurso? Esses eventos físicos constituem fatos institucionais porque existe uma Declaração que designa funções de status a esses eventos físicos. “A regra declara que satisfazer tais e tais condições conta como um certo tipo de fato institucional” (Searle, 2010, p. 98). Se os fatos institucionais existem apenas porque acreditamos que eles existem, então como é possível descobrirmos novos fatos acerca deles? É possível haver fatos independentes de intencionalidade sobre fenômenos dependentes de intencionalidade. Compra, venda, juros, lucros, todos são fenômenos da segunda categoria. Mas a “recessão”, por exemplo, é um produto não intencional de ações que ocorrem no comércio e envolvem esses fenômenos intencionalmente dirigidos. Se as pessoas não acreditassem no dinheiro, esse fenômeno não existiria. A recessão, contudo, ainda existiria, ainda que as pessoas não cressem nela (Searle, 2010, p. 117).

realidade em duas esferas: as percepções materiais disponíveis aos sentidos (fatos brutos) – o plástico do cartão de crédito, o metal do relógio; e o campo conceitual, com repercussões práticas, institucionalmente construído por meio de normas e dela dependentes para fins de adequada compreensão.

Explorando um pouco mais o exemplo do cartão de crédito, ele assevera que um pedaço de plástico retangular, desde uma perspectiva de fatos brutos, é, apenas um pedaço de plástico. Contudo, podemos identificar um pedaço de plástico retangular em particular como um cartão de crédito. Essa interpretação, que nos leva além dos fatos brutos, depende para ele de um conjunto de regras, jurídicas ou de outra natureza, que perfazem relações de consumo, de atendimento ao cliente, de juros, direitos e obrigações, entre outras. É essa moldura normativa que dá significado ao objeto físico para além do plástico. Sem ela, a interpretação daquele objeto como cartão de crédito é impossível.

Fatos institucionais seriam elementos onipresentes e inerentes da realidade social. Nas palavras do autor, uma realidade social institucional pode ser verificada se:

[...] refletirmos sobre que outras informações são necessárias além dos meros fatos físicos para podermos perceber o plástico como cartão de crédito [...]. Existe um conjunto formidável de regras jurídicas ou de outra natureza [...] Sem elas, esses objetos perderiam (ou lhes faltaria) seu significado atual. A interpretação das coisas e de seu uso a partir de regras relevantes é o que faz com que tais objetos físicos possuam o significado que possuem (MacCormick, 2007, p. 11-12)

A explicação sobre fatos institucionais depende da compreensão da moldura normativa que pressupõe finalidades. Ou seja, um observador externo, completamente alheio à prática, teria dificuldades de descrever exatamente o que é aquele pedaço de plástico, como outra coisa além de um pedaço de plástico se ele não conhecesse as nuances relacionadas ao sistema de crédito e a tecnologia que o acompanha. Tomando por exemplo a tentativa dos comissários de Lilipute em descrever o relógio de Gulliver, na obra “As viagens de Gulliver”, MacCormick reflete sobre porque eles não são capazes de descrever completamente o relógio. Conseguem descrever bem o aspecto externo do objeto, mas a descrição do relógio desde a perspectiva externa não dá conta de explicar o seu verdadeiro significado, isso porque sua existência no mundo social está relacionada a uma moldura normativa que lhe confere valor e significado. É por essa razão que, mais do que um objeto de metal, ou fato bruto, o relógio é também um fato institucional.

Aqui, me parece que MacCormick se afasta da teoria de Searle, na medida em que sua abordagem carece de uma análise mais direta sobre relações de poder. Lembrando que, como vimos, em Searle, o teste para identificarmos se estamos diante de uma instituição ou não, é

observar se aquela realidade implica poderes deônticos. Para Eric Milliard (1995), MacCormick, pelo menos em seus primeiros trabalhos⁹⁰, exclui o fenômeno do poder de sua análise, e, por isso, não se pode dizer que ela é, de fato, uma análise de tipo institucional (Milliard, 1995, p. 402)⁹¹.

Nada obstante o ponto de partida positivista, com o amadurecimento de sua teoria, MacCormick abandona esse paradigma. Em um dos poucos momentos que MacCormick diretamente define instituições em sua obra, ele afirma sobre elas o seguinte: as instituições seriam instâncias recorrentes de práticas ordenadas imputáveis a normas iguais ou similares (MacCormick, 2007, p. 32). Ou seja, se o conceito apresentado de forma tão casual for, de fato, o resultado de suas reflexões sobre instituição, no cerne de sua análise institucional estaria, primeiramente, uma abordagem normativa. A instituição está sujeita à norma. Essas instâncias recebem nome e são passíveis de identificação – diríamos até que elas recebem não apenas nome, porém mais ainda, elas recebem identidade, uma identidade intrinsecamente relacionada com as normas que a regem e que são também responsáveis por identificá-las. Dança de salão, fazer fila, orar, participar numa corrida, em uma linguagem ordinária, são consideradas por MacCormick como exemplos de instituições, ainda que bem informais, assim como juízo sobre elas são juízos de fatos institucionais. Assim, o que é central para sua abordagem, são as normas e molduras normativas que ordenam condutas e definem instituições.

Isso não significa dizer que os fatos institucionais não tenham suporte físico, porém, como bem observou o comentarista Bengoetxea (2015, p. 217):

[...] essa possível existência bruta não determina seu significado e sentido, são as normas definidoras (principalmente as constitutivas) que outorgam tal sentido e tais normas são sociais, ou melhor, culturais, no sentido de compartilhadas intersubjetivamente e simbólicas

Os fatos institucionais pressupõem a existência de regras de conduta existentes em sistemas de normas. Em se tratando do direito, de normas jurídicas. Afirma “que um ‘sistema’ jurídico” que existe em algum lugar é uma forma de dar conta de um tipo de ordem social que opera em dito lugar e por isso o direito é um importante fator que explica a existência de ordem

⁹⁰ Escritos em coautoria com Otta Weinberger, Cf., por exemplo, MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**. 2ª ed. Holanda: D. Reidel Publishing Company, 1992.

⁹¹ Cf. Milliard, 1995, p. 402: “[...] ao excluir mais uma vez o fenômeno do poder do campo da análise jurídica, os autores demonstram que sua pesquisa é, de fato, como afirmam, uma ‘nova abordagem ao positivismo jurídico’ (Id.) e não uma análise do tipo institucional como temos abordado até agora. A instituição é para eles uma referência dentro da análise normativa, e não uma modalidade que permite ampliar essa análise obrigando-a a repensá-la”.

e ordenação (*orderliness*), de modo que constitui uma ordem institucional. (Bengoetxea, 2015, pp. 216-217).

Conquanto a ideia seja coerente, do fato de que realidades institucionais pressupõem regras de conduta não se segue que esta seja sua origem⁹². De fato, toda instituição possui algum tipo de normatividade, mas a instituição não advém da normatividade. Como defendeu Hauriou, as regras de direito são um princípio de limitação transacional aos poderes individuais e das instituições e, enquanto tal, constituiriam um “deplorável instrumento de criação”. Atribuir a origem da instituição às regras, é trocar a criação pela duração. Antes, as regras de direito são, para instituições, “um elemento de conservação e duração” (Hauriou, 2009, p. 16).

As regras de uma instituição, sua repartição de poderes e competências, ou qualquer outro fator desta ordem normativa apenas são capazes de organizar a instituição porque estão a serviço dela. Isto é, concordamos também com o postulado de Hauriou de que a ideia diretriz, ou mais precisamente, uma versão revisada dela, possui, de fato, primazia na instituição. É a partir dessa ideia principal que objetivos e metas podem ser coordenados. E, por fim, essa coordenação se dará por meio de regras, bem como a expressão de outros atos de vontade, planos ou projetos da instituição.

A visão de MacCormick, atribuindo o significado das instituições a molduras normativas é compatível com sua visão antropológica, segundo a qual o ser humano é um usuário de normas, antes de ser um promulgador. De fato, é possível apreendermos muito sobre uma instituição olhando para a moldura normativa que a rege, contudo, a pergunta principal para a compreensão de qualquer instituição, ou ação institucional (ou humana), sempre será finalística – por que se está fazendo isso? A própria realidade normativa só faz sentido a partir dessa pergunta, que é central no pensamento finnisiano.

Nada obstante, os elementos que MacCormick escolheu para definir o direito, uma ordem normativa institucional, parece-nos que podem ser formulados como um paradigma para a descrição de qualquer tipo de instituição-coisa. Pensemos no exemplo da moeda: como a moeda pode ser considerada uma instituição? Seria por sua existência no metal? Não. Antes, a moeda é considerada uma instituição na medida em que ela estabelece um tipo de ordem nos assuntos humanos – um meio para a troca de bens e serviços. Mas não basta que ela estabeleça uma ordem, essa ordem precisa ser normativa – e ela é: sem a moeda daquele país você não

⁹² Hauriou critica a tentativa de atribuir às regras de direito a criação das instituições. As regras, como ele as entende, são instrumentos de limitação transacional dos poderes individuais e das instituições, e, enquanto tais, constituem um instrumento pobre de criação. As regras são, para a instituição, um elemento de continuidade, mas não o seu elemento formador. Hauriou, 2009, p. 16-18.

compra, nem contrata serviços. Mas não basta ser normativo, precisa ser *institucional* – o que isso significa? Como tentamos descrever acima, para MacCormick institucional significa que existe uma segunda camada vestida de autoridade para decidir sobre dubiedades na moldura normativa da instituição. Por essa descrição, é claro, para nós, que o termo *institucional* se refere a presença de instituições-pessoa: instituições vestidas de autoridade, com capacidade de expressão, pela presença de um poder organizado, com competências e representação, reconhecida socialmente e mantida sua existência por manifestações de comunhão ao redor dela.

O argumento que estamos sustentando nesse último ponto é o mesmo de Hauriou, qual seja: toda instituição-coisa é, de certo modo parasitária, no sentido de que sua existência e poder depende de uma outra existência – a da instituição-pessoa, que pode ser uma ou várias, mas no fim, é a autoridade da instituição-pessoa que poderá fazer com que a instituição-coisa prevaleça ou pereça. Considere outro exemplo de instituição-coisa: o dogma católico. Ele estabelece uma ordem para as ações humanas (pelo menos para a ação dos aderentes da ideia diretriz e participantes na prática), com comandos sobre o que se pode ou não realizar. Comandos esses vestidos de normatividade cuja autoridade repousa na instituição-pessoa da Igreja Católica.

Essa compreensão de instituições coisa também é compatível com a posição de Searle. Para Searle, o teste para sabermos se um substantivo descreve uma instituição é considerarmos se ele gera poderes deônticos. Quando definimos a instituição-coisa como uma ordem normativa institucionalizada, toda e qualquer instituição dessa natureza gerará poderes deônticos – pois é justamente disto que se tratam as proposições normativas: de orientações de “dever-ser”, desenhando obrigações e gerando, por conseguinte, direitos e responsabilidades, ou, em outras palavras, poderes deônticos.

Com esses apontamentos finais sobre os elementos da instituição-coisa, vamos agora aprofundar a visão de normatividade de MacCormick. Como Finnis, MacCormick também parte da premissa metodológica de que não existe neutralidade descritiva. A qualidade da teoria social não depende de uma suposta postura avaliativa neutra, e sim da exposição clara dos valores que o teórico considera importantes para a análise, bem como as razões de tal consideração. Por isso, como Finnis, MacCormick possui uma teoria ética que parte da autonomia Kantiana e culmina, após o devido amadurecimento, na perspectiva do espectador ideal imparcial, uma junção entre o imperativo categórico kantiano e a teoria dos sentimentos morais de Adam Smith.

2.5.Moral (I): Autônoma, dialógica, controversa e universal

MacCormick inicia suas reflexões sobre a moral com uma inspiração marcadamente kantiana, apontando como suas principais características que ela é autônoma, dialógica, controversa e universal. São também essas as características que ele apontará que diferenciam o fenômeno moral do fenômeno jurídico, posteriormente⁹³. A sua concepção de autonomia ocupa o cerne de suas reflexões, todas as outras características são derivadas dela, e ele a define como:

A autonomia é uma qualidade de pessoas, isto é, de agentes conscientes, que definem sua vontade de acordo com juízos razoáveis baseados em informações derivadas por meio dos sentidos internos e externos e adquiridas em conversas com outros ou pela leitura e reflexão. Por meio dessa vontade racional eles constroem e agem a partir de conclusões a respeito de direitos e deveres que são inerentemente universalizáveis (MacCormick, 2007, p. 250)

Ou seja, do excerto acima, percebemos que o centro da ideia de autonomia está embasado na concepção kantiana de que cada agente seria uma lei para si mesmo (da leitura no inglês – “a law unto himself”) e sua lei moral seria aquela que ele razoavelmente julga que determina o que é certo ou errado para ele mesmo, não apenas privadamente, mas desde uma perspectiva universal, de modo que o que lhe parece certo é considerado certo para todos, e não apenas para ele. Com a inclusão da universalidade, MacCormick evita que a autonomia seja reduzida a arbitrariedades egoístas e acrescenta um grau de objetividade e imparcialidade à sua proposta.

MacCormick distingue questões morais sobre exigências e proibições universalizáveis de questões éticas sobre a “vida boa”. Segundo ele, neste último ponto, “a autonomia permanece, mas a universalidade retrocede”. E, ele segue: “O que considero como vida boa⁹⁴

⁹³ Cf. item 2.7.2.

⁹⁴ Em relação a suas alegações sobre a vida boa, paira no ar a dúvida de se, nesse momento então, o agente estaria liberado de reflexões autônomas universalizáveis em suas decisões pessoais (uma vez que a universalidade retrocede), ou se, antes, o “retrocesso da universalidade” diria respeito apenas ao fato de que nas considerações sobre a boa vida, o agente precisa estar situado em sua própria realidade, e, levando em consideração aquelas circunstâncias específicas e próprias, suas escolhas são universalizáveis, ao mesmo tempo em que são situadas, pelo elemento concreto presente no processo deliberativo. A diferença entre uma e outra postura é extremamente significativa. Se por trás da ideia de MacCormick de vida boa estiver a primeira postura, MacCormick estará assumindo o mesmo posicionamento de Rawls em relação ao objeto da ação humana, isto é, MacCormick está concordando com Rawls que os bens humanos, que são objeto de escolha e deliberação humanas, são relativos. Trata-se de uma concepção restrita de bens que pressupõe o que Finnis chama de “bens experienciáveis”, pautados em desejos arbitrários, em oposição a bens inteligíveis, verdadeiramente realizadores da natureza humana. Contra essa visão, Finnis desenvolve uma crítica contundente na obra “Fundamentos da Ética” (Finnis, 2012); confira ainda nosso sub item 2.3 sobre o ceticismo moral, em Riker, 2020, pp. 93-110; ; Cf. item 3.3.1 abaixo.

é, certamente, aquilo que eu, autonomamente, desenho para mim mesmo, aquilo pelo qual eu assumo responsabilidade” (MacCormick, 2007, p. 249).

O contraste da autonomia é a heteronomia. A heteronomia se define pela imposição normativa sobre o agente, alheia a sua vontade, de modo que o agente não é aquele que decidiu sobre o certo e o errado naquela norma, antes, isto lhe é imposto, e, portanto, a avaliação de justiça prévia a imposição da norma não seria de responsabilidade do agente, mas daquele que emitiu a norma.

A capacidade moral plena é aquela em que a deliberação e decisão são processos e conclusões autônomas às quais o indivíduo chega analisando a evidência disponível, à luz do quadro geral de seus compromissos e crenças morais. O sujeito junta tudo isso em um conjunto de princípios práticos coerentes e consistentes que “convém [befits] a um agente racional possuir” (MacCormick, 2007, p. 251). Nossa posição moral inicialmente seria recebida por meio da tradição ou outras influências externas, de modo predominantemente heterônomo e iria se refinando por meio da reflexão crítica, vivência e diálogos honestos com posições divergentes. A partir disto, o sujeito vai construindo autonomamente sua própria posição moral.

O segundo passo é o entendimento de que a percepção de nossa própria autonomia implica o reconhecimento da autonomia do outro e, daí, a igualdade entre todos os agentes morais. À luz dessa igualdade surge a característica dialógica da moral no sentido de que qualquer coordenação moral de opiniões morais só pode vir pelo alcance de conclusões independentemente endossadas, ou seja, em deliberações e discussões não coercivas. A deliberação moral, portanto, deve proceder por meio do “diálogo” e nunca em um viés não-dialógico, pelo recurso a jogos de poder ou truques retóricos, por exemplo (MacCormick, 2007, p. 251-252). Ninguém pode apresentar as respostas com autoridade conclusiva para o outro consistentemente com a afirmação do caráter essencial autônomo do pensamento moral⁹⁵.

O pensamento moral, portanto, seria autônomo e dialógico. Além disso, da autonomia se extrairia, ainda, a terceira característica da moral pois, uma vez que cada um enfrenta as questões morais de maneira autônoma, as opiniões morais poderiam, ainda, ser controversas. Pessoas razoáveis e inteligentes, refletindo sobre os mesmos problemas, afirma MacCormick, podem alcançar conclusões divergentes ou até completamente opostas, o que o leva a concluir sobre a moralidade que ela é “intrinsecamente autônoma; e, por consequência, é também tanto dialógica quanto controversa” (MacCormick, 2007, p. 251), nos termos explicados acima.

⁹⁵ Um importante lembrete para a Academia nos dias de hoje.

A quarta característica diz respeito à universalidade e a posição de MacCormick assevera que a deliberação moral passa por considerações ao mesmo tempo autônomas e universais sobre o que deve ser feito em uma determinada situação. Inicialmente, parece existir uma tensão entre a autonomia e a universalidade, pois como a moral poderia ser ao mesmo tempo universal, o que aparentemente implica em uma lei que nos sujeita, e autônoma, o que pressupõe uma lei que é, antes, criada pelo agente moral? De acordo com MacCormick, a sua universalidade está em que, no processo deliberativo, as considerações normativas que irão dirigir a conduta do agente, devem ser aquelas que, em tal circunstância, sejam consideradas válidas para ele e para todos. A autonomia, por outro lado, é preservada na medida em que é sem coação que o agente delibera e chega a suas próprias conclusões sobre o curso de ação a ser tomado.

As linhas apresentadas acima tocam as primeiras posições de MacCormick e os primeiros trabalhos sobre a questão da relação entre a moral e o direito, sendo as quatro características citadas – autonomia, diálogo, controvérsia e a universalidade – os elementos específicos da moral. Nada obstante, suas reflexões foram largamente aprofundadas e refinadas, dando luz à obra “*Practical reason in Law and Morality*” (2008), um dos últimos trabalhos publicados pelo autor em vida⁹⁶.

A fim de estabelecermos algum nível de intersecção entre as teorias éticas de MacCormick e Finnis, o principal aspecto da teoria moral de MacCormick que nos interessaria elaborar diz respeito à origem da moral, bem como ao processo de deliberação, escolha e ação moral do agente, uma vez que são igualmente esses os principais elementos presentes na teoria de Finnis, que, assim como o nome da obra de MacCormick indica, é também uma teoria da razão prática.

2.6.Moral (II): Empatia, sentimentos e o espectador ideal imparcial

Inicialmente, as reflexões de MacCormick acontecem ao redor da ideia de normatividade e o fato de que toda ordem normativa é contextualmente determinada. Nesse marco, ele diferencia a atuação dos conceitos certo/errado daquela dos termos bom/ruim. Os conceitos de certo e errado constituem categorias que afetam nosso pensamento prático e conduta. No livro “*Practical Reason in Law and Morality*” (2008), principal referencial desse

⁹⁶ MacCormick faleceu em 2009.

tópico, MacCormick afirma que o conceito ‘errado’ funciona como uma razão excludente na formação de juízos deliberativos. Nesse sentido, existe uma conexão entre fazer algo errado e fazer algo ruim. Nada obstante, bom e ruim são conceitos gradativos – algo pode ser melhor ou pior. Adjetivar um ato como errado, por outro lado, é dizer que sua realização não deve sequer ser considerada. A norma, então, não é uma orientação que necessariamente aponta o bom/ruim de uma ação, mas sim um termo geral que engloba toda proposição de dever (*ought proposition*) explícita ou implícita que faz um papel julgador no pensamento prático de alguém, de modo que as práticas normativas serão aquelas guiadas por proposições de “dever-ser”, sobre o que deve ou não ser feito, sobre o que é certo ou errado fazer⁹⁷ (MacCormick, 1998, p. 304).

Como antecipamos acima, esse errado depende de pontos de vistas e contextos de julgamento, de modo que eles sempre são errados sob uma descrição. Cada contexto de julgamento é, para MacCormick, uma ordem normativa – que pode estar institucionalizada ou não. Desse modo, atos e omissões podem ser errados ou não, de acordo com um determinado contexto de uma dada ordem normativa e sob determinada descrição, que é realizada em termos universais (MacCormick, 2008, p. 50).

A moralidade é vista por MacCormick como um contexto de juízos normativos não-institucionalizado. Nesse sentido, ele afirma (2008, p. 50) que o contexto moral é o mais abrangente, abarcante de todos: “*The moral context is the unbounded context, unlike all others*”⁹⁸. Apesar de não ser institucionalizada, a moralidade possui muitas normas e práticas convencionais, bem como interage com os domínios das ordens institucionalizadas⁹⁹.

As normas e práticas convencionais estabelecidas pela moral, por sua vez, dirão respeito às “formas como as pessoas podem alcançar um tipo de coordenação ordenada por meio do modo como elas se orientam em direção a outros em algum aspecto particular de sua conduta” (MacCormick, 2008, p. 51). Para MacCormick, o cerne do pensamento moral e o fundamento de normas convencionais, i.e., não-institucionalizadas, serão as expectativas e crenças mútuas.

O conceito de expectativas mútuas é uma peça-chave importantíssima na teoria deste autor. As expectativas mútuas consistem em um conjunto de expectativas que propulsionam

⁹⁷ A normatividade e a origem da obrigação a partir de considerações sobre o certo e o errado a ser feito é desenvolvida no trabalho “*Practical reason in Law and Morality*” (2008), e exporemos abaixo seus fundamentos, centrais para o embasamento de sua teoria moral.

⁹⁸ Itálico adicionado por nós, por se tratar de citação não traduzida.

⁹⁹ A visão de MacCormick da moral como uma ordem normativa não institucional é compatível com a definição de instituição-coisa que propomos, isto é, a moral *não é* uma instituição-coisa, apesar de ser uma ordem normativa, justamente por faltar-lhe a dependência em instituições-pessoa.

certos cursos de ação em detrimento de outros na medida em que, porque eu espero ser tratado de uma determinada forma pelos demais, e acredito que os demais reciprocamente esperam que eu os trate assim, e, acreditando que eu serei, de fato, tratado de igual modo, na medida em que eles também o sejam, vejo justificada a exigência do comportamento (MacCormick, 2008, p. 52).

MacCormick entende que todos os contextos de tratamento sempre possuem como pano de fundo essa expectativa. Mas será que não existiriam exigências absolutas, de abstenção de violência gratuita contra alguém ou de assassinato, por exemplo? Nesses casos, a exigência pareceria justificada ainda que não existissem expectativas mútuas. Adicionaríamos a isso, que esse valor radical atribuído a norma, mesmo em um contexto de ausência de expectativas mútuas, possuiria grande relevância para considerações sobre direitos fundamentais.

MacCormick, contudo, advoga que não podemos fugir do quadro de expectativas mútuas. O momento em que essa norma de não-violência passa a existir e é algo em que possamos nos apoiar, forma um contexto idêntico aos casos de coordenação e crenças mútuas: minha crença de que você acredita que não deve usar a violência contra mim conquanto eu acredite que não deva usá-la contra você, e aja com base nessa crença, encontra em você uma crença mútua em relação a mim. Essas expectativas mútuas definem padrões de comportamento sobre o certo e o errado e temos então, uma norma convencional contra a violência. Isso indica, para ele, que a sociabilidade humana e a empatia estão no cerne da normatividade:

Temos nossas próprias razões básicas para buscar a paz e tentar mantê-la, dada nossa necessidade de coexistência comunal com outros. Nossa capacidade de conceber a dor de outros como se fosse nossa é uma razão para não infligir tal dor mesmo que não sejamos sempre capazes de nos conter, ou que as circunstâncias de legítima defesa tornem razoável a execução do ato. Assegurar a paz comunitária ou diminuição de conflito é sempre um motivo racional de ação, e todos que refletem sobre a vida humana provavelmente irão reconhecer isso (MacCormick, 2008, p. 53).

Normas comuns reconhecidas podem ser o fundamento de exigências mútuas ou recíprocas. Se eu digo que você não pode me atacar, o que considero que justifica essa demanda é o mesmo fundamento que justifica a mesma demanda, sua contra mim, em condição oposta. Temos razões pautadas em simpatia e consideração de interesses próprios e do outro para buscar e apoiar situações sociais em que exigências mútuas ou recíprocas são possíveis.

O que eu devo fazer por você é aquilo que você poderia justificadamente exigir que eu fizesse caso eu falhasse em fazê-lo sem você pedir. Não se trata tanto de termos uma vontade comum, mas de termos vontades que são mutuamente referenciáveis e recíprocas. [...] A ideia de uma conduta de alguém para com outra pessoa ser 'obrigatória', não apenas benéfica ou desejável, depende, parece, desse conceito de **exigência justificável** (MacCormick, 2008, p. 55-56) **Grifo nosso.**

A expectativa mútua, então, parece desempenhar um papel primordial na obrigação, na medida em que ela nos permitiria perceber uma exigência como justificável.

Agora como a conduta em relação a outra pessoa efetivamente se torna obrigatória? Seria a “exigência justificável” citada o fundamento da obrigação, ou seria a exigência justificável porque a conduta é obrigatória, e, se for assim, como explicar as obrigações?

2.6.1. *Entre Kant e Smith: o princípio categórico Smithiano*

Como mencionamos no item anterior, MacCormick, ao menos inicialmente, tem Kant por principal referencial teórico no campo moral, especialmente em relação à centralidade da autonomia para a definição da moral em contraponto a ordens normativas heterônomas. Com a experiência e a reflexão, MacCormick une à perspectiva kantiana, o sentimentalismo de Adam Smith, justamente na tentativa de suprir o que ele considera “um obstáculo” no imperativo categórico (explicado adiante), dando origem ao que ele chamará de imperativo categórico Smithiano. Faremos, a seguir, uma breve exposição da ordem de seus pensamentos – de Kant a Smith –, a fim de compreendermos sua conclusão acerca do espectador ideal imparcial e o lugar do imperativo categórico em seu processo deliberativo, que dá origem ao princípio moral de MacCormick.

Como sabemos, para Kant, o fundamento das obrigações não estaria nas demandas justificáveis, mas em uma ordem ideal sumarizada no imperativo categórico: “age de tal modo que a máxima que guia a sua ação pudesse, por meio de sua vontade, tornar-se uma lei universal da natureza”, de tal modo que a verdadeira obrigação estaria relacionada a atos exigidos por tal ordem normativa ideal (MacCormick, 2008, p. 56). MacCormick considera esse postulado uma explicação frágil e incompleta, na medida em que, ainda que essa linha de pensamento seja um ideal inspirador e útil para a crítica de práticas morais e instituições sociais, ela se torna um ideal demasiadamente abstrato quando pensamos no nosso senso de obrigação e nos nossos juízos sobre certo e errado.

Adam Smith é um autor, *prima facie*, em direta oposição a Kant. Enquanto Kant é um idealista racionalista, Smith é um sentimentalista, da ordem de David Hume. Adam Smith foca as obrigações a partir de uma abordagem naturalista de paixões e sentimentos humanos, sendo muito importante a este aporte teórico a capacidade de empatia, no sentido de que os sentimentos possuiriam um grande impacto sobre nós, não apenas a dor e o prazer que recebemos diretamente, ou provocamos, mas também aqueles sentimentos que vemos atingir o

outro. Esses sentimentos de indignação, raiva, gratidão, entre tantos outros, seria a fundação da nossa capacidade para juízos morais.

O juízo moral, ele [Adam Smith] afirma, é baseado em um senso de aprovação ou de reprovação de nossa própria conduta ou da de outros. Como aprovação ou reprovação são sentimentos nossos que podem nos mover à ação, o caráter prático da moralidade é suficientemente garantido por ter essa base sentimental. Os atos que considero obrigatórios que eu realize são aqueles cuja realização eu aprovo, e cuja falha em realizar me levaria a reprovar a mim mesmo. **As simpatias humanas compartilhadas tornam provável que você** (assim como todas as outras pessoas) irá, ou iria se estivesse ciente de tudo o que é relevante, **aprovar ou reprovar igualmente. A motivação moral é uma questão de evitar a reprovação, tanto pelo agente, quanto pelos outros ao redor** (MacCormick, 2008, p. 57-58) Grifos nossos.

Mas como fazemos a ponte entre a simpatia pelos sentimentos alheios e a aprovação ou reprovação moral? Isso se daria, na teoria de Smith, por meio da reflexão sobre sentimentos viscerais, os mais primitivos possíveis. Considerando a natureza humana, revela-se que todo ser humano possui impulsos sociais que os fazem buscar viver em harmonia com os outros e são, ainda, seres dotados de capacidade de simpatia – não apenas sentimos a nossa dor, mas também a dor do outro. Essa dor alheia, e não apenas a própria, provoca em nós o desejo de vingar o outro, de retribuição. Essa reação não seria uma questão de reflexão, mas de pura psicologia humana, no sentido de que somos capazes e efetivamente simpatizamos com a dor do outro. “A capacidade para simpatia está embutida no caráter social dos humanos. Podemos ser sociáveis porque podemos empatizar. Temos simpatia porque vivemos socialmente, não em isolamento mútuo” (MacCormick, 2008, p. 58). Desse modo, “Cada ser humano é um observador e um participante da cena social” (MacCormick, 2008, p. 58).

Conquanto sejamos capazes de empatizar com a dor do outro, esse sentimento nos atinge de forma menos intensa e, por isso, nessa condição, somos capazes de julgar um pouco mais adequadamente sobre qual seria uma reação proporcional à ofensa. O que foi diretamente ofendido, por outro lado, por vezes pode querer ter uma reação absolutamente desproporcional, mas percebe que precisa moderar sua reação de acordo com aquela do espectador para que a resposta seja considerada razoável. Na teoria de Smith, então, “[s]entimentos empáticos e originais podem então convergir até certo grau e prover uma base para uma resposta medida adequadamente provavelmente na forma de uma punição juridicamente administrada” (MacCormick, 2008, p. 58).

A simpatia, desse modo, proveria uma medida tanto para a resposta a uma conduta ofensiva, quanto para definir o teto da medida apropriada dessa resposta. Devendo, contudo, sofrer duas correções: primeiro, como seres humanos constroem afinidades e preferências – amigos, famílias –, para que seja possível um julgamento moral objetivo, isso deve ser feito a

partir da perspectiva do espectador imparcial – no caso, ou a situação é realmente apresentada a um espectador assim, ou cultivamos em nós mesmos uma capacidade de abstração a fim de sermos imparciais ou nos esforçarmos para alcançar ao menos uma imparcialidade fingida. Em segundo lugar, o segundo elemento que ajuda a corrigir o juízo moral pautado em sentimentos morais de simpatia seria o conhecimento das circunstâncias, motivos e intenções que envolvem a conduta infratora.

À luz do exposto, o ponto relevante para a tese construída por MacCormick é que nossos juízos poderiam ser construídos pelo modelo de um espectador ideal imparcial. Nesse sentido, ele considera que faz parte de nossos juízos sobre certo e errado a revisão de respostas imediatas de sentimentos tendo por parâmetro sentimentos que julgamos imputáveis a alguém situado igual a mim, mas dotado de imparcialidade perfeita e conhecimento completo (MacCormick, 2008, p. 59) – esse alguém, é o espectador ideal imparcial¹⁰⁰.

Apesar de as pessoas serem afetadas por seus próprios sentimentos, o que as leva a cultivar a perspectiva do espectador imparcial, e não aderir a cada sentimento visceral, seria o caráter social humano, que nos faz perceber que “[é] desagradável ter reações desconexas com a de outros. A resposta do ‘espectador ideal’ a um incidente porque ela é imparcial e bem informada, pode ser a resposta de todas as pessoas” (MacCormick, 2008, p. 59).

Para preservar os sentimentos e mutualidade e solidariedade em uma comunidade moral, todo mundo tem uma razão para aceitar a resposta do espectador e adequar seus próprios sentimentos viscerais. Isso é assim, ainda que aquele que adota a posição do espectador ideal aceite implicitamente que seu próprio interesse imediato não prevaleça inquestionavelmente no dilema em consideração. Nesse ponto, parece, nos movemos para além de mera aprovação ou reprovação sentida para um juízo sobre o que é errado ou inapropriado, ou certo e apropriado. Estando plenamente cientes dos sentimentos complexos que *tornam* um caso moralmente significativo, chegamos a um juízo sobre um equilíbrio apropriado entre eles, e esse é o nosso juízo sobre o que é certo ou errado no caso (MacCormick, 2008, p. 60)

Ou seja, apesar da forte influência dos sentimentos morais, o juízo moral não é um juízo de sentimentos apenas, e sim um juízo que, levando em consideração os sentimentos *que tornam* o caso moralmente significativo, busca uma posição privilegiada para avaliá-lo: aquela do observador ideal imparcial – e, dessa posição, procura um juízo equilibrado sobre o certo e

¹⁰⁰ A figura do espectador ideal imparcial nos remete, imediatamente, ao elemento hermenêutico da perspectiva do observador interno da teoria de Hart. Aporte metodológico também utilizado na teoria de Finnis. Hart, contudo, o utiliza na explicação do direito, já Finnis explora mais profundamente e desenvolve essa abordagem num viés metodológico mais abrangente, aplicando-o para todo tipo de análise social, que pretenda descrever qualquer fenômeno social, sejam práticas culturais, o direito ou a, até mesmo, a moral. MacCormick não desenvolve a parte metodológica, fazendo alusão às descrições de práticas – apesar de não ignorar a perspectiva do observador interno. Antes, a recepção desse elemento Smithiano tem por propósito inserir o aspecto dos sentimentos morais na análise e avaliação normativa.

o errado no caso concreto. Essa abstração não é uma capacidade inata, antes seria necessário educação, reflexão e um certo grau de ócio. Aqueles que possuem essa capacidade podem inculcá-la por meio de normas simples nas mentes daqueles que não as possuem, como as crianças.

Como essa capacidade coloca um freio aos sentimentos viscerais por uma perspectiva idealmente concebida, a virtude do auto-comando ou domínio próprio (*self-command*) passa a ocupar um papel importante para o desenvolvimento da maturidade moral. O domínio próprio envolve reprimir a si mesmo de respostas apressadas ou impulsivas na vivência do dia a dia. Nas palavras de MacCormick:

Envolve a capacidade de dar um passo atrás e consultar o homem dentro da fera, o “espectador imparcial”, antes de se apressar em julgar. Envolve uma firme determinação em responder aos eventos tão severamente ou lenientemente quanto o juízo coerente ditar, não como o grito da multidão¹⁰¹ (MacCormick, 2008, p. 60).

MacCormick considera um ponto forte do argumento de Smith o fato de que ele não apresenta nenhum livro de regras previamente posto, ao qual deveríamos aderir. Antes, os juízos morais começam com o problema existente e os sentimentos e respostas empáticas que ele evoca. “[...] as regras morais [...] são regras que desenvolvemos gradativamente por indução e generalização de situações problemáticas frequentemente recorrentes e dos juízos que

¹⁰¹ Essa concepção de MacCormick parece não ser capaz de responder adequadamente ao problema, na medida em que, apesar de ele tentar firmar a moral em uma concepção de sentimentos morais, ao fim e ao cabo, ele retorna à razoabilidade, afirmando que a questão moral é uma questão de razoabilidade e não de sentimentos – ao contrário, mesmo em situações em que a multidão “grita” de modo oposto, é necessário ater-se à razoabilidade. Certamente, a razoabilidade implícita aqui não é aquela pautada na “empatia” ou no “desconforto de ter opiniões desconexas”, pois o que essas opiniões diriam seria, justamente, o contrário – a empatia o levaria a seguir o “grito da multidão”. Um segundo problema com sua abordagem é que uma tal análise não se aplica universalmente, mas apenas entre classes correspondentes. Que expectativa recíproca haveria entre um rei e um súdito dos mais miseráveis, se o Rei tiver a seu favor o exército e o poder de vida e morte? A relação de empatia se dá, muito mais, entre classes correspondentes ou diretamente afetadas – o Rei, sem dúvida seria muito mais propício ao exército, que sustenta seu poder, do que a súditos pouco influentes. Em terceiro lugar, a perspectiva de MacCormick não é capaz de apresentar critérios para avaliarmos a moral da época. Conquanto haja transformações em sentimentos morais e aceitação de certas práticas em determinados contextos e momentos históricos e em outros não, se a moral fosse contextualmente localizada e sentimentalmente determinada por base em empatias, a escravidão e o nazismo estariam perfeitamente justificáveis. A escravidão é um fato histórico, também não é impensável que muitos tenham sido feitos escravos em sociedades em que a escravidão era normal, admitindo-se que, até esses mesmos, em algum momento, digamos, antes de perder uma guerra, poderiam ter tido escravos também. Ora, para eles, a escravidão seria um fato normal, eles poderiam até empatizar com seus próprios senhores – o problema seria *ser* o escravo, e não que *exista* a estrutura em si. E uma boa teoria moral deve dar conta de julgar a própria estrutura, apontando de que formas ela é decadente, e em que aspectos ela é verdadeiramente realizadora da natureza humana. É apenas contra uma tal natureza – ou alguma concepção dela – que podemos construir critérios capazes de avaliar que existem instituições humanas indispensáveis, e instituições humanas *impensáveis*. Conquanto os sentimentos possam mudar, de uma época para outra, um sistema escravocrata não é algo que podemos conceber como uma realidade moralmente aceitável *ainda que novos sentimentos favoráveis a ele tomassem conta da sociedade*. Ainda que isso possa ser mais confortável, o verdadeiro juízo moral está não em compartilhar com os demais os sentimentos de uma época, mas em ser capaz de transcendê-la, em uma busca por verdadeiros valores e oportunidades que verdadeiramente fazem a vida valer a pena.

alcançamos em tais casos” (MacCormick, 2008, p. 61). Tanto é assim, que, numa situação em que a regra já foi definida, mas o juízo considerado apoia outra conclusão, a regra deve ser abandonada.

Nada obstante a forte influência do sentimentalismo de Smith, MacCormick não deseja cair em um emotivismo completo e mantém a diferença entre juízos emocionais e juízos morais. Sem simpatia por sentimentos alheios, não poderíamos formar juízos morais próprios, mas como chegamos a ter juízos morais e a validade ou coerência deles, são dois assuntos diferentes. Isso fica mais evidente quando ele considera a objeção do desacordo: se eu sinto frio e você calor, temos sensações diferentes; se eu quero ligar o aquecedor e você o ar-condicionado, temos um desacordo. Os juízos morais são formados como respostas a sentimentos, mas eles não se resumem a reportá-los, antes, é necessário a inclusão dos fatores de imparcialidade, proporcionalidade e universalidade à produção de juízos morais e, em Smith, essa transição é feita pela perspectiva do espectador ideal.

Em suma, Smith e Kant, apresentam propostas bem divergentes. Nada obstante, MacCormick acredita na possibilidade de conciliar os sentimentos morais de Smith com o imperativo categórico kantiano. Na verdade, ele acredita que a teoria de Smith pode responder a uma insuficiência presente no imperativo kantiano, qual seja, identificar a partir de qual paradigma podemos “decidir o que poderemos desejar [will] como uma lei universal da natureza” (MacCormick, 2008, p. 63) – e é exatamente nesse ponto em que a teoria de Smith se mostraria de relevante valor e contribuição.

MacCormick acredita que a verdade sobre nossa capacidade para a vida e juízos morais está em um meio termo entre a leitura que ele faz de Kant e Smith. Esse encontro ou junção ocorre a partir da tentativa de inserir o imperativo categórico no momento de julgamento realizado pelo espectador ideal, que ele formaliza da seguinte maneira (MacCormick, 2008, p. 64): *Entre tão plenamente quanto possível nos sentimentos de todos diretamente envolvidos ou afetados por um incidente ou relação, e imparcialmente forme uma máxima de julgamento sobre o que é o correto que todos poderiam aceitar se eles estivessem comprometidos em manter crenças mútuas estabelecendo um padrão comum de aprovação ou reprovação entre eles.* Esta formulação possuiria ainda o seguinte imperativo subsidiário (MacCormick, 2008, p. 64): *Aja de acordo com o juízo imparcial sobre o que é correto fazer a respeito de um dado incidente ou relacionamento.*

Essa abordagem ofereceria uma ligação entre os sentimentos, o julgamento, a decisão e a ação: partimos de sentimentos, refletimos, julgamos, decidimos, agimos. No cerne de tudo,

o que MacCormick oferece no centro de sua teoria moral é uma concepção da razão prática que leva em consideração o papel dos sentimentos morais para a formação do juízo, em conjunto com um critério central de razoabilidade, mediado pelo espectador ideal imparcial, numa adequação do imperativo categórico Kantiano¹⁰².

Em defesa de seu imperativo categórico Smithiano, MacCormick argumenta que a inserção da consideração pelos sentimentos na análise moral, especialmente por meio do imperativo categórico, em primeiro lugar, torna a “lei universal da natureza” presente no imperativo kantiano mais atraente e completa, uma vez que acomoda nosso aspecto emocional e racional, ou seja, corresponde mais adequadamente à completude de nossa humanidade.

Em segundo lugar, ela também acomoda as mudanças de padrões morais que acontecem ao longo do tempo e que existem entre sociedades. O que parece errado para uma sociedade ou época, pode não parecer em outra. Ele cita como exemplo a recente diferença entre as gerações sobre orientação sexual e conduta homossexual. O imperativo smithiano é, de fato, categórico e universal na sua forma, contudo, os juízos concretos resultantes são contextualmente variáveis nos modos como eles soam verdadeiros e parecem intuitivamente corretos (MacCormick, 2008, p. 64). Por isso, a versão que MacCormick propõe apresentaria uma melhor descrição da razão prática e maior possibilidade de explicar as mudanças de valores contextualmente localizadas¹⁰³.

Em terceiro lugar, essa abordagem seria melhor porque foca no aspecto da formação do juízo, ao invés da legislação. Para MacCormick, o paralelo no âmbito jurídico para a deliberação moral é, muito mais, o judiciário, do que o legislativo. Desse modo, a ênfase de Kant na produção da lei universalmente aceita não seria a perspectiva que melhor se coaduna com a realidade moral, muito mais pautada em formulação de juízos que auxiliam decisões, e não necessariamente leis. A reflexão tende a acontecer muito mais em termos de precedentes de decisões anteriores, próprias ou de terceiros, e isso pode contribuir para a avaliação atual ou, até mesmo, para “revisar” um posicionamento anterior, de modo que, o que prevalece não é a possível norma formulada na *ratio decidendi* dos precedentes ou de outras reflexões, mas o julgamento atual, circunstancialmente posicionado¹⁰⁴.

¹⁰² Um erro fundamental do pensamento de MacCormick é que ele assume que, porque os sentimentos estão presentes em nossos juízos morais, eles *deveriam ser* o fundamento constitutivos deles. Trata-se de um *non sequitur*.

¹⁰³ O que ela não é capaz de fazer é julgar entre eles, como veremos adiante, cf. 4.8.2.

¹⁰⁴ Isto tudo não é sem relevância para a teoria neoinstitucional de MacCormick, uma vez que esse agente moral não é, ele mesmo, quem replica o processo das cortes, mas antes: “o bom agente moral é o modelo que sistemas judiciais bem-desenhados visam institucionalizar” (MacCormick, 2008, p. 66). Em nossa leitura, aqui, MacCormick não apenas está revisando a tese das fontes sociais de Hart, mas postulando que existe um paralelo

MacCormick fecha suas reflexões sobre esse ponto afirmando que seres humanos são agentes morais autônomos e a plenitude de sua humanidade é alcançada quando eles alcançam autonomia e auto-comando. Apesar da presença e demanda real das obrigações institucionais, ele advoga que existe um juízo último que o agente nunca pode abrir mão sem abrir mão de sua própria humanidade, qual seja: “o agente nunca pode entregar o último juízo ou aquilo que é as vezes chamado de a primazia da consciência: ‘esse ato é requerido pela autoridade, mas o considero errado então eu não posso e não irei obedecê-lo’. A posse desse último juízo é a marca de um ser humano maduro” (MacCormick, 2008, 194).

Como vimos acima, MacCormick tenta construir uma conciliação entre duas teorias localizadas em extremos opostos – o racionalismo, representado por Kant; e o sentimentalismo, sob o legado de Adam Smith. Essa postura dialógica entre extremos aparentemente irreconciliáveis, não nasceu nessa obra, mas acompanhou MacCormick em vários outros pontos de sua trajetória¹⁰⁵. Um ponto interessante e incomum sobre o desenvolvimento da obra de MacCormick é que, diferente de outros autores cuja teoria jurídica sucede seu pensamento moral, no seu caso, a sua teoria moral nasce e se desenvolve *a partir* da sua teoria jurídica¹⁰⁶. É na tentativa de diferenciar o direito da moral que MacCormick começa a refletir sobre as características da moral.

O principal referencial de sua teoria moral amadurecida é a obra “Practical reason in law and morality” (2008). Sobre ela, Maksymilian Del Mar (2010, p. 4) teceu o seguinte comentário, que, por sua pessoalidade e profundidade, transcrevemos abaixo:

PRLM é um livro rico e abrangente. É também um livro profundamente pessoal, e que considero tão profundamente comovente, quanto intelectualmente recompensador.

entre o agente moral e seu processo deliberativo, e a ordem normativa institucionalizada. Isso significa que o direito, em alguma medida, pressupõe uma visão de ser humano, ou de bom ser humano, e a espelha. Realmente, o abrandamento do rigor presente no princípio da legalidade, substituído por uma hermenêutica interpretativa é bem compatível com um momento de concepção humana pautada em construções identitárias subjetivas e plurais, uma vez que, o bom agente moral não negaria reconhecimento às diferenças em uma sociedade marcadamente fragmentada e plural; também o sistema jurídico não poderia erigir barreiras impenetráveis para recepcionar essas diferenças. Nada surpreendente nisso se pensarmos que os sistemas jurídicos (e também qualquer instituição) são compostos por agentes morais, que não deixam de ser pessoas morais em suas funções.

¹⁰⁵ Por exemplo, em *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), MacCormick reconhece o papel de elementos dedutíveis e não dedutíveis no raciocínio jurídico, construindo uma ponte por meio da qual os defensores do silogismo e os advogados de todo tipo de irracionalismo poderiam se encontrar e levar adiante um diálogo frutífero. Cf. ainda Del Mar, 2010, p.1. “MacCormick sought to find another middle path, this time between the persuasive (rather than demonstrative) elements of legal reasoning and the value of governance under general rules designed to minimise the potential for paternalism and tyranny (see *Rhetoric and the Rule of Law*, 2005). There are other examples, too, outside the theory of legal reasoning – for instance, his attempt to find a middle path between ‘individualist Whiggery and Marxist collectivism’ in his all-too neglected essays on *Legal Right and Social Democracy* (1982; the phrase is at 8) – but enough has been said already to give a flavour of the approach.” – demonstrando essa tendência de MacCormick de buscar pontos de conexão ou formas convergir extremos opostos, em favor de um diálogo mais produtivo.

¹⁰⁶ Cf. “The relative heteronomy of law”, 1995.

Até onde sei, muito dele foi escrito no último ano de vida de MacCormick. Como resultado, ainda que seja tão sofisticado quanto qualquer um de seus outros livros, ele é, talvez, o mais direto, contendo anedotas pessoais e conselhos para agir e viver bem [...] Há muito a ser encontrado neste livro, que não se achará em nenhum outro de seus escritos: é o mais singular e único em seu *corpus*.

Sem dúvida, é grandioso o esforço de MacCormick em tentar construir uma teoria moral que leve em consideração tanto o aspecto da racionalidade, quanto o lugar dos sentimentos na deliberação moral. Contudo, se ele foi bem sucedido ou não em seu empreendimento, é objeto de debate. Nesse sentido, apresentaremos a seguir, três críticas à sua teoria, sendo duas tecidas desde a perspectiva interna, isto é, a partir da avaliação da congruência e articulação dos próprios fundamentos teóricos; e uma externa, a partir da teoria neoclássica da lei natural.

2.6.2. *Crítica interna*

A primeira crítica, como esboçada por Del Mar (2010, pp. 1-28), diz respeito à leitura que MacCormick faz de Kant e Smith. Como vimos acima, MacCormick está determinado a conciliar a universalidade e a autonomia kantiana com o espectador ideal imparcial de Smith – e essa definição de MacCormick já começa a nos indicar que, talvez, ele não tenha feito a melhor leitura de Smith, uma vez que, para Adam Smith, não se trata de um “espectador *ideal* imparcial”, mas apenas de um “espectador imparcial”. É possível que o elemento “ideal” tenha sido inserido como reflexo do racionalismo kantiano.

Para o seu projeto de conciliação, é interessante observar, em primeiro lugar, que há duas formas de interpretar o imperativo categórico kantiano – uma versão forte e uma versão fraca. A interpretação forte implica em que “agir de acordo com o IC¹⁰⁷ é agir de acordo com princípios objetivamente válidos.” Já a interpretação fraca significa que “agir de acordo com o IC não é agir de acordo com princípios objetivamente válidos, mas antes, com princípios meramente universalizáveis”¹⁰⁸. Esse ponto é relevante, uma vez que enquanto todos os princípios objetivamente válidos¹⁰⁹ sejam universalizáveis, nem todos os princípios universalizáveis são objetivamente válidos. Além disso, e mais importante, a teoria de Adam

¹⁰⁷ Imperativo Categórico.

¹⁰⁸ Cf. Bamford, 1992, p. 78.

¹⁰⁹ Os princípios são objetivamente válidos “se, e somente se, eles ‘pudessem ser desejados [willed] por qualquer ser racional que estivesse julgando racionalmente (i.e., sem preconceito ou emoção) [...] o princípio é objetivamente válido apenas se cada agente racional assim fosse escolher (se estivesse considerando a situação racionalmente)’ [...] Já no caso de princípios universalizáveis, eles não precisam, por necessidade, ser objetivamente válidos” (Del Mar, 2010, p. 6)

Smith é conciliável com a segunda interpretação, mas não com a primeira. A questão é posta mais diretamente por Del Mar da seguinte forma:

Se MacCormick adotar a interpretação forte, e sugerir que o procedimento de universalização é suficiente para fundamentar a validade objetiva da ação relevante (baseada no princípio relevante), e se ele pensar que o IC em si mesmo é capaz de produzir (ao invés de já assumir) o conhecimento moral (i.e., de alguns princípios), então ficaria difícil ver como Smith teria lugar aqui.

Conquanto Maksymilian demonstre que há evidência dos dois lados, acreditamos (como ele mesmo também conclui) que uma leitura sistemática da obra de MacCormick, ou ao menos alguns de seus principais postulados, não é compatível com uma interpretação forte do IC kantiano, principalmente com a ideia de que o procedimento de universalização produz o conhecimento moral, uma vez que MacCormick afirma (MacCormick, 2008, pp. 19-20) que toda reflexão sobre certo e errado no contexto da deliberação prática é sempre realizada tendo por pano de fundo um contexto de normas herdadas ou aprendidas (e essa é uma das razões pelas quais o processo de deliberação moral é muito mais parecido com o processo judiciário, ao invés do legislativo¹¹⁰). Ou seja, isso indicaria que o processo de universalização *pressupõe* o conhecimento moral, o que é mais compatível com a teoria de Adam Smith, uma vez que para ele o espectador não é *ideal*, mas antes um ser humano ordinário e falível, o que significa que, em Smith, não haveria um método infalível para agir corretamente¹¹¹.

Um segundo problema que surge é até que ponto a leitura de MacCormick é bem sucedida em recepcionar Smith. Nesse sentido, há um problema com a leitura de um conceito chave na obra, qual seja, o conceito de simpatia. MacCormick¹¹² equaciona o termo “simpatia” com o conceito de “empatia” como se ambos fossem equivalentes, mas como Del Mar nos mostra, o espectador de Smith simpatiza com o agente, mas não compartilha os sentimentos dele. Citando Prinz, Del Mar (2010, p. 12) esclarece que:

A simpatia nos leva a cuidar daqueles em necessidade ou angústia. A simpatia pode ser definida como uma resposta negativa emocional ao sofrimento de outros [não necessariamente acompanhando o mesmo sentimento do outro] [...] nesse sentido ela é diferente de empatia, que se manifesta diferentemente dependendo do contexto [...] Na empatia, nós sentimos a mesma emoção que outra pessoa está sentindo; colocamos-nos em seu lugar. Se você sente medo, uma pessoa empática sentirá medo também [...] pais podem simpatizar com o medo da criança de que há um monstro no armário, mas eles mesmos podem não sentir medo algum.

¹¹⁰ Analisamos o precedente para buscarmos a fundamentação do juízo.

¹¹¹ E é exatamente assim que Adam Smith se posiciona (Maksymilian).

¹¹² Cf., por exemplo, MacCormick, 2008, p. 33 e 57.

A simpatia de Smith não está relacionada com sentir os mesmos sentimentos do agente, e sim no uso da imaginação¹¹³ no sentido de me colocar no lugar do agente e perceber, naquela posição, não como ele se sente, mas como *eu* me sentiria. Assim, de igual modo, ao avaliar nossa própria conduta, o que fazemos é imaginar o que os espectadores sentiriam se eles se imaginassem na nossa situação e esses espectadores do mundo real são, então, substituídos pelo espectador imparcial. A simpatia, no pensamento de Smith, as vezes está diretamente relacionada com a aprovação ou desaprovação moral. Em uma determinada situação, um homem é chamado de covarde, por exemplo, o agente, então, dá-lhe um soco. Quando o ‘espectador’ sabe disso e se coloca no lugar do agente, ele percebe que *ele* também se sentiria ofendido, mas que não responderia com o soco, por exemplo, ele, então, desaprova o soco, e diz que foi inapropriado naquela situação¹¹⁴. Esse exemplo mostra que o juízo moral, apesar de relacionar-se com a simpatia, não se resume ao partilhar de sentimentos. Como vemos no exemplo, o espectador simpatiza com os sentimentos do agente, mas o juízo sobre a adequação da resposta não segue o mesmo curso.

O espectador de Adam Smith não é apenas um representativo de atitudes sociais gerais, uma vez que, para ele, a virtude consciente pode sustentar a si mesma em oposição ao desaprovo de toda a humanidade¹¹⁵. Nada obstante, as vezes MacCormick parece apresentar o espectador imparcial exatamente assim. Por exemplo, quando ele pergunta sobre o que nos leva a tentar cultivar as simpatias do “espectador ideal imparcial”, sua resposta é que “[é] desagradável ter reações desconexas com a de outros” (MacCormick, 2008, p. 59).

Maksymilian aponta como uma possível saída dessa crítica o entendimento de que, talvez o que MacCormick tem em mente aqui é a importância do caráter social na formação, isto é, a importância da representação de atitudes sociais gerais no *cultivo* do espectador imparcial da nossa consciência, mas não necessariamente determinante do *conteúdo* do juízo do espectador imparcial¹¹⁶.

¹¹³ Um conceito muito relevante para a obra de Smith, mas completamente ignorado por MacCormick.

¹¹⁴ Esse exemplo é citado por Raphael, 2007, p. 15-16, APUD Del Mar, 2010, p. 14.

¹¹⁵ Cf. Del Mar, 2010. p. 16 e ss.

¹¹⁶ “Em outras palavras, a nossa capacidade para avaliar – qualquer coisa, inclusive a nós mesmos – é dependente da formação social do juízo: só podemos examinar nossa conduta aprendendo a nos ver como outros talvez nos vejam. Mas nada disso indica que só porque temos essa capacidade, que foi formada e cultivada deste modo [...], se seguiria disso que deveríamos, em qualquer ocasião particular, julgar como os outros” (Del Mar, 2010, p. 17).

2.6.3. Crítica externa

Apesar da saída proposta por Maksymilian no último parágrafo do item supra, consideramos que permanece na teoria de MacCormick um problema fundamental, comum a muitos sentimentalistas, que é a ausência de paradigma para formular um juízo, relegando a ética à arbitrariedade. Os fundamentos da visão de MacCormick do princípio categórico Smithiano são a autonomia, a universalidade, o auto-comando (domínio próprio) e o espectador ideal imparcial.

Considerando que o espectador ideal de MacCormick não se resume a um representativo de atitudes sociais gerais – o que poderia justificar todo tipo de mal socialmente instaurado (da escravidão ao holocausto), sem que pudéssemos moralmente criticá-lo desde esse paradigma, uma vez que estariam em consonância com as “atitudes sociais gerais” contextualmente situadas –, ainda assim, MacCormick parece aludir a uma postura que, sempre aberta a mudança, não seria capaz de identificar *quais* mudanças são para *pior* e *quais* para *melhor*, de modo que a teoria moral de MacCormick terminaria sendo de nenhuma relevância enquanto critério avaliativo.

É possível que o espectador ideal julgue a partir das experiências vividas e do impacto de sentimentos morais na formação da sua consciência, como MacCormick propôs. Mas se é para o espectador formular um juízo que seja capaz de responder ao desacordo (se eu sinto frio e você calor, temos sensações diferentes; se eu quero ligar o ar e você fechar a janela, temos um desacordo), ele precisa transcender os sentimentos do envolvidos e então julgar... Mas de qual perspectiva, senão dos próprios sentimentos?

Talvez da perspectiva imparcial. Mas aqui a gente volta ao problema que ele estava tentando resolver – para ser imparcial é necessário responder à pergunta: imparcial a quê? E na própria definição do objeto de imparcialidade já estarão contidas concepções e juízos morais. Se o casamento é uma união *exclusivamente* baseada no afeto, é possível, de modo, imparcial, aprovar moralmente o casamento entre João, Júlia e Joana. Por outro lado, se o casamento é uma união de natureza integral intrinsecamente voltada a vida familiar, ele é, por definição, uma união entre duas pessoas, por isso, o indeferimento do pedido de licença para o casamento de João, Júlia e Joana seria também imparcial desde a perspectiva moral. O artefato da abstração à perspectiva imparcial é sim de valor a qualquer teoria moral, nada obstante, sem um contraponto que identifique oportunidades verdadeiras de realização humana contra bens experienciais arbitrários, ele é, novamente, irrelevante.

O espectador ideal imparcial, portanto, só se torna eficiente para a formulação de decisões, se ele já estiver “cultivado” por considerações morais sobre o que se deve ou não fazer, sobre quais oportunidades verdadeiramente valem a pena. Mas isso não resolve o problema, pois ainda aqui continuaríamos perguntando a partir de qual paradigma julgáramos as considerações morais? Não poderia ser a partir da perspectiva do observador ideal imparcial, uma vez que são elas que informam tal perspectiva. Mas ainda aqui, existiria outra contradição, uma vez que o espectador, no fim do raciocínio, poderia decidir *contra* a própria perspectiva moral que o informa, segundo a conclusão de MacCormick de que, numa situação em que a regra já foi definida, mas o juízo considerado apoia outra conclusão, a regra deve ser abandonada (MacCormick, 2008, p. 61). Seria isso possível se a regra definida fosse a proibição da tortura? Ela poderia ser, circunstancialmente, abandonada se o juízo considerado apoiasse essa conclusão?

Mais preocupante do que isso, contudo, é a deficiência da teoria moral de MacCormick no sentido de que ela não nos permite tomar decisões coletivas justificáveis do ponto de vista moral, relegando a autoridade sempre à arbitrariedade, uma vez que a “vida boa” é sempre uma questão privada, em que a “universalidade retrocede”. Desde esse paradigma, a avaliação de que “ganhar a vida como um traficante de drogas pesadas é uma concepção que deve ser excluída e reprimida socialmente por razões morais” (isto é, porque constitui um cenário violador da integridade humana, um projeto de vida corruptor da verdadeira realização humana) não poderia ser mantida *moralmente* contra o próprio traficante, que julgasse, ele mesmo, tratar-se de uma, entre tantas outras formas de emprego, visto o caráter *autônomo* da moral. Poderíamos heteronomamente, por meio do direito, fazer a proibição. Mas a construção teórica dela não permite ao legislador responder para si mesmo: é moralmente válida a proposta? Ela permaneceria moralmente válida ainda que o traficante discordasse dela? Quando ele discordasse, seria contra a moral impormos a decisão a ele, ainda que estivesse de acordo com o direito? E caso sim, pelo caráter dialógico e controverso da moral, isso significaria que teríamos um traficante moral juridicamente cerceado, o que não nos parece uma conclusão muito aceitável.

Antes, parece-nos que a decisão de juridicamente proibir o mercado de drogas pesadas, o tráfico de órgãos, a tortura, o casamento de menores de idade no Brasil, todas essas decisões, envolvem escolhas sobre o que torna a vida humana digna de ser vivida. Não se trata, apenas, de arbitrariedades legalmente impostas, antes, percebemos que há certos projetos que simplesmente não valem a pena, ao contrário, são deletérios, violadores da natureza humana,

desumanizam a pessoa e que podemos impor isso contra ela, ainda que ela discorde – é errado sim ganhar a vida matando, roubando, torturando, estuprando – e como sociedade efetivamente impomos, porque são moralmente degradantes não importa o que ela pensa – e o que ela pensa, não é capaz de tornar esses estilos de vida moralmente aceitáveis, eles continuam errados – assim como ela.

Essas reflexões serão úteis novamente quando estivermos avaliando o fundamento da teoria moral no paradigma neoclássico e as razões pelas quais consideramos que a teoria neoclássica da lei natural teria algumas vantagens na análise e fundamentação institucional em relação à abordagem sentimentalista kantiana de MacCormick. Antes de passarmos a este ponto, buscaremos aprofundar um pouco mais o que definimos como a teoria da instituição-coisa no pensamento de MacCormick, explorando a instituição-coisa objeto principal de suas considerações: o direito.

2.7.O Direito

Como vimos acima, MacCormick define o direito como uma ordem normativa institucional. Argumentamos, contudo, que nos parece que esse conceito pode ser lido como um conceito que aponta os próprios elementos da instituição-coisa – ela ordena normativamente¹¹⁷ certos assuntos humanos, tirando sua força de instituições pessoas. Se estivermos corretos, a definição de MacCormick sobre o direito é válida quando o consideramos um tipo de instituição-coisa, mas ela não é suficiente para diferenciá-lo de outras instituições coisa. Qual seria, então, o elemento específico do direito? Acreditamos que, em seu paradigma teórico o próprio MacCormick consegue responder a essa pergunta, senão vejamos.

Em seu *“Institutions of law”* (2007, p. 258), MacCormick afirma que o ponto do direito é tornar comum e determinado socialmente aquilo que é interpessoalmente controverso na perspectiva da moralidade autônoma. Nessa afirmação, percebemos uma especificação do tipo de ordem que o direito proporciona: resolver conflitos de coordenação social e pessoal. Ele complementa essa análise apontando a heteronomia do direito, o que especifica a sua normatividade: essa resolução se dá por meio de uma autoridade que não se submete, mas antes, submete, a autonomia das pessoas. Por fim, o direito possui instituições para estabelecer regras comuns e torná-las progressivamente mais e mais determinadas (MacCormick, 2007, p. 254),

¹¹⁷ E é porque ela ordena e é normativa que Searle interpreta que todos os termos institucionais constituem ou pressupõem poderes deontológicos.

o que aponta para sua institucionalidade, existindo instituições pessoa que atuam com autoridade para definir (fazer), aplicar (decidir) e atribuir competências dentro da ordem normativa. É a isso que MacCormick se refere quando ele diz que o direito é “organizado”, “formalizado”¹¹⁸.

Nesse sentido, perceba, novamente como a compreensão de direito de MacCormick constitui uma instituição-coisa: uma ordem normativa institucionalizada que notoriamente tira seu poder de instituições pessoa. E isso pode ser ainda mais claramente percebido, a partir da análise da autoridade do direito.

2.7.1. A autoridade do Direito

O ponto de instituições jurídicas é justamente resolver institucionalmente discordâncias sobre assuntos práticos de forma autoritativa para todos os que estão sujeitos a sua competência ou jurisdição. O fato da controvérsia moral, nos diz MacCormick, não significa a impossibilidade de regras comuns. Até não adotar uma regra, considera ele, já é adotar algum tipo de regra, provavelmente a mais permissiva em relação à controvérsia. As instituições do direito alcançam, portanto, algo que a deliberação moral de si mesma não consegue:

Elas podem estabelecer uma regra comum em termos relativamente determinados, e, onde a primeira regra enunciada seja insuficientemente clara, existem práticas jurídicas de raciocínio e interpretação que podem esclarecer ainda mais, determinar ainda mais, o direito. Pelo menos para indivíduos, a prática da aplicação do direito pode produzir uma clareza quase incontestável no nível de normas individuais (MacCormick, 2007, p. 253)

Mesmo em decisões em que cabe apelo ou convém maior esclarecimento, o direito possui instituições que poderão exercer esse papel até o ponto de trazer uma autoridade final para decidir a questão (pelo menos naquele momento e para aquelas circunstâncias). E a única palavra final que as instituições jurídicas aceitam, são as suas. Nada obstante, o direito do Estado, sendo do Estado, que é uma entidade política, possui uma ordem constitucional sustentada por relações de poder e de poder coercitivo. O direito não é conceitualmente coercitivo, mas o Estado é. Por isso que o direito estatal é coercitivo.

É uma característica dos estados que sejam associações territoriais e coercivas, que reivindicam o monopólio do uso legítimo da coerção em seus territórios [...]. Daí ser aspecto necessário do direito estatal ser coercivamente aplicadas, mediante o uso, quando necessários, de meios físicos para obrigar o cumprimento. O Direito Estatal é

¹¹⁸ Em alguns momentos, é nisso que está a ênfase de MacCormick quando ele utiliza o termo “institucional”.

coercitivo, bem como uma forma institucional de ordem normativa (tradução livre) (MacCormick, 2007, p. 53)

Na visão de MacCormick, o poder político está relacionado com fazer um determinado juízo prevalecer. Ele garante e reforça a autoridade e o prestígio do tribunal de onde saiu a decisão e da respectiva ordem normativa, a qual o tribunal pertence. Esse tipo de poder está historicamente territorialmente concentrado, sendo exercido por Estados (ainda que o Estado não consiga eliminar completamente a existência de outras ordens normativas rivais em seu território). No poder executivo e legislativo do Estado, existe uma interrelação entre poder coercitivo e ordem normativa (estado e direito). O executivo controla as agências de coerção física organizadas que garantem o poder das decisões. Já o legislativo apresenta algum grau de legitimação democrática que contribui para a aceitação e duração do poder coercitivo organizado sob o executivo. Um estado de direito é aquele em que o exercício do poder executivo e legislativo está submetido aos julgamentos judiciais e os limites do poder restringidos pela lei. Nas palavras de MacCormick (2007, p. 254): “Onde o direito é direito do Estado, ele possui o sustento do poder do Estado, apesar de que também, onde o estado é um estado de direito, ele tem seu poder legitimado e também restringido pelo direito como ordem normativa”.

O direito, portanto, é apoiado por alguma forma de poder que impacta os interesses vitais das pessoas a quem a regra é dirigida. Para MacCormick (2010, p. 260):

a ordem normativa não é sustentável sem alguma disposição de poder e, e ao fim, de força bruta. Entretanto, **não se trata de uma dependência conceitual de norma ou coerção**, como a dependência conceitual vista por Austin entre comando, sanção e dever [...]**Logo, a ideia de Hart quanto a ordem legal não essencialmente coerciva, mas envolvendo ‘cooperação voluntária num sistema coercivo’ pode ser endossada, ainda que dentro de um quadro-padrão que toma certa distância do trabalho dele.** (Grifos nossos)

Além disto, também pode haver situações em que seja reconhecida a razoabilidade do direito, o que fará com que as regras sejam apoiadas por práticas e normas costumeiras segundo as quais as normas devem ser respeitadas, o que termina por contribuir ainda mais para a legitimidade da autoridade das normas e decisões jurídicas.

Desse modo, a qualquer reflexão sobre o poder do direito e expectativas de conformidade geral adicionamos uma concepção normativa das fundações últimas do direito. Isso reside em atitudes populares de apoio à forma estabelecida de uma sociedade se organizar e dirigir seus negócios. **O peso da opinião moral assim como a força coerciva e expectativas comuns embalam as determinações jurídicas** (MacCormick, 2007, p. 255) (Grifo nosso)

Percebemos então, que o direito é autoritativo. Essa autoridade, contudo, não se restringe apenas ao uso do poder político do Estado. Ela é, ainda, apoiada e reforçada pela

expectativa de submissão mútua, isto é, a expectativa que temos que, em geral e em sua maior parte, o outro também respeite as normativas. Esse quadro de expectativas mútuas permeia e molda nossas relações sociais, contribuindo como razões para também respeitarmos as regras institucionalmente estabelecidas. Soma-se a isso, ainda, a opinião moral dos destinatários das normas. Se as normas forem coerentes e razoáveis, compatíveis com as opiniões morais dos destinatários ou, pelo menos com a opinião moral de que o sistema deve ser respeitado, a autoridade do direito será ainda mais embasada. Assim, três coisas embasam a autoridade do direito: a força coercitiva do Estado; expectativas mútuas e a opinião moral de que o sistema deve ser respeitado.

2.7.2. Direito e Moral

O direito, ainda, por ser institucional e autoritativo, é, em última análise, heterônomo, pois vincula o agente a despeito de suas posições e opiniões morais, impondo-lhe obrigações, deveres e proibições. Ou seja, ainda que a autoridade do direito possa ser reforçada por expectativas mútuas e opiniões morais, isso não dissolve o fato de que o direito é, em última análise, autoritativo, porque é heterônomo, ainda quando essas coisas falham. Isso o coloca em lado oposto a moral que é autônoma, dialógica e controversa.

Esse lado que indica uma concordância moral com o conteúdo de uma regra ou apenas a concordância com a norma geral de que o sistema jurídico deve ser obedecido é um ponto que nos remete, pensando desde a perspectiva prática, ao fato de que o direito, na verdade, acaba sendo apenas relativamente heterônomo, justamente porque “há razões morais autônomas para a obediência, mesmo que o consentimento para o conteúdo da obrigação seja apenas qualificado, ou até mesmo, ausente” (MacCormick, 2007, p. 258). Por isso que, no fim das contas, “as pessoas vivendo sob o direito são, no melhor dos casos, relativamente heterônomas, e, portanto, também relativamente autônomas” (MacCormick, 2007, p. 258).

2.7.3. Instituições no Direito

Considerar o direito como ordem normativa institucional significa que a compreensão do direito, bem como sua existência e manutenção, dependem de instituições. Dentro deste paradigma, as instituições de direito positivo podem ser de três tipos: (1) Instituições-agência –

são caracterizadas pela finalidade de ação, possuem funções; (2) instituições-arranjos; e (3) instituições- coisa-M¹¹⁹.

As instituições-agência são comparáveis a um tipo de versão MacCormickana das instituições-pessoa de Hauriou. Nesse sentido, elas são caracterizadas pela finalidade de ação, e o objetivo de sua criação é atuar de determinadas maneiras características. São exemplos desse tipo de instituição o legislativo, as cortes, os ministérios do executivo, as forças policiais, bem como as corporações com personalidade jurídica. Já o contrato, o casamento, a propriedade, são exemplos de instituições-arranjo, uma vez que não são, em si mesmos, agências, mas arranjos resultantes de atos de pessoas ou de agências. A instituição-coisa-M assume a forma de objetos não tangíveis que existem em virtude de provisões jurídicas, tais como direitos autorais, propriedade intelectual, ações empresariais. Os dois últimos tipos de instituição seriam os subtipos das instituições-coisa de Hauriou, isto é, instituições não corporificadas.

Em todos os três casos, há três conjuntos de regras relacionadas à instituição: (i) regras institutivas – determina que atos ou processos instituem uma agência, um arranjo ou uma coisa; (ii) regras consequenciais, que determinam as consequências normativas da existência das instituições; e (iii) regras terminativas, apresentam o caminho ou condições para a dissolução ou terminação da instituição. Em todo caso, para uma adequada compreensão da instituição, é necessária alguma compreensão de seu propósito (*its point*) – “uma explicação sobre qualquer instituição requer uma explicação sobre as regras relevantes estabelecidas à luz de seu propósito. [...] Muito mais no caso de instituições sociais, apenas podemos explica-las se soubermos para qual finalidade elas estão voltadas” (MacCormick, 2007, p. 36).

Em estados constitucionais modernos “as funções de legislação, adjudicação, execução e administração e a aplicação da lei são parceladas entre agências substancialmente diferenciadas” (MacCormick, 2007, p. 35). Em práticas normativas institucionais, em particular no Estado moderno, podemos observar dois elementos: a formulação da regra e a administração da regra, sendo esse último passível de divisão em outros elementos como decidir como aplicar as normas em casos controversos, como fiscalizá-las, como executar seu cumprimento.

¹¹⁹ A fim de diferenciar as instituições coisa de Hauriou das de MacCormick – que são conceitos diferentes –, acrescentaremos o “M” para fazer a referência à instituição-coisa de MacCormick, identificando-a por “instituição-coisa-M”.

2.7.4. *O Estado como Instituição*

O direito do Estado moderno é uma ordem institucional complexa e simples ao mesmo tempo. A constituição, composta de regras implícitas e explícitas e convenções, estabelece três tipos de agências institucionais (o legislativo, o executivo e o judiciário), bem como as regras que estabelecem as condições de aquisição das competências e poderes; quais as obrigações e poderes adquiridos para fins de exercício das competências e como se finalizam ou transferem as competências. Isto é, as regras institutivas, consequenciais e terminativas relacionadas às agências institucionais constitucionalmente previstas. Outro elemento que se relaciona às regras consequenciais, apresentando limites ao exercício dos poderes geralmente presentes nas constituições modernas é uma carta de direitos fundamentais, além da determinação constitucional da esfera territorial e física em que o Estado exerce sua autoridade.

MacCormick argumenta que antes de ser uma entidade jurídica, como definido pela constituição, o Estado é uma entidade política “social” ou, pelo menos, uma realidade institucional jurídica efetiva apenas no limite em que seja também uma realidade político-social. A política é sobre o exercício e controle do poder em seu sentido fático, de acordo com MacCormick. O poder diz respeito ao que as pessoas podem ser obrigadas ou influenciadas a fazer. O poder político inclui ou requer, em última instância, a habilidade de “usar a força física para sobrepujar [*overwhelm*] a oposição direta (...)” (MacCormick, 2007, p. 328). Contudo, o poder depende de mais do que isso. “A opinião dirige bem mais os homens do que a força” (MacCormick, 2007, p.329). E a opinião de que o poder político é exercido de acordo com a lei atribui legitimidade à autoridade que efetivamente o exerce.

Assim, o direito pode contribuir para o poder tanto quanto o poder para o direito, porque até o mais cínico agente público em uma sociedade marcada pela ideologia de que o governo deve ser exercido sob a lei, tem fortes razões para observar os compromissos jurídicos exigidos de seu cargo, sob o risco de ver seu poder ameaçado. A ordem jurídica de um Estado constitucional requer uma interrelação sistemática de normas que atribuem poderes a agências públicas essenciais. Ou seja, apesar de o direito, enquanto instituição-coisa retirar sua força da instituição-pessoa do Estado (e de suas instituições correspondentes), ele é, ao mesmo tempo, um elemento que auxilia na duração e na estabilidade do poder estabelecido na instituição-pessoa do Estado¹²⁰.

¹²⁰ Acreditamos, como colocaremos abaixo, que a moral interna do direito aprofunda ainda mais a especificidade do direito e nos ajuda a entender, a partir da descrição do que é esperado do próprio direito, o porquê de o direito

Essas considerações de MacCormick nos levam de volta a Hauriou e à sua teoria da instituição-pessoa, apontando a supremacia da ideia diretriz na constituição e manutenção do Estado, uma vez que “A opinião dirige bem mais os homens do que a força”. Como Hauriou sugere, a fundação do Estado em um primeiro momento se dá pelo grupo dirigente, interessado na ideia diretriz. Aqui, a manifestação de comunhão é insipiente e reduzida ao grupo interessado e portador da ideia. O poder, aqui, é o poder fundador, é aqui que tal poder é o “poder constituinte”. Assim que o Estado tem a sua repartição de competências e representação, ele está incorporado, individualizado¹²¹. Soma-se a isso as manifestações de comunhão, tudo conectado por procedimentos jurídicos, que criam o elemento do feixe de continuidade de consentimentos, um importante elemento de duração e continuidade do Estado.

Nesse sentido, a ideia de Hauriou não é incompatível com o postulado de MacCormick de que, o Estado é uma entidade política “social” ou, pelo menos, uma realidade institucional jurídica efetiva apenas no limite em que seja também uma realidade político-social. Essa realidade “político-social” a qual ele se refere, acreditamos que podemos ler como a existência do Estado como instituição. É apenas quando o Estado adquire personalidade, pelo processo de fundação, que ele se torna uma realidade político social. Nada obstante, no momento em que isso ocorre, ele já é uma realidade também jurídica, pois é justamente por meio de procedimentos jurídicos que ele vem a se instituir e se estabilizar.

2.7.5. A validade do direito

A validade é uma ferramenta conceitual fundamental para distinguir o que é operativo em uma ordem normativa institucional e o que não é. Para os positivistas, a validade da lei é identificada exclusivamente em suas características formais, “de modo que o teórico do direito deva se restringir a identificar a ‘fonte’ de uma norma jurídica para afirmar a sua validade” (Bustamante, 2013, p. 265). No núcleo do pós-positivismo de MacCormick está a ideia de que o direito é argumentativo, e isso é incompatível com a ideia de que a validade do direito possa ser definida por análises exclusivamente formais.

Em condições gerais, as condições de validação jurídica caracteristicamente cobrem os seguintes pontos (MacCormick, 2007, p. 341):

estar relacionado à estabilidade e à duração na constituição da instituição do Estado (e talvez na de todas as outras instituições também).

¹²¹ Porque o Estado pode ser representado, ele pode também ser identificado.

- (a) Que pessoa ou pessoas, possuindo
 - (b) Quais capacidades gerais ou posições em particular
 - (c) Sujeitas a quais circunstâncias exigidas, e
 - (d) Na ausência de quais circunstâncias viciantes
 - (e) Por meio de quais procedimentos ou formalidades, e
 - (f) Por meio de qual ato
 - (g) A respeito de quê ou de quem, se couber
 - (h) Possuindo qual capacidade geral
 - (i) A respeito de qual coisa ou atividade
- Pode produzir o resultado jurídico designado.

Nesse quadro, é possível que atos separados introduzam arranjos igualmente válidos, porém, conflitantes. A validade, aqui, não seria algo correspondente à verdade. Sistemas normativos pertencem ao domínio do raciocínio prático, isto é, eles dispõem guias sobre o que fazer para agentes racionais. Normas conflitantes, contudo, são ineficientes em guiar a ação. Por isso, é uma característica necessária que esses sistemas incluam métodos normativos para eliminar os conflitos que surgem quando alguém, buscando ser leal ao sistema, tenta direcionar sua conduta ou saber o que precisa fazer. “Se quisermos respeitar os direitos de indivíduos que um sistema institui, temos que encontrar um sentido coerente e não-contraditório nas normas que são aplicáveis.” A interpretação, o critério de hierarquia (norma posterior, derroga norma anterior; norma específica sobre norma geral; etc.) e um recurso para substituir arranjos de performance (danos, renegociação) são os três recursos, usados individualmente ou em conjunto, que o autor apresenta para que possamos encontrar tal sentido.

O teste de pertencer ao sistema, não é o mesmo de testar a consistência lógica interna. A validade enquanto existência depende da satisfação das condições propostas por MacCormick acima para conferir poderes por meio das regras institutivas.

Nada obstante, além de tudo isso, para MacCormick, a validade de uma lei é também uma questão de argumentação jurídica. Ele deriva isso de suas considerações acerca do Estado como Estado de direito. Enquanto os positivistas atribuem ao Estado de Direito o principal valor da certeza jurídica, MacCormick lê, nele, o caráter argumentativo do direito. Para ele, a ideia política do Estado de Direito se relaciona com o reconhecimento do direito como o “lugar da argumentação” (MacCormick, 2005, p. 13), de modo que um certo nível de indeterminação no

sistema jurídico é necessário em razão do “devido reconhecimento dos ‘direitos de defesa’ em qualquer sistema de persecução penal e contencioso cível” (MacCormick, 2007, p. 26.).

Essa nova perspectiva do ideal político do Estado de Direito se afasta das visões tradicionais que lhe atribuíam exclusivamente o valor da certeza jurídica e da ideia de que o direito poderia ser identificado em fontes sociais por meio de argumentação puramente empírica. Antes, “a validade de uma lei não pode ser uma mera questão de fato, mas precisa, ao contrário, ser ao menos em certa medida uma questão de argumentação” (Bustamante, 2013, p. 277).

2.8. Pós-positivismo: além do positivismo e rejeição da lei natural

Provavelmente em razão da forte influência de Hart sobre suas reflexões, MacCormick começa sua teoria institucional do direito tentando adequá-la a uma versão do positivismo jurídico. A evolução de seu pensamento o afasta desse paradigma de modo que, em 2007, ele mesmo afirma no prefácio do “Instituições de Direito”, que a “teoria evoluiu para além dos princípios jurídicos positivistas aos quais subscrevi em 1973” e se identifica como um pós-positivista (MacCormick, 2007, p. v).

2.8.1. Pós-positivismo e positivismo

Bustamante considera que as principais características do positivismo contemporâneo são as seguintes: (1) a tese da separação entre direito e moral – autoexplicativa em seus próprios termos; (2) a tese das fontes sociais, segundo a qual todo direito se baseia em uma fonte e seu conteúdo e existência só pode ser identificado a partir de fatos sociais, sem referência a qualquer proposição avaliativa; (3) intrinsecamente relacionado com as duas teses anteriores, a ideia de que há duas fases de argumentação prática – o estágio deliberativo e o estágio executivo, sendo que o primeiro admitiria todo tipo de razões, incluindo razões morais, enquanto o segundo estaria adstrito a considerações positivadas, o que repercute na ideia de que existe uma rígida demarcação entre a criação e a aplicação do direito; (4) o direito consistiria em uma autoridade institucionalizada cuja justificação das decisões é autorreferencial, excluindo de suas considerações todo tipo de razão não positivada e, por conseguinte “os *critérios de legalidade* são ‘independentes do conteúdo’ [... pois] ‘considerações positivadas’ seria suficientes para estabelecer a validade de qualquer regra jurídica particular” (Bustamante, 2013, p. 268).

O pós-positivismo de MacCormick, por outro lado, se afasta da tese das fontes sociais do direito e da separação absoluta entre direito e moral, em particular no que toca a “justificação das decisões sobre a validade das normas jurídicas considerada sob o ponto de vista interno” (Bustamante, 2013, p. 269). Junto com Finnis, MacCormick parece acreditar que “os teóricos do direito deveriam conduzir o insight de Hart sobre o ponto de vista interno para além do ponto onde Hart nos deixou em seus próprios escritos teóricos” (Bustamante, 2013, p. 269), uma vez que o ponto de vista interno implica no seguinte problema – também endereçado por Finnis – qual seja:

Uma descrição positivista do sistema tal como ele opera *não pode* responder a um tipo particular de questão que pode ser formulada *internamente* em um sistema jurídico: a questão que pode ser formulada diante de um juiz, em um caso difícil, da seguinte maneira: “Por que *nós* devemos tratar todas as decisões alcançadas em conformidade com uma regra válida segundo nosso critério de validade como suficientemente justificadas?”, e esta é uma questão que pode, e de tempos em tempos é, levantada. Ademais, o positivismo não consegue também responder à questão formulada pelos juízes ainda mais frequentemente: “Como nós devemos justificar as decisões concernentes à interpretação e à aplicação de nossos critérios de validade?” (MacCormick, 1978a, p. 63)

Assim, uma grande questão levantada por MacCormick será de que modo podemos justificar as decisões jurídicas levando em consideração a perspectiva interna, isto é, o elemento subjetivo, em particular a perspectiva do usuário da norma.

Desse modo, a descrição de instituições jurídicas não pode ignorar os valores inerentes aos sistemas jurídicos. A explicação do direito e do fenômeno jurídico requer um ponto de vista hermenêutico a fim de compreender as “práticas e instituições dos seres humanos nos termos daquilo que as torna inteligíveis e válidas [...] para seus participantes” (MacCormick, 2007, p. 295).

Assim como o direito não é encontrado apenas como uma ordem da autoridade, mas depende de práticas sociais, o conteúdo de uma norma tampouco é validado exclusivamente por recurso a autoridade, de modo externo e meramente formal. Antes, ele deve ser construído hermeneuticamente, levando em consideração os valores e propósitos que subjazem o sistema jurídico. Por isso, o processo de justificação de uma decisão não se fecha aos argumentos não jurídicos. Ao contrário – a argumentação jurídica é vista como um caso especial do discurso prático, devendo manter-se aberta a argumentos pragmáticos, morais e éticos.

Nessa perspectiva, a teoria de MacCormick parece não ser compatível com nenhuma das teses positivistas apresentadas acima, em particular com as proposições (3) e (4), uma vez que o direito, em todas as etapas do fenômeno jurídico, não apenas na produção legislativa,

admitiria argumentos morais e pragmáticos. Essa dualidade entre a teoria do direito, que deve restringir a análise não avaliativa do fenômeno jurídico, e a teoria da argumentação jurídica, que se relacionaria com a produção de argumentos para embasar decisões, presente no positivismo não é compartilhada por MacCormick.

O direito é visualizado como uma prática interpretativa em que o sentido das suas normas é gradualmente construído, ao invés de descoberto pela simples observação de fenômenos empíricos. O direito enquanto prática social é inerentemente argumentativo, e uma das características particulares da argumentação jurídica é que ela permanece aberta a argumentos morais, éticos e pragmáticos que estão inseridos no discurso jurídico. (Bustamante, 2013, p. 274)

O discurso jurídico é um caso particular do discurso prático. O direito não se restringe a um conjunto de fatos institucionais que dispensam interpretação. Antes, o ponto de partida de MacCormick é que ele é sempre de natureza discutível, possuindo um caráter argumentativo em que, seguindo a estrutura hierárquica kelseniana, segundo o qual as normas de mais alto escalão são especificadas no processo de aplicação do direito, o conteúdo da norma é hermeneuticamente construído, levando-se em conta todos os argumentos relevantes para justificar a decisão, à luz da tese da correção.

MacCormick encontra esse caráter argumentativo do direito no próprio ideal de Estado de Direito, pois o mesmo implica em que haja a possibilidade de legítima defesa, tornando o direito um lugar de argumentação, na verdade, um caso especial de discurso prático. Nas palavras do comentador Bustamante (2013, p. 277-278):

Na perspectiva de MacCormick, o direito quase nunca estará “fixado” (*settled*) e as suas regras são necessariamente superáveis (*defeasible*), pois elas estão inevitavelmente sujeitas a interpretações construtivas que podem levar a revisões, reinterpretações e até mesmo a exceções nas suas hipóteses de incidência. As regras jurídicas são visualizadas como enunciando unicamente condições “ordinariamente necessárias e presumidamente suficientes” para as situações que regulam, já que os seus princípios subjacentes, que provêm a justificação geral do sistema jurídico, interagem com as provisões mais específicas que se encontram na legislação, nos precedentes e na legislação secundária. Essa interação pode ativar algum “fator de fundo” coberto pelo princípio justificador da regra jurídica, que pode levar ao reconhecimento de exceções não escritas à regra inicialmente considerada pelo intérprete. Nas palavras do próprio MacCormick, “a presença de elementos não escritos parece ser uma característica geral do direito.

O caráter argumentativo do direito, portanto, implica em uma doutrina das fontes do direito que reconhece os materiais tradicionalmente listados – leis, precedentes e demais materiais jurídicos – como fontes apenas em uma acepção pré-interpretativa do direito (MacCormick, 1998a), materiais a partir dos quais o direito será construído, em um processo interpretativo conduzido pela ideia de “coerência normativa”. Nessa tarefa, o intérprete aplica

os materiais a partir de princípios morais implícitos no direito, buscando alcançar a melhor interpretação possível. Isso, novamente, é incompatível com a tese das fontes positivista, segundo a qual “a autoridade de uma fonte é o único fator relevante para determinar a validade de uma regra que possa ser extraída de um precedente judicial” (Bustamante, 2013, p. 281).

Nada obstante, MacCormick tenta conciliar o valor da certeza do direito com a dimensão argumentativa a partir da elaboração de uma teoria da argumentação jurídica que identifique os melhores “critérios de racionalidade para as decisões judiciais e os requisitos fundamentais que se impõem sobre o processo de argumentação jurídica” (Bustamante, 2013, p. 282). Aqui, destaca-se a inserção do *teste de universalizabilidade*, critério fundamental para que uma decisão possa ser adequadamente considerada justificada. Nas palavras de MacCormick (2005, p. 99):

Para fatos particulares – ou motivos particulares – constituírem razões justificativas eles devem ser subsumíveis em um princípio de ação universalmente estabelecido, ainda que esse universal possa ser tido como superável (*defeasible*). Isso se aplica à razão prática de modo geral, e ao raciocínio jurídico como um departamento do raciocínio prático.

De inspiração kantiana, o princípio moral da universalizabilidade requer, para que seja adequadamente incorporado à sua teoria da argumentação jurídica, a recepção de duas teses de Alexy, quais sejam: a (1) tese do caso especial, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático, e, portanto, ser-lhe-iam aplicáveis as mesmas regras de argumentação do discurso prático ou da argumentação moral, como fica claro na seguinte asserção de MacCormick (2005, p. 17):

a argumentação jurídica deve ser entendida como um caso especial do raciocínio prático, e deve, portanto, se conformar às condições de racionalidade e de razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de raciocínio prático

Essa é mais uma maneira de justificar a inserção de argumentos morais na argumentação jurídica e sua relevância está em conectar “o direito, a racionalidade e a retórica” (Bustamante, 2013, p. 290)

A segunda tese recepcionada, seria a (2) tese da pretensão de correção, que em MacCormick fica clara quando ele postula que o direito tem uma pretensão implícita de justiça, vejamos:

uma certa pretensão de justiça, ou seja, uma aspiração afirmada de se estar alcançando a justiça (ainda que ela seja a máscara para uma intenção partidária ou sinistra) está necessariamente incorporada no próprio ato de criação do direito no contexto de um Estado-nação (MacCormick, 2007, p. 276)

Essa pretensão de correção, que abrange não apenas a correção de acordo com as leis positivas, mas também de correção moral no cerne da argumentação e da prática jurídica é,

novamente, absolutamente incompatível com o positivismo. Como analisa Bustamante (2013, p. 288), para MacCormick, “os atos de fala regulativos sempre erigem uma pretensão de correção normativa”, que abrange não apenas a adequação ao que está positivado, mas também a pretensão de correção moral de “fazer justiça de acordo com o direito”.

Finalmente, MacCormick também se afasta do positivismo em razão da eticidade das instituições, uma vez que:

O direito emana da interação social dos membros de tal comunidade, que é mediada por um procedimento discursivo em que esses membros influenciam uns aos outros e são transformados pelas experiências que ganham com tais interações. Esse “entendimento mútuo” não pode ser de qualquer tipo, já que o que torna uma regra institucionalmente reconhecível não é somente a conformidade com certas “regras constitutivas” que determinam seu significado – como acontece, por exemplo, no modelo de regras constitutivas em Searle –, mas os “princípios subjacentes” que constituem a “causa final” de certa instituição. (Bustamante, 2013, p. 292)

E também:

o direito e as suas instituições criam uma espécie de espaço ético onde a coordenação para o *bem comum* se torna possível e onde os indivíduos que vivem em uma comunidade política podem participar na formação dos valores e dos princípios que regem suas vidas. As instituições jurídicas têm um valor em si mesmas e os membros da comunidade política reconhecem suas leis não meramente como um conjunto certo e previsível de ordens expedidas sem a sua participação, mas, ao contrário, como um sistema normativo que expressa uma *forma de vida* à qual eles pertencem e que é constitutiva para suas identidades e auto-compreensões (Bustamante, 2013, p. 293)

Em razão de seu caráter institucional, o direito permanece aberto a discursos que podem levar a mudanças e adequações, a partir de reflexões morais e éticas. Diferente do positivismo, em que tais argumentos não devem ser levados em conta para a aplicação e caracterização do direito.

2.8.2. *Lei Natural e “Lei Natural”*

A ideia de autonomia é central para todo o pensamento de MacCormick e é, talvez, um elemento que perpassa sua obra em todos os estágios – desde o momento em que tentava formular sua teoria sustentando princípios positivistas, até a fase madura e seus últimos escritos. Percebemos que ele atribui um papel fundamental ao valor da autonomia, inclusive, inicialmente, postulando-a como o principal recurso conceitual para diferenciarmos o direito da moral¹²².

¹²² Cf. “The relative heteronomy of law” (1995); “Institutions of Law” (2007): em ambos os trabalhos ele afirma que direito permanece conceitualmente distinto da moral em qualquer teoria em que a moralidade esteja centrada na ideia de autonomia, na medida em que o direito é uma ordem, senão totalmente, pelo menos relativamente heterônoma.

A sua ideia de autonomia é de inspiração kantiana, expressa na máxima de ser “lei para si mesmo” (*law unto oneself*). Cada agente moral é lei para si mesmo no sentido de ser responsável por fazer escolhas e discernir os melhores fundamentos para guiar juízos morais, de modo que a lei moral confrontada pelo agente é, para ele mesmo, vinculante, uma vez que “expressa o que ele pode desejar em termos universais como uma regra de ação para ele mesmo ou qualquer outra pessoa, e assim também como um fundamento para julgar suas próprias ações e aquelas de outras pessoas” (MacCormick, 2008, p. 90). Desse modo, cada juízo sobre o que é certo deve respeitar o critério da universalidade, na medida em que deve ser concebido como uma lei para mim, e para qualquer um igual a mim naquela situação. Na versão do imperativo categórico Smithiano, tenho que formar um juízo sobre o certo a partir de um fundamento que todos os afetados por aquela situação e decisão poderiam aceitar se estivessem comprometidos em manter crenças comuns estabelecendo um parâmetro comum de aprovação ou reprovação entre eles (MacCormick, 2008, p. 91).

A percepção de nossa autonomia implicaria na percepção da autonomia do outro – cada um é uma pessoa autônoma, ninguém pode estabelecer as regras morais para o outro compulsoriamente, cada um será responsável por suas decisões. Essa conclusão, segundo MacCormick, apresenta o seguinte desafio: seria possível, então, estabelecer alguma verdade em termos morais? Ou admitimos que não existe verdade, mas apenas uma concepção extremamente relativizada de verdade de cada um?

Ao invés de responder a essa pergunta, MacCormick afirma que tal questão emerge da ideia de que existe uma natureza humana e formas de vida mais apropriadas a essa natureza. A ideia perenal de que existe uma lei da natureza que combina a natureza humana com o resto da criação, que pessoas religiosas considerariam atender “às leis de Deus”. Contudo, se Deus não for responsável, os seres humanos, parte no processo da evolução, teriam um determinado caráter psicológico, fisiológico e físico passado no DNA que inclui a habilidade de discurso.

A capacidade de falar pressupõe a capacidade de viver de acordo com normas e estabelecer valor em confiança mútua. [...] Com ou sem Deus, os valores são parte da nossa natureza e normas voltadas aos valores que são parte da nossa natureza podem propriamente ser **consideradas um tipo de ‘lei natural’** independente da hipótese de Deus prevalecer ou não. Se for assim, as leis naturais são, de fato, um tipo de ‘leis de Deus’, mas não no sentido de que elas foram ditadas e entregues por algum tipo de correio etéreo (MacCormick, 2008, p. 97) (grifo nosso)

É nesse sentido, apenas, que MacCormick aceita um tipo de lei natural, leis que correspondem a nossa natureza, inclusive sentimental, tendo no centro da nossa natureza o fato de que somos usuários de normas, ou seja, intrinsecamente orientados a ordens normativas. Isso tudo é acolhido no princípio categórico Smithiano, que, para ele, melhor explicaria essa

conexão entre esses aspectos racionais e emocionais; bem como as mudanças de valores ao longo do tempo e ao largo de diferentes povos. Assim, existe uma “lei natural” – autônoma, discursiva, normativa, universalizável, possivelmente transiente e, na visão dele, em nada compatível com a ideia de que poderíamos derivar normas de fatos descritivos estacionados na nossa natureza a partir da criação divina, ditames da razão desenhados por Deus em uma natureza imutável – que seria o fundamento principal da lei natural tradicional.

Esses dois tipos de lei natural, MacCormick traça, em origem, ao Catolicismo – correspondendo a lei natural que seria mais dogmática; e ao protestantismo, que seria o solo fértil e a origem da autonomia, na medida em que o protestantismo dispensa a mediação da igreja e torna o homem autônomo diante de Deus, na interpretação das escrituras¹²³. Essa concepção de autonomia seria o fundamento da “lei natural”, “law unto onself”, kantiana, Smithiana e, por conseguinte, sua própria.

Já o Catolicismo estaria relacionado com a lei natural como um ditame da razão – pelo menos uma versão da lei natural seria apresentada assim e, nas palavras de MacCormick, por “ditame da razão” se quer dizer que:

Qualquer um familiarizado com os fatos gerais da natureza humana e cientes das relações dos humanos com Deus estaria apto, pela aplicação da razão, a entender os princípios básicos de conduta apropriada entre humanos. Até mesmo pagãos que não haviam recebido a revelação divina por meio da Bíblia conheciam os básicos dessa lei ‘escrita em seus corações’ e, naquela medida, tinham a lei dentro de si mesmos. (MacCormick, 2008, p. 89).

Assim, MacCormick dispensa os fundamentos do que ele consideraria uma vertente da lei natural de origem Católica, que é, geralmente, ao que aludimos quando falamos em lei natural na teoria do direito. MacCormick apresenta um grande esforço em buscar as origens dos argumentos até suas raízes cristãs, inclusive citando e analisando trechos da bíblia diretamente, mostrando conhecimento e propriedade em seu posicionamento, o que reflete a seriedade desse autor, que não parece descartar opositores a partir de espantalhos – não que isso o tenha impedido de errar em sua análise sobre a lei natural, ou pelo menos, faltar em considerar a vertente atualmente mais coerente e argumentativamente pulsante desta teoria, que seria a teoria neoclássica da lei natural, apresentada abaixo.

Fato é que, por todo o exposto, seu não positivismo é, para ele, incompatível com uma teoria da lei natural, que fecha possibilidades de avanço moral e não é suficiente para dar conta da autocompreensão de uma comunidade, que, permeada por instituições explicadas por normas

¹²³ Cf. MacCormick, 2008, capítulo 5.

e propósitos próprios, se expressa no direito formalizado. Por isso que, quando trata de precedentes, defende que precisamos de uma teoria capaz de superar a dicotomia entre lei natural e positivismo¹²⁴, precisamos de uma teoria interpretativa – essa sim daria conta de adequadamente explicar o fenômeno jurídico. Isso é o que Dworkin fez e, de certo modo, também o projeto pós-positivista avançado por ele.

Isso não significa que a verdade moral seria inexistente. Apenas que ela é conceituada como o argumento mais coerente:

A verdade em assuntos morais não depende de alguma correspondência em uma ordem racional pré-existente de coisas no mundo. Ela depende da formação correta de um julgamento. Isso pode ser conceitualizado por meio do raciocínio do espectador imparcial, ou pela aplicação do imperativo categórico, ou pela combinação dos dois sugerida aqui como o ‘imperativo categórico Smithiano’. No contexto de um discurso moral entre iguais, pode ser impossível estabelecer convincentemente quais, entre posições e juízos rivais razoavelmente argumentáveis é o correto, aquela cujo raciocínio relevante mais convincentemente apoia. Mas frequentemente será óbvio que uma posição não é sequer razoavelmente argumentável contra qualquer rival. Que não possamos sempre concordar sobre o que é verdade, não significa que nada é. E o teste que devemos buscar para resolver as discordâncias deve ser uma compreensão articulada da natureza humana como um conceito carregado de valor [*value-laden concept*] (MacCormick, 2008, p. 102-103)

Então, a natureza humana possui valores associados a ela, porque no próprio processo de evolução a teria sido formada assim. Talvez a principal pergunta relacionada a lei natural é se existe uma natureza humana comum compartilhada por todas em todos os lugares e tempos e se essa natureza em si mesma envolve valores e normas. Ou seriam os comandos arbitrários e obedecidos a partir da ameaça da sanção?

A proposta de MacCormick parece apoiar a alegação de que existe uma natureza humana universal e intrinsecamente normativa. O fundamento disto, na teoria do MacCormick, parece ser o fato de que os humanos são seres –falantes – e não podemos falar sem normas de gramática e sem uma comunidade. Mas o discurso em comunidade, requer confiança mútua e torna as “pessoas *trust-valuers*”. Esse fato é amparado pela genética – já se sabe, no DNA, qual genoma é responsável pela linguagem e em quais condições ele é ativado: isto é, pela criação da criança no seio de uma comunidade. Disto, ele retira o seguinte postulado: *seres*

¹²⁴ Cf. “Já não é mais possível [...] se contentar com um simples contraste entre o direito natural e o positivismo ao tratarmos do precedente. Por essa razão, particular deferência é devida ao trabalho de Ronald Dworkin, que subverteu a simples dicotomia entre o positivismo e o direito natural. Ao invés de um modelo de direito como um sistema de regras derivada de fontes predeterminadas, Dworkin nos convida a re-conceber o direito como um conceito essencialmente ‘interpretativo’. Todo o conjunto de decisões do legislador, dos juízes e de outras autoridades, que o positivismo conceituou como agentes criadores do ‘sistema jurídico’, Dworkin nos convida a entender como direito apenas em um sentido ‘pré-interpretativo’” (MacCormick, 1998a, p. 183)

humanos são usuários de normas antes que possam tornar-se um promulgador de normas (norm-givers) (MacCormick, 2008, p. 200).

MacCormick acredita que a melhor leitura de Kant, ao instruir-nos em sua teoria moral a formularmos juízos morais como se a máxima que nos guia pudesse se tornar por nossa vontade uma "lei universal da "natureza", implica em que nossos juízos devem levar em consideração a nossa natureza: "a luz de nossa compreensão mútua como seres passionais devemos ver quais normas de juízo podem guiar nossa convivência como normas comuns. O que é certo para fazermos e o que é bom para nós são questões que de fato dependem da nossa natureza comum e a ela fazem referência. Nessa medida, existe uma 'lei natural'." (MacCormick, 2008, p. 200) Essa lei natural, ele aceita.

Contudo, isso não significa que existe um "livro guia", muito menos que existiria uma lei inscrita em nossa natureza ou "em nosso coração". Antes, as regras e princípios morais são estabelecidos indutivamente pela reflexão em juízos atuais do tipo que confirmamos por referência ao raciocínio do 'espectador' "parcial". Tais regras, serão, necessariamente, culturalmente relativas e estão sempre abertas à crítica e à revisão.

"se a crença na lei natural requer crer em tal código perfeito pré-ordenado, ela seria uma crença falsa. Em contraste, se o que se quer dizer por 'lei' natural' é que os seres humanos possuem em sua natureza uma propensão a um comportamento normativamente guiado e, nesse sentido, parecido com lei (law-like behaviour), então a crença é correta." (MacCormick, 2008, p. 200).

Desse modo, MacCormick define a lei natural não como um conjunto de regras estabelecido *a priori*. "Ela é, no máximo, um conjunto de generalizações indutivas justificado de acordo com a metodologia de suas derivações por meio da experiência humana prática em determinados contextos sociais" (MacCormick, 2008, p. 201).

Todos os operadores do direito são agentes morais, e qualquer autoridade mediada pelo direito intenciona que as regras ou decisões por ela estabelecida sejam moralmente justificáveis, e as apresentam assim aos destinatários das decisões. Seria até mesmo contraditório a emanção de uma regra que começasse com "decreto que a seguinte lei injusta deve ser obedecida no Estado...". O papel dos legisladores e dos juízes é criar e manter uma moldura de uma boa sociedade, que consiste em uma estrutura na qual os seres humanos, enquanto agentes morais autônomos, podem viver juntos em paz e harmonia. Desse modo, as leis devem ser justas e conduzir ao bem comum da boa sociedade.

Esses não são objetivos que observamos completamente materializados no direito positivo. Contudo, ainda assim o direito produzido continua sendo lei, assim como romancistas

que escrevem romances ruins continuam sendo escritores e sua obra continua sendo um romance. Figura como exceção os casos de extrema injustiça e irracionalidade, onde os limites do poder foram ultrapassados para além de qualquer fronteira e coerência com os propósitos ou causas finais do exercício do legislativo e judiciário.

A validade do direito e seu caráter positivo depende de seu caráter institucional. Os poderes legislativo e judiciário possuem uma aspiração à justiça e ao bem comum, em seu propósito final. O direito positivo não incorpora a lei natural em nenhum dos dois sentidos plenamente – nem no sentido inviável, do livro-de-regras pré-determinado; nem naquele expresso no imperativo categórico Smithiano. “existe um gap conceitual entre o direito positivo e o direito natural, assim como existe entre o direito positivo e a moralidade ideal” (MacCormick, 2008, p. 202).

De todo modo, não fica claro de que modo teríamos acesso a esses valores. Mas não nos parece, inicialmente, que MacCormick estaria disposto a fazer qualquer lista indicando condições essenciais para o florescimento humano. Antes, esses valores, em nossa leitura, seriam acessíveis por sentimentos morais e, ao mesmo tempo, pressupostos e explicitados no imperativo categórico Smithiano, na formulação de leis universais, capazes de guiar a conduta, aqui e agora, de um determinado agente. Nada obstante, a formulação dessas leis permanece constantemente aberta a possibilidade de revisão e mudança, em razão do fundamento dos sentimentos morais presente em sua teoria.

Assim, e por isso, MacCormick não se identifica nem com o positivismo, nem com o jusnaturalismo clássicos, passando a conceituar sua própria posição como pós-positivista – provavelmente pela forte influência de Hart e tentativa inicial de aderir ao positivismo em seus preceitos.

2.9.Considerações finais

O propósito desta tese é construir e avaliar um conceito de instituição no paradigma neoclássico da lei natural. Para essa empreitada, buscamos mapear autores chave do pensamento institucional no direito, a fim, analogicamente, de “assentarmos o terreno, antes da construção do edifício”. Para este fim, dividimos esse trabalho em quatro partes – o primeiro capítulo voltado ao primeiro institucionalista no direito, o francês Maurice Hauriou; o segundo, trazendo o tema para a contemporaneidade, com o escocês Neil MacCormick; o terceiro - apresentado as bases teóricas do paradigma em que desejamos construir nossa teoria sobre a

instituição – John Finnis, eleito como representante da teoria neoclássica da lei natural; e o quarto, com a efetiva apresentação de nossa proposta conceitual.

No primeiro capítulo, exploramos a teoria da instituição de Hauriou, com o foco na instituição-pessoa. Aprendemos, ali, sobre os elementos da instituição, sua fundação, vida, ação e morte. De posse da divisão de Hauriou entre instituições que se corporificam (instituições-pessoa) e instituições que não se corporificam (instituições-coisa), resolvemos focar o trabalho do MacCormick na perspectiva de que, na análise de sua proposta do conceito de direito, poderíamos encontrar os elementos da instituição-coisa, uma vez que o direito é uma dessas instituições. Essa, certamente, não é a proposta de MacCormick, mas ainda assim identificamos que a formulação de MacCormick parece sim apontar elementos que podem ser generalizados para todo tipo de instituição-coisa.

Os elementos da instituição-coisa que extraímos do trabalho de MacCormick, então, são a ordem, a normatividade e a institucionalidade. Em relação à ordem, temos que instituições-coisa estabelecem uma ordem aos assuntos humanos – assim é, por exemplo, com a moeda, o direito, o contrato e a hipoteca. Uma ordem no sentido de atribuir significado e direcionar como determinadas ações – uma compra e venda; um aluguel imobiliário – devem ser levadas adiante para se atingir o objetivo desejado. Além disso, essa ordem estabelecida por instituições coisa é normativa – a moeda, na perspectiva institucional, é obrigatória, se você deseja estabelecer relações de troca de bens e serviços, em geral; o contrato é vinculante; a hipoteca executável. Não é uma ordem meramente discricionária, ela é *normativa*, e, nesse sentido, deontológica¹²⁵. Aqui, a leitura de Searle ecoa, quando ele entende que realidades institucionais são aquelas embebidas em deontologias. Sim, instituições (tanto pessoa, quanto coisa), por sua normatividade e organização, sempre carregaram alguma(s) forma(s) de deontologia, normas e poderes.

Finalmente, a instituição-coisa é também institucional. Aqui, identificamos um ponto de convergência muito oportuno entre Hauriou e MacCormick. Hauriou (2009, p. 20) afirma que:

a regra de direito estabelecida socialmente é uma instituição desse segundo tipo [instituição-coisa]; ela é uma instituição porque na qualidade de ideia ela se propaga e vive no meio social, mas, visivelmente, ela não engendra uma corporação que lhe seja própria; ela vive no corpo social, por exemplo, **no Estado, tomando emprestado deste último seu poder de sanção e aproveitando as manifestações de comunhão que ocorrem dentro dele**. Ela não pode engendrar uma corporação porque ela não é

¹²⁵ No sentido de estabelecer obrigações, deveres, responsabilidades e poderes/direitos.

um princípio de ação ou de empresa, mas, ao contrário, um princípio de limitação (grifo nosso)

Ou seja, generalizando a análise de regras jurídicas de Hauriou, temos que instituições-coisa não se corporificam, mas têm sua normatividade apoiada por algum tipo de instituição-pessoa. No caso da regra de direito, Hauriou aponta que ela vive no corpo social e “toma emprestado” o poder de sanção do Estado. Aqui, vejo dois pontos compatíveis com MacCormick. O primeiro está relacionado à própria qualidade de institucionalidade da instituição-coisa. Isto é, por institucionalidade, queremos dizer que toda instituição-coisa depende de instituições-pessoa. A existência de instituições-coisa, sua criação, alteração, determinação, eficiência, poder, depende de algum ou alguns tipos de instituição-pessoa. Ora, isso é absolutamente compatível com a ideia de MacCormick sobre o direito enquanto uma realidade *institucional* – isto é, uma realidade que possui uma segunda camada que avalia a primeira camada normativa, resolvendo eventuais conflitos entre as normas, por meio de *agências* (MacCormick, 2007, p. 289). Essas agências precisam ser capazes de se expressar, para poder formular juízos decisórios sobre conflitos na primeira camada, e, para isso, elas precisam ter personalidade. Apenas instituições pessoa se corporificam. O elemento da institucionalização, então, está relacionado à inserção de instituições pessoa que se relacionaram e darão poder à instituição-coisa – nesse caso, o direito.

O segundo ponto compatível com o pensamento de Hauriou, neste tópico, é a visão auxiliar do Estado – da instituição-pessoa do Estado -, em especial por seu poder de coerção, como elemento que empresta poder ao direito. Nesse sentido, confira o seguinte trecho de MacCormick:

a ordem normativa não é sustentável sem alguma disposição de poder e, e ao fim, de força bruta. Entretanto, **não se trata de uma dependência conceitual de norma ou coerção**, como a dependência conceitual vista por Austin entre comando, sanção e dever [...] **Logo, a ideia de Hart quanto a ordem legal não essencialmente coerciva, mas envolvendo ‘cooperação voluntária num sistema coercivo’ pode ser endossada, ainda que dentro de um quadro-padrão que toma certa distância do trabalho dele.** (Grifos nossos)

Ou seja, para MacCormick, o direito também empresta a força coerciva do Estado, mas ele não se confunde com ela – o direito, concluímos, é uma instituição-coisa, que empresta a sua força de instituições-pessoa, em especial, da instituição do Estado. Este é o cerne de nosso argumento sobre os elementos da instituição-coisa que acreditamos ser possível derivar da teoria neoinstitucionalista de MacCormick.

No mais, o caso central do direito, para MacCormick está, não apenas em que o direito é uma ordem normativa institucionalizada, mas em que ele é capaz de tornar comum e

determinado socialmente aquilo que é interpessoalmente controverso na perspectiva da moralidade autônoma (MacCormick, 2007, p. 258), ele é responsável por resolver conflitos de coordenação social.

Neste capítulo, tentamos estabelecer as bases da corrente mais proeminente sobre o institucionalismo no direito hodiernamente. Em síntese, MacCormick defende que o direito é uma ordem normativa institucional – definição que expandimos e aplicamos para todo tipo de instituição-coisa. Iniciar a explanação pela consideração de ordens normativas apenas faz sentido porque MacCormick estabelece que, antes de sermos “fazedores de normas”, somos, por natureza, usuários de normas. Seu argumento repousa na nossa capacidade de linguagem – esse é o fato antropológico mais singular de nossa natureza humana. A linguagem implica o uso de normas. Somos, portanto, primeiro, usuários de normas. Por sermos, por natureza, usuários de normas, é possível encontrarmos na sociedade, ordens normativas espontâneas, baseadas em crenças e expectativas mútuas, pautadas em consensos sobrepostos, sem que haja norma explicitamente formulada sobre a matéria. Em ordens normativas informais, a produção normativa explícita é posterior e, provavelmente, não haverá unanimidade sobre todas as suas nuances, em relação a determinada ordem, uma vez que seja expressa. Aqui, a interpretação precede a promulgação da norma.

Ordens normativas informais estão pautadas no consenso. Mas nem sempre é possível haver consenso, e, então, para dirimir questões de ordenação social e viabilizar a vivência comum civilizada, é necessário que existam agências ou pessoas responsáveis por tomar decisões que tenham autoridade para resolver o dissenso e eventuais problemas internos. A presença desta camada extra – não apenas das normas, mas de agentes responsáveis por decidir questões sobre as normas – torna a ordem normativa uma ordem institucionalizada. Nesse marco, a promulgação da norma precede sua interpretação.

Inicialmente, pareceria confuso o uso do termo “instituição” na teoria de MacCormick, uma vez que, por vezes, ele parece identificá-lo com “formalização”, ou “organização”. Mas se percebermos o afirmado anteriormente, fica claro que, o processo que “formalização” ou “organização” que ele se refere é, justamente, a existência de agências, que são instituições, responsáveis por resolver questões conflituosas dentro da própria ordem. Essas instituições são instâncias recorrentes de práticas ordenadas imputáveis a normas iguais ou similares (MacCormick, 2007, p. 32). Ou seja, instituições permeiam o direito e estão relacionadas com sua produção, aplicação, transformação e anulação.

À luz do exposto, portanto, acreditamos que o direito, para MacCormick, é, antes de tudo, uma ordem normativa *administrada* por instituições, e delas dependente – por isso, ele é uma espécie de instituição-coisa. O direito se relaciona intimamente com instituições-pessoa, mas ele não se confunde com uma delas, como dissemos acima. Podem existir ordens normativas sem instituições – isso pode ser derivado e fundamentado no pressuposto antropológico de que somos, antes de tudo, usuários de normas. Contudo, não existem instituições sem ordens normativas.

Identificar a instituição com “instâncias normativas de práticas ordenadas imputáveis a normas iguais ou similares” de fato identifica, ao menos parcialmente, instituições – tanto instituições coisa, quanto instituições pessoa: o direito é uma prática normativa, o Estado e a universidade também. Todas essas realidades são práticas normativas ordenadas por um conjunto de normas adequado a cada realidade.

O objetivo de MacCormick com a inserção das instituições no conceito de direito é apresentar um caminho para uma teoria do direito que dê conta de descrever as diferenças contextualmente localizadas entre os diferentes tipos de produção jurídica de diferentes civilizações e povos – tanto em relação aos direitos dos estados, quanto aqueles sub e supra estatais. Isso aconteceria porque, enquanto um fenômeno social, a instituição é uma prática ordenada finalística – toda instituição visa um fim ou é concebida à luz de determinado fim. Esses fins podem diferir contextualmente, porque eles se relacionarão a valores.

Talvez o principal valor defendido pela teoria de MacCormick seja o valor da autonomia. Ao mesmo tempo que somos, antropológicamente, usuários de normas, em um primeiro momento, o ser humano maduro é aquele que progressivamente avança de uma posição heterônoma, em direção à maturidade moral, a fim de assumir responsabilidade por seus próprios atos. A autonomia, portanto, está relacionada ao nosso processo deliberativo, a possibilidade de decidir sobre o que fazer (ou não fazer), a partir de um juízo decisório concebido à luz de um determinado contexto e sob certa descrição.

O modo como esse processo deliberativo é levado adiante, segundo MacCormick, pode ser compreendido a partir de uma junção entre o imperativo categórico kantiano e o espectador imparcial de Adam Smith. Então, a fim de construir sua teoria moral MacCormick considera que, nos fundamentos de nossos juízos práticos repousam expectativas mútuas e a capacidade de simpatia, a qual nos permite sentir junto, ainda que em menor grau, as dores e injustiças de outros, trazendo à tona sentimentos morais que dizem respeito a situações relacionadas, não apenas a nós, mas também vividas por outros.

Por sermos sociais e empáticos, queremos estar alinhados com os juízos de outras pessoas. Por isso, balizamos nossos sentimentos morais pela perspectiva de um espectador imparcial, teoricamente conhecedor de todas as circunstâncias referentes ao caso. E assim, na deliberação desse espectador ideal, que leva em consideração os sentimentos morais das partes envolvidas, é que se insere o imperativo categórico, que é identificado como “imperativo categórico Smithiano” e assume a seguinte forma: *Entre tão plenamente quanto possível nos sentimentos de todos diretamente envolvidos ou afetados por um incidente ou relação, e imparcialmente forme uma máxima de julgamento sobre o que é o correto que todos poderiam aceitar se eles estivessem comprometidos em manter crenças mútuas estabelecendo um padrão comum de aprovação ou reprovação entre eles*. Esta formulação possuiria ainda o seguinte imperativo subsidiário (MacCormick, 2008, p. 64): *Aja de acordo com o juízo imparcial sobre o que é correto fazer a respeito de um dado incidente ou relacionamento*.

O bom agente moral é aquele que segue e aplica o imperativo categórico Smithiano em suas deliberações e esse agente é o modelo que bons sistemas judiciais tentam institucionalizar. Em certo sentido, o julgamento jurídico é um tipo de julgamento moral com especificidades relacionadas ao processo. Instituições jurídicas precisam consagrar proteções formais para a imparcialidade e fidelidade dos agentes do estado às regras do direito e limites do poder, assim como o agente, em uma menor escala, precisa balizar suas deliberações pelo processo de avaliação de sentimentos morais.

A pergunta que fica insuficientemente respondida nessa teoria, contudo, é, de que modo podemos avaliar as finalidades de uma instituição? Nossos juízos morais, segundo afirma MacCormick, leva em consideração nossos sentimentos morais, mas não se resume a eles. Antes, nossos juízos seriam inteligíveis, modulados pelo espectador imparcial no imperativo categórico kantiano. Mas qual é o parâmetro que dirige a inteligibilidade e nos permite distinguir entre sentimentos morais?

Alinhar os sentimentos morais à um espectador ideal contextualmente posicionado pode dirigir a ação no sentido de levar, senão todos, pelo menos a multidão, a concordar com a regra que dirige inimigos do estado a coliseus, para serem devorados vivos. Ou, talvez, ainda, ao holocausto como forma de purgar uma nação dos “ratos judeus”, e outras formas de crueldade que podemos perceber como moralmente inadmissíveis. Não são tão escassos exemplos em que encontramos a desumanização do “inimigo” compartilhada por um número suficiente de membros ao ponto de tornar a prática efetiva. O espectador ideal imparcial é ineficiente para oferecer parâmetros avaliativos de práticas ordenadas ou institucionais.

Por isso, acreditamos que, um conceito verdadeiramente relevante de instituições não pode ignorar um cognitivismo moral mais robusto e é exatamente por essa razão que desejamos buscar construir uma teoria da instituição no paradigma neoclássico da lei natural, vertente a qual nos voltamos agora.

3. A TEORIA NEOCLÁSSICA DA LEI NATURAL

A nova teoria da lei natural é uma revitalização do pensamento clássico a partir de uma proposta cognitivista robusta da razão prática. Ela é marcada por certa influência da filosofia analítica de Hart, que lhe abre as portas com a inserção da ideia de se levar em consideração a perspectiva do observador interno na análise do direito. Esta vertente, não apresenta uma teoria robusta explícita sobre instituições. Acreditamos, contudo, que seus fundamentos, aliados a insights de outros autores, em particular, no direito, aos de MacCormick, Searle e Hauriou, nos permitirá construir uma teoria institucional neoclássica, que oferecerá uma chave hermenêutica interpretativa para valorar e nortear instituições – que nos cercam e afetam por todos os lados –, bem como oferecerá uma concepção de direito mais coerente para ser articulada na defesa de direitos fundamentais.

3.1.Introdução ao autor

John Mitchell Finnis (1940-), de origem australiana, foi orientando de H. L. A. Hart, na Universidade de Oxford, entre 1962-1965 – período de intensos debates acerca da obra hartiana “O conceito do direito”, publicada em 1961. Em 1966, Finnis tornou-se *Fellow* da *University College Oxford* e colega de trabalho de Hart, que pediu-lhe que contribuísse a uma coleção de livros em direito como um volume tratando sobre o direito natural, intitulado “Lei Natural e Direitos Naturais” (*Natural Law and Natural Rights*) (Finnis, 2011c, p. 414).

Em 1965, Finnis leu o artigo “*The first principle of practical reason: a commentary on the summa theologiae, I-2, question 94, article 2*” (Grisez, 1965), de Germain Grisez. A releitura de Grisez (1929-2018) do primeiro princípio da razão prática mostrou-se inovadora e apontou um caminho para a revitalização de uma teoria da lei natural e da razão prática apta aos debates contemporâneos na filosofia do direito.

Apesar de “Leis Naturais e Direitos Naturais” ser a obra mais conhecida de Finnis, porquanto apresenta seu conceito de direito, muitos aspectos da fundamentação metaética e normativa só foram desenvolvidos mais tarde. Destacando-se aqui os trabalhos “*Fundamentals of Ethics*” (Finnis, 1983)¹²⁶; “*Aquinas: moral, political and legal thinking*” (1998) e a série de ensaios reunidos, “*The Collected Essays of John Finnis*”, de cinco volumes, publicada pela

¹²⁶ Obra traduzida ao português e publicada em 2012 como “Fundamentos de Ética”, pela editora Elsevier e que consiste nas seis *Carroll Lectures* apresentadas na Universidade de Georgetown, em 1982.

editora Oxford em 2011. Atualmente, as repercussões da nova teoria da lei natural podem ser encontradas em inúmeros debates na filosofia moral e na teoria do direito¹²⁷.

3.2.Método

Finnis, nos desdobramentos da teoria do direito, é, atualmente, o maior nome na filosofia da lei natural, em atividade. Contudo, para além de suas contribuições à tradição específica em que se enquadra, foi em sua proposta metodológica que Finnis alcançou, talvez, maior notoriedade. Como disse MacCormick (2007, p. 295), Finnis foi responsável por mostrar que não é possível descrever sem avaliar, combatendo frontalmente a expectativa de análise avaliativa das ciências sociais, presente no positivismo.

Nesse contexto, identificamos três pressupostos metodológicos basilares da teoria finnisiana, quais sejam: (1) a divisão epistemológica entre as quatro ordens da realidade e do conhecimento; (2) a análise teleológica da ação; e (3) a metodologia do significado focal.

3.2.1. *As quatro ordens da realidade*

As quatro ordens da realidade¹²⁸ constituem um pressuposto epistemológico essencial que recorta a realidade em quatro grandes áreas, e assim define quatro tipos diferentes de conhecimento, e, por conseguinte, de possibilidades metodológicas para buscar esse conhecimento, em cada uma delas. Obviamente, a realidade, como a experimentamos, é unificada. É no processo de análises e sínteses, em que buscamos conhece-la, que a dividimos.

As quatro ordens, não tão trabalhadas em sua obra prima “Lei Natural e Direitos Naturais” (1980), são mais claramente expostas no artigo ‘*Legal reasoning as practical reasoning*’, de 1992 (Finnis, 2011e, p. 216-219) e na obra “*Aquinas*”, de 1998. Segundo Finnis, para construirmos uma teoria no marco das ciências sociais, é necessário antes entender que há

¹²⁷ Finnis afirma que o rótulo “*New Natural Law Theory*” surgiu de uma crítica superficial estabelecida por Russel Hittinger na obra “*A Critique of the New Natural Law Theory*” (1989). Para Finnis, o rótulo “*New Classical Natural Law Theory*” deve ser preferido porque sua teoria não é nenhuma “novidade” trivial, mas é, na realidade, uma atualização de ideias clássicas do pensamento ocidental e remonta às ideias jusnaturalistas de Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino (Finnis, 2007, pp. 55-57).

¹²⁸ Apesar de pressuposta em “Lei Natural e Direitos Naturais” (1980), esse aporte metodológico não é adequadamente apresentado como tal, sendo introduzido apenas no capítulo VI, quando trata sobre relações unificadoras, e no capítulo XIII. Além disso, no capítulo VI, ele inverte as ordens técnica e existencial, erro reconhecido, por destoar da proposta original de Aquino e Grisez, e retratado no pós-escrito publicado na 2.^a edição (Finnis, 2011c, p. 457).

quatro tipos irreduzíveis de ciência, correspondentes a quatro ordens distintas da realidade (Finnis, 1998, p. 21). As quatro ordens da realidade são: (1) ordem natural – que estudamos a partir das ciências da natureza, que constituem assuntos não afetados pelos nossos pensamentos; (2) a ordem lógica, que se refere ao domínio que podemos trazer ao nosso próprio pensamento, estudada nas ciências relacionadas à linguagem, gramática; (3) a ordem existencial¹²⁹ ou ética, que se refere a ordem deliberativa auto-constitutiva, estudada nas disciplinas da política, da psicologia, da filosofia moral e política – a junção das ciências que estudam essa ordem, Aquino chamou de *philosophia moralis*¹³⁰; e (4) a ordem técnica, que corresponde às artes práticas.

Ilustrando o ponto, a partir do exemplo dado pelo próprio Finnis, temos o seguinte: Considere que uma palestra está acontecendo. [1] Ouvem-se os *sons* produzidos pelas cordas vocais do palestrante: há uma ordem natural que não estabelecemos por nosso próprio entendimento, mas que podemos investigar por meio dele; [2] ouvem-se as *exposições, argumentos e explicações* do palestrante e o entendimento do ouvinte é alinhado a elas: há uma ordem lógica que pode ser trazida ao arrazoar, ao escrutínio, às investigações do próprio ouvinte estudada pela lógica, metodologia e epistemologia; [3] ouve-se *o palestrante* que está (assim como o ouvinte) *livremente* participando daquela atividade e em relacionamento humano: há uma ordem moral ou existencial que pode ser trazida às disposições, às escolhas e às ações do próprio sujeito; [4] ouve-se a *língua portuguesa* e as proposições organizadas a partir de uma técnica retórica ou explanatória pois existe também uma ordem que se pode estabelecer quanto às coisas que estão em poder das pessoas, permitindo assim a criação de objetos como poemas, barcos, softwares, armamentos de guerra, etc.; esta é a ordem da *poiesis*, da técnica, da cultura, e é estudada pelas artes e tecnologias, bem como pela linguística e pela retórica (Finnis, 2011e, pp. 217-218; Riker, 2020, p. 63-66).

¹²⁹ Esta ordem engloba todas as condutas humanas autodeterminadas. É a ordem que trazemos à nossa existência por meio da deliberação e das escolhas inteligentes. Como a deliberação voltada à escolha e à ação é um ato da razão prática, orientado pela razoabilidade prática, temos que se trata da ordem na qual fazemos escolhas razoáveis – *por razões*. Para a lei natural, as escolhas verdadeiramente razoáveis e pautadas nos requisitos da razoabilidade prática constituem e são a moralidade. Para a lei natural, algo é imoral quando é irrazoável (Grisez, 1965, p. 182). Feitas essas ressalvas, é correto, portanto, entender que a terceira ordem é a ordem moral – não do moralismo estrito, mas da deliberação razoável em todas as áreas que envolvam condutas humanas autodeterminadas. Para evitar reducionismos no conceito, optamos por falar em *ordem existencial* nesse primeiro momento – termo empregado por Finnis no artigo *Legal reasoning as practical reasoning* (2011e, p. 217). Todavia, com isso em mente, adiante usaremos os termos ordem existencial e ordem moral como sinônimos – sempre nos referindo à 3.^a ordem.

¹³⁰ Aquino entende que a 3.^a ordem é objeto de estudo da *philosophia morallis* – que não se confunde com filosofia moral. Antes, refere-se a toda ação humana na ordem do agir, toda conduta humana autodeterminada (livre e deliberativa). Substituímos o termo pelas diversas áreas que estudam a conduta humana autodeterminada a fim de atualizar o significado original à linguagem moderna.

Percebemos que existe um paralelo entre a divisão das faculdades racionais em razão prática e razão teórica e as ordens da realidade. Aqui, as ordens natural e lógica estariam, aparentemente, mais associadas à razão teórica. Isto porque trata-se de assuntos que não podem ser alterados pela ação humana. O homem conhece as leis da natureza e age *dentro* delas, não podendo mudá-las a partir de seu pensamento. Ele pode, todavia, construir um dique para a água da chuva e estocar para o tempo de escassez. Saber que a chuva é um fenômeno natural, contudo, não é equivalente a conhecer e empregar as técnicas de construção civil para o dique. Isso porque as coisas que podemos trazer do pensamento à realidade estão relacionadas a algum tipo de ação – e o campo da ação é o campo da razão prática. Essa ação pode ser de dois tipos – do tipo que é empregada em um objeto fora do sujeito, a ordem técnica; ou do tipo que se *integra* ao sujeito, construindo o seu próprio caráter e identidade, a ordem existencial. Por isso, pela associação com o agir, as ordens existencial e técnica estariam relacionadas à razão prática.

Assim, quando pensamos em um determinado objeto, precisamos primeiro, entender sob qual ótica queremos avaliá-lo. Uma boa teoria precisa identificar qual a perspectiva do recorte da realidade que selecionou a fim de conhecer o objeto perseguido. Quando pensamos na instituição, parece-nos que a análise que nos propomos a realizar aqui é a busca de uma compreensão teórica de um artefato prático, na medida em que instituições são criações relacionadas ao campo da ação humana, realidades que afetam, limitam, exigem e proíbem nosso horizonte de possibilidades de ação. Instituições, portanto, parecem estar associadas a algum tipo de normatividade – e nesse sentido caminha tanto a análise de MacCormick, quanto as de Searle e de Hauriou acima vistas –, estabelecendo ou pelo menos compondo a moldura que estabelece diretividade à razão prática sobre o que pode ou não, ou deve ou não ser realizado. Vista nessa perspectiva, a instituição parece ser um fenômeno a ser analisado sob a terceira ordem da realidade – a ordem que molda nosso próprio caráter, por meio de nossas livres deliberações e escolhas.

A relevância disto é que, a seleção do método para analisarmos instituições, portanto, não pode excluir a metodologia de análise de ações humanas, porque é isto que irá, ao mesmo tempo, afetar e ser afetado por instituições. E, nesse último ponto, retornamos à exposição dos pressupostos metodológicos de Finnis, passando a nos perguntar, então, como podemos entender a ação humana?

3.2.2. *A análise teleológica da ação*

As ações humanas são objeto de estudo na terceira e na quarta ordem. A quarta ordem não será objeto de muita atenção nesse tópico, porquanto sua ênfase está nas atividades a partir da técnica, nas ações relacionadas ao *fazer*, que constroem algo que não permanece necessariamente no agente – o foco é a boa realização daquele objeto. Nosso enfoque, por hora, será a terceira ordem, que, a sua vez, está relacionada com o *agir*, com a conduta humana livremente escolhida e realizada, aquela que permanece no agente e é, por isso, autodeterminante e autodeterminada – no sentido que vai construindo a identidade do próprio agente.

A ação que buscamos compreender, aqui, portanto, é o tipo de agir que envolve vontade, intenção, deliberação e decisão¹³¹. Nesse sentido, é um agir autônomo¹³² – mas não, por isso, arbitrário. É um agir livre, que molda o caráter do agente e pelo qual ele pode ser responsabilizado. Mas de que maneira uma escolha é livre? Alguém faz uma escolha livremente quando, julgando entre razões e motivos para adotar uma determinada via de ação, e razões para adotar alguma alternativa incompatível, a pessoa prefere uma opção à outra e, assim, define o que irá fazer.

Mas a compreensão da ação humana, nos mostra Finnis, depende da compreensão da finalidade da ação. Para descrevermos *o que* alguém está fazendo, a pergunta que deve ser estrategicamente posta é *por que* a pessoa está se comportando daquela forma (Finnis, 1998, p. 35). Essa pergunta, uma vez posta em andamento, será sempre acompanhada de um novo “por que” até que encontre um objeto que dispense justificção posterior. Esse último “por que” será a razão final da ação. Para que esse último “por que” não precise de um novo “por que”, ele precisa ser auto evidente, isto é, algo conhecido mediante a apreensão de seus termos e suficientemente atrativo em benefício para tornar a ação razoável e desejável. Esses fins últimos são chamados por Finnis de bens humanos básicos – básicos no sentido de fundamentais, basilares.

¹³¹ Cada um desses termos possui significado próprio advindo da teoria da lei natural. E, nesse capítulo, pressuponho esses significados. A título exemplificativo, quando falamos aqui de “vontade”, não nos referimos apenas a desejos emocionalmente ou passionalmente guiados. Mas ao conceito de vontade finnisiano, segundo o qual a vontade é a habilidade de responder a razões para a ação. A deliberação, por sua vez, é um processo que passa por diversas etapas, e é melhor descrito por Finnis em “Aquinas” (1998), quando, no terceiro capítulo, ele vai apontando e distinguindo as diversas fases do processo deliberativo em *electio*, *intentio*, *consilium*, *consensus*, *sententia*, *imperium*, *usus* e *fruitio*, por exemplo.

¹³² O sentido de autonomia aqui se aproxima, mas não equivale, ao sentido empregado por MacCormick

Assim, Finnis argumenta, na esteira da tradição da lei natural e do aristotelismo, que a investigação de qualquer ação, ou atividade – e por conseguinte, de práticas – só são compreensíveis a partir dos fins aos quais ela está voltada. Os fins últimos das ações humanas são bens humanos básicos.

Considerando que instituições são espectros que influem sobre decisões humanas, devemos considerar que a única possibilidade, à luz da teoria neoclássica, de que as instituições sejam atraentes, influentes e legitimamente vinculantes sobre seres humanos é se elas (e na medida em que elas) tenham por propósito bens inteligíveis, isto é, capazes de, em alguma medida, instanciar ou ser instrumental para a instanciação de bens humanos básicos. Além disso, sendo bens básicos razões últimas para a ação humana, quanto mais diretamente relacionadas à instanciação ou proteção desses, tanto maior a importância e necessidade daquela instituição; ao mesmo tempo em que mais “fortes” enquanto razão para ação, os atos relacionados a ela serão.

Existem também ações humanas coletivas. Elas ocorrem em comunidades e a descrição dessas comunidades também vai depender dos fins aos quais aquela comunidade está voltada. É por isso que não existe uma descrição avaliativa – porque para que o processo de análise possa ser realizado, o teórico precisa identificar os fins aos quais uma prática está voltada, e isso requer um juízo sobre os valores que motivam os participantes na prática ou na comunidade. Então, toda descrição pressupõe algum tipo de avaliação.

O mesmo se seguirá em análises institucionais. Apesar de ser terminologicamente simples, a palavra “instituição” abrange tantas possibilidades de instanciação, quanto são possíveis os mais diversos tipos de ações e associações humanas, em seus mais diversos graus e níveis – contrato, família, Estado, igreja. Na medida em que instituições são realidades marcadamente comunitárias e integradas por atos coordenados, sua identidade e compreensão, bem como a possibilidade de avaliá-la dependem de juízos de valor acerca dos bens aos quais ela está voltada.

Hauriou faria uma diferenciação entre ideia diretriz, bem e função. Como vimos, para Hauriou, a ideia de obra ou ideia diretora da instituição é seu objeto compartilhado subjetivamente pelo grupo fundacional – por exemplo, o ideal de justiça, ou igualdade. O fim seria um modo de cumprimento ou realização sempre parcial da ideia, e por isso, seria externo à instituição. A função seria uma emanção da ideia cuja realização levaria a instituição a assumir e desempenhar circunstancialmente diversas funções (Hauriou, 1968, p. 44-46; Wieczorek, 2020, p. 151).

Nada obstante, uma ideia de obra intersubjetivamente compartilhada só poderia ser atraente enquanto razão para a ação na medida em que os participantes ou idealizadores da instituição, enquanto agentes racionais, percebessem ali possibilidades reais de realização humana. O que significaria que, em última análise, até mesmo a ideia de obra precisaria estar pautada em algum tipo de bem inteligível que, ao fim e ao cabo, repousaria em um ou em uma junção, de bens humanos básicos. O “fim” previsto em Hauriou, se traduzido para uma teoria neoclássica da instituição, seria por sua vez uma das formas de instanciamento daquele bem e, por isso, ao contrário do que ele defendeu, não seria externo à instituição, mas integral a sua realidade material. Já as funções diversas que circunstancialmente a instituição vem a realizar, estão relacionadas a bens instrumentais relativos aos fins daquela instituição – tanto é assim, que é a associação aos bens principais da associação que marcará o paradigma para avaliarmos se as funções realizadas são legítimas, ou se estão fora da competência de determinada instituição.

Em uma comunidade, as ações podem ser individuais – isto é, das pessoas que integram a comunidade, mas que não estão relacionadas com os propósitos do grupo; ou da própria comunidade. Finnis dá como exemplo de ação coletiva, o ato do exército de cercar uma cidade (Finnis, 1998, p. 24-25). O que se observa, é que uma comunidade forma um tipo de todo, uma unidade de ordem e, de acordo com Finnis, o que torna essa ordem unificada são três elementos principais: (1) a coordenação de atividades entre os membros do grupo; (2) a relação entre a coordenação de atividades e o propósito da associação – isto é, os fins aos quais a associação está voltada; e (3) o tempo, a permanência ou habitualidade daquelas coordenações de ação.

No que toca à coordenação, Finnis faz sete observações que nos parecem extremamente relevantes para nos ajudar a pensarmos de que modo ocorrem coordenações em instituições. Entendemos que, no fim, instituições serão sempre, em alguma medida, entidades coletivas, que envolvem e requerem ações coordenadas para serem bem sucedidas. Pensemos no exemplo do judiciário, quantos juízes, oficiais de justiça, assessores, advogados, promotores públicos e tantas outras figuras, estão envolvidas para que essa instituição possa existir. São milhares de atos coordenados. Mas por que somos capazes de unificar tantos atores e atos sob uma mesma instituição? Claramente, existe algum tipo de ordem unificadora que depende da coordenação entre as partes. E, aqui, voltamos a Finnis – ele afirma que a coordenação:

[1] a coordenação deve ser compreendida com referência a seu objeto – não apenas com relação ao objetivo último, mas a cada objetivo intermediário para se alcançar o último;

[2] cada um desses fins pode ser a razão (*ratio/ rationale*), o objeto *diretivo*, a fonte primária da coordenação para alcançá-lo;

[3] a cada nível, a coordenação se dá ou por acordo unânime constante ou por observância a diretivas determinadas por líderes;

[4] a coordenação pode ser limitada com relação a seu objeto e sua duração;

[5] as formas limitadas (ou mesmo algumas ilimitadas) de coordenação podem ser estruturadas ao redor de uma técnica;

[6] a coordenação nos grupos humanos ocorre por meio de escolhas livres autodeterminantes, feitas por razões não redutíveis a qualquer técnica; em cada nível de coordenação, a escolha está sempre aberta para participar ou não, e tal decisão poderá ou não ter um efeito para o objetivo geral do grupo, mas certamente terá um significado distinto para a pessoa que tomou a decisão e as relações interpessoais que tal decisão trair ou afirmar;

[7] apesar de a coordenação quase sempre envolver algum tipo de autoridade, ela sempre irá requerer o exercício da autonomia das partes coordenadas (Finnis, 1998, pp. 35- 37).

Aplicando essa abordagem a nosso objeto de estudo, começamos a lançar alguma luz sobre a forma como nos aproximaremos do estudo da instituição. Desse modo, parece-nos que um estudo que se proponha a construir um tipo de moldura hermenêutica de instituições, pode partir da metodologia proposta por Finnis na medida em que instituições refletem um tipo de moldura comunitária quando, assim como as comunidades, instituições também são compostas ou *materializadas* em atos coordenados; atos esses que farão sentido e constituirão a identidade da instituição a partir dos fins visados nos atos e na própria instituição. Por serem atos humanos, sempre estarão sujeitos a liberdade de escolha e decisões dos integrantes da instituição.

Retornando a Finnis, temos então clareza sobre os fundamentos a partir do qual uma teoria social pode ser erigida: primeiro, definimos que há uma ordem específica para lidar com assuntos humanos que envolvem escolhas livres, deliberadas e autodeterminantes. Segundo, a compreensão e razoabilidade de ações pautadas em escolhas dessa natureza depende da compreensão dos fins visados – esses fins são o propósito e também o “por que” da ação. Terceiro, comunidades, enquanto associações humanas, dependem também de ações pautadas em escolhas livres coordenadas e compreendidas a partir dos fins buscados na comunidade. Para completar esse aspecto metodológico, falta-nos mencionar o aporte metodológico do significado focal.

3.2.3. *Significado focal*

O aporte metodológico do significado focal surge em meio a debates sobre a possibilidade de descrição avaliativa em teorias sociais, em especial no positivismo. O significado focal pressupõe uma eleição que se relaciona com um juízo de valor sobre a excelência de uma prática. Desse modo, quando buscamos avaliar uma determinada prática, digamos, um sistema de julgamento, pressupomos algo sobre o que seria um sistema de julgamento. Essa pressuposição do modelo é essencial, pois sem ela seria impossível identificar, em uma comunidade, que aquilo que se desenvolve diante de nossos olhos *é um julgamento*, e não um jogo de futebol. Contudo, essa construção não apenas pressupõe um modelo ou tipo de julgamento, mas também uma forma *ideal* – não se pressupõe, por exemplo, que o julgamento é, por natureza injusto e parcial. Antes, isso é visto como um modelo corrupto de julgamento. Nessa forma ideal, que o teórico precisar ter em mente para que a descrição ou análise seja, no mínimo, possível, estão presentes valores – se espera que um julgamento seja imparcial e justo – isso compõe o significado focal do julgamento.

Parece-nos, portanto, que toda categoria ideal social pressuposta em descrições é uma moldura hermenêutica carregada de juízos valorativos, passivamente recepcionados ou ativamente construídos, e, por isso, não é possível que uma descrição seja avaliativa. A boa teoria, assim, é construída a partir da clara exposição e fundamentação do teórico sobre os valores que elegeram e porque eles são relevantes para aquela moldura conceitual. Assim, se quero descrever como funciona o julgamento em uma determinada comunidade, pressuponho que há um mínimo de práticas necessárias para identificar que *isto* é um julgamento naquela sociedade – essas práticas, por exemplo, podem estar relacionadas a identificação de uma figura de autoridade, punições, acusadores, defensores, um réu e um conjunto de condições que o torna capaz e responsável – mas veja que “defensores” requer a possibilidade de defesa; a autoridade aqui pede um tipo de legitimidade, que em julgamentos, nos parece estar associada a imparcialidade, e, assim, conseguimos perceber que, por trás das categorias que o teórico decide listar na descrição, existem escolhas valorativas sobre o que importa e a partir de quais valores eles importam. Dito objetivamente, em toda análise, o teórico pressupõe um caso central, constituído pelo significado focal associado à prática.

O significado focal é aquilo que constitui e torna inteligível o conjunto relevante de práticas e modos correspondentes de linguagem, e, a partir de sua compreensão, é possível distinguir entre *casos centrais* e *casos periféricos* (Finnis, 2011c, p.11; 1998, p. 44). Pensar em

casos centrais e casos periféricos, por sua vez, está relacionado com o aporte da analogia. Não se trata da analogia de $a:b=c:d$ (a está para b como c está para d), mas sim de se observar uma relação unificadora de várias coisas a um mesmo caso central definido pelo significado focal.

Casos periféricos se relacionam com os casos centrais na medida em que compartilham vários pontos em comum com ele. Ainda que apresentem níveis maiores ou menores de imperfeição, o método analógico nos permite qualificar um caso periférico de uma determinada prática *como mais um caso* daquela prática, de modo que o vocabulário teórico pode acomodar uma variedade de realidades relevantes e os casos desviantes não são tratados como não-existent (Finnis, 1998, 47).

Esse método de análise permite-nos ainda diferenciar entre os estágios de desenvolvimento, de florescimento, de corrupção, etc., sem banir para outra disciplina os diversos graus de um mesmo objeto (Finnis, 2011c, p.10; 1998, p. 43). De fato, apenas a partir da eleição de casos centrais podemos diferenciar o sofisticado do corrupto em seus diversos níveis (casos periféricos). Assim, o caso central de uma prática é aquele que mais perfeitamente materializa o significado focal daquela mesma prática, o que requer e pressupõe alguma ideia sobre em que condições ou estado de coisas aquela prática é excelente, ou simplesmente é mais plenamente, livre de corrupções.

Para entender o significado focal de uma determinada prática, porquanto estarmos em busca de um conhecimento que é prático, buscando entender a ação humana em uma determinada área, precisamos buscar o significado focal no ponto de vista interno, que é a perspectiva do agente envolto na prática. Isso, como vimos acima, alcançamos inquirindo por que ele age, realiza ou tem “X”? (Finnis, 1998, p. 38).

Os juízos valorativos presentes em significados focais pressupõem paradigmas a partir dos quais é possível julgar e definir o que se espera ou torna essa prática um caso central. A busca do significado focal a partir da pergunta “por que você está fazendo x?”, envolve uma análise daquilo que na prática vale a pena ser realizado, das razões para agir e bens verdadeiros que fazem com que a vida humana realmente seja boa e valha a pena (Finnis, 2012, p. 4). Essa análise é o objeto da ética e é por isso que as respostas finais à pergunta “por que você está buscando, agindo, fazendo, querendo, x?” envolvem sim uma perspectiva que é interna, mas que é ao mesmo tempo um *ponto de vista moral* e, por isso, carregada em valores. Como afirmamos em outro trabalho (Riker, 2020, p. 62):

As valorações são indispensáveis nas descrições – é impossível evitá-las, como pretendeu, inicialmente, a teoria do direito positivista. Mesmo a eleição de que itens um teórico incluiria em uma lista para descrever uma determinada comunidade requer algum princípio de seleção. Como não é possível prover respostas satisfatórias sem

hierarquizar características da existência humana em termos de importância, o problema do ponto de vista moral é inescapável. Se há padrões racionais de certo e errado, eles constituem o critério apropriado tanto para selecionar assuntos para o estudo teórico quanto para a articulação de seus resultados (Finnis, 1998, p. 49-51).

Nesse ponto, Finnis está de acordo com MacCormick no sentido de que o que podemos esperar em termos de neutralidade em qualquer teoria social não são análises desprovidas de valoração, mas sim descrições que explicitamente expõem os fundamentos valorativos que embasam sua teoria. É com base nesses pressupostos metodológicos que desejamos proceder com nossa análise da instituição e propor a moldura hermenêutica para análises de casos específicos de instituições. Vamos perceber, ao longo deste trabalho, que apesar de Finnis não trabalhar abertamente o tema da instituição, existem muitos elementos que podem ser extraídos de seus escritos a fim de subsidiar tal teoria no âmbito da nova teoria da lei natural – e é isso que pretendemos fazer.

As razões e fundamentos apresentados acima apontam que a compreensão de ações e comunidades depende da compreensão dos fins. Finnis argumenta que os fins últimos da ação humana seriam também os fundamentos primeiros para a atratividade da ação e estes fins e fundamentos estão relacionados com o aspecto mais fundamental de nossa natureza, que, na perspectiva finnisiana, entendemos tratar-se, não da linguagem, como em MacCormick, mas da nossa razoabilidade – e nisto ele fundamentará sua teoria moral. Vejamos como.

3.3.Moral (I): Razão Prática, ceticismo e bens humanos básicos

A nova teoria da lei natural nasce da releitura da razão prática proposta por Grisez em 1965. Comumente, a lei natural é associada a ideia espantosa de que arbitrariamente, da natureza humana derivam-se valores e normas. Essa ideia, é encontrada pela navalha de Hume, segundo a qual de fatos descritivos não podemos extrair prescrições normativas. MacCormick endereça brevemente essa crítica humeniana, mas não parece dar grande importância para ela. Finnis, por outro lado, tem muitos trechos em que dialoga com Hume. Para além da crítica da navalha de Hume, o principal ponto que pareceu incomodar a Finnis foi a visão restrita de razão prática que tomou conta da academia e da cultura a partir da teoria de Hume (Finnis, 2011c, p. 415).

3.3.1. *O ceticismo moderno e a concepção restrita da razão prática*

A teoria moral de Hume fundamenta um tipo de não-cognitivismo moral e está bastante relacionada com o ceticismo moderno. Na leitura que Finnis faz de Hume, os termos “bem” e “mal” são apresentados como expressões de relação entre as coisas e os desejos daquele que as fala, posicionando a moralidade no campo de experiências sentimentais. Nesse sentido, Hume (1983, p. 15) afirma que “a moralidade é determinada pelo sentimento. [...] A virtude [é] qualquer ação mental ou qualidade que dê ao espectador o sentimento agradável de aprovação; e o vício é o seu contrário”. Para Hume (1983, p. 13), as qualidades avaliativas (certo ou errado, bem ou mal) são aspectos ilusórios gerados na inter-relação de nossos sentimentos em situações sociais e repetidas ao ponto de, talvez, exercer um papel útil. Desse modo, Hume assume uma concepção restrita da razão prática como algo instrumental a desejos sub-rationais, ao mesmo tempo em que supõe que tal razão é incapaz de identificar bens inteligíveis.

Finnis argumenta que há uma incompreensão terminológica na interpretação da razão prática relacionada à palavra desejo. Pessoas agindo deliberadamente, na visão finnisiana, estão motivadas pela razão para agir que parte da concepção de um bem a ser alcançado pela ação, por isso elas afirmam que “desejam agir assim”. Esse desejar, então, é interpretado como um desejo pré-razional e daí se assume que nosso raciocínio prático – inclusive o moral – está pautado em desejos sub-rationais. No entanto, ele continua, tais desejos baseiam-se no entendimento prático, que apreende os primeiros princípios da lei natural e razões últimas da ação humana: os bens humanos básicos. A apreensão desses bens, ao contrário do que uma posição cética argumentaria, não é uma questão de gosto ou de sentimentos, mas sim de apreender possibilidades de realização humana inteligentemente desejáveis.

A ideia de que a realidade moral é apenas a expressão de sentimentos não é adequada para explicar o fato de que as proposições morais não são intencionadas, nem recebidas pelo interlocutor como algo referente a sentimentos. Antes, as proposições morais são intencionadas e assumidas como [1] sendo capazes de ser verdadeiras ou falsas; e [2] como sendo, *intrinsecamente*, guias da ação – normativas (Finnis, 2012, p. 28). Considere a proposição cética de que “a ação humana é motivada por critérios sentimentais sobre o que é verdadeiramente digno de ser escolhido” (Finnis, 1998, p. 58). Essa proposição, primeiro, não é apresentada como uma opinião arbitrária, mas como um juízo verdadeiro, que pressupõe que há alguma verdade em jogo, e que quer ser considerado e valorado a partir da consideração de seus

argumentos e não dos sentimentos do interlocutor. Este, por sua vez, ao considerar a proposição honestamente, deseja conhecer algo verdadeiro, apesar do desconforto que isso possa vir a causar-lhe. Como já demonstramos (Riker, 2020, p. 106):

Nesse marco, a própria formulação do argumento não pressupõe que a proposição motive a ação humana a partir de critérios emotivos. Antes, o postulante da proposição cética, em regra, deseja que seu postulado seja aceito *a despeito dos sentimentos contrários* do seu interlocutor, isso porque a verdade identificada não é apenas outro sentimento, mas um conhecimento inteligente que, enquanto tal, é digno de ser aceito. Isso porque, no fundo, o conhecimento é um bem inteligível e não meramente apelativo às emoções.

Ou seja, a realidade moral é muito mais apresentada como algo que vai além e uma razão para agir *apesar dos sentimentos*, em certas situações, e não necessariamente por causa deles. Esse juízo que transcende a esfera dos sentimentos é um juízo prático inteligente sobre o que deve ser feito a partir de possibilidades inteligíveis, e não meramente experienciais, de realização humana verdadeiras¹³³. Desse modo, a realização humana não é apenas uma questão de satisfação de sentimentos baseados em desejos sub-rationais arbitrários, mas sim a instanciação de possibilidades de realização humana a partir de bens inteligíveis. Esses bens inteligíveis são os primeiros princípios do raciocínio prático e os fins últimos de toda ação humana reconhecida como uma oportunidade. São esses bens, enquanto princípios primários, que constituem a nossa razão prática.

3.3.2. *A razão prática na nova teoria da lei natural*

Como dissemos acima, Finnis recepciona a leitura que Grisez faz do primeiro princípio da razão prática. Acreditamos que isso acontece porque Finnis percebe nela um fundamento a partir do qual é possível responder ao ceticismo moderno, sem ignorar a lei de Hume. Desse modo Finnis enfrenta a objeção de não derivar fatos normativos de propostas descritivas apontando: (1) que, no campo de descrições práticas sociais, não é possível existir uma separação absoluta, porque toda descrição pressupõe critérios avaliativos; e (2) isso é assim porque estamos observando fenômenos práticos e tais fenômenos caem na esfera da razão prática do início ao fim.

O intelecto humano é unificado, mas no processo de análise podemos distinguir duas faculdades – a faculdade da razão teórica, que se relaciona com nossa capacidade de apreender

¹³³ Para maiores explicações sobre o assunto, confira o item 2.3 do livro de nossa autoria “A Razão do Casamento: uma reflexão filosófica a partir da Lei Natural” (2020).

o mundo exterior e conhece-lo; e a faculdade da razão prática, cujo foco não está em apreender o mundo exterior, mas em realizar um fim por meio da ação. Como estipulado no trabalho pioneiro de Grisez:

A mente teórica cruza a ponte sobre o dado para penetrar o reino do ser; ali a mente pode apreender qualquer coisa, atual ou possível, cuja realidade não seja condicionada pelo pensamento e pela ação do ser humano. A mente prática também cruza a ponte sobre o dado, mas introduz dádivas no reino do ser, pois o conhecimento prático contribui para a apreensão de possibilidades, que sendo oportunidades, requerem a ação humana para serem realizadas (GRISEZ, 1965, p. 176)¹³⁴.

Desse modo, quando propomos a pergunta chave “por que você está fazendo isso?”, nossa investigação, que é teórica, tem por objeto um domínio prático. Esse domínio é tornado possível e levado adiante por intermédio da diretividade da razão prática. Quando pensamos em agir, já estamos pensando num domínio prático – esse domínio é diretivo desde sua origem, porque trata-se da razão prática atuando a partir de um fim. O fim é a condição essencial da possibilidade da ação. Além disso, ele também é condição para a compreensão e razoabilidade do ato. Sem a descrição de um fim, não é possível apontar uma resposta coerente para a pergunta “por que você está fazendo/agindo/querendo/sendo x?”.

É exatamente neste ponto que a nova teoria da lei natural argumenta resgatar os clássicos: a adequada compreensão do primeiro princípio da razão prática é pré-moral. Ele é apenas indicativo da condição fundamental para ação. Assim, quando os clássicos afirmaram que “*o bem é para ser buscado e realizado e o mal é para ser evitado*”, a referência que se faz é ao bem enquanto objeto inteligível visado na ação humana. Se pensamos em agir, supomos ou pressupomos imediatamente um fim – um bem. E só é possível pensar em agir em razão de bens que são objetos de tendência humana. Um homem normal não pensaria em agir visando comer grama e regurgitar, ruminando no pasto como um boi – é *possível* que isto aconteça, mas não é *razoável*. As possibilidades de ação podem ser infinitas, mas as *oportunidades* de ação dependem da identificação de bens inteligíveis que verdadeiramente realizam algum potencial latente, aperfeiçoador, que pode vir a ser, mas que apenas será, por meio que a ação que o traga a realidade.

¹³⁴ O texto original possui estrutura gramatical de difícil tradução ao português, por isso essa citação não é completamente fiel à última sentença do trecho, cujo original reproduzimos: “*The theoretical mind crosses the bridge over the given to raid the realm of being; there the mind can grasp everything, actual or possible, whose reality is not conditioned upon the thought and action of man. The practical mind also crosses the bridge of the given, but it bears gifts into the realm of being, for practical knowledge contributes that whose possibility, being opportunity, requires human action for its realization*” (GRISEZ, 1965, p. 176).

Desse modo, a razão prática é construída a partir de experiências indutivas sobre os aspectos parciais ou atualizações pontuais de bens humanos que são, então, processadas no entendimento humano por um ato não-inferencial, chamado *insight*, e levam um conteúdo mínimo ao primeiro princípio da razão prática, passando a construí-la a partir da diretividade a determinados bens, inteligentemente experienciados como realizadores da natureza humana. Ilustrando o ponto, uma criança enxerga um lindo pôr do sol, escuta um belo poema, contempla um lindo desenho, o rosto de sua mãe, e, de todas essas experiências, percebe que existe um bem que vale a pena ser buscado e realizado que é a contemplação do belo. Nesse momento, o primeiro princípio da razão prática recebe um primeiro conteúdo, “a beleza é para ser buscada e realizada”. A beleza, enquanto um bem, é uma razão final para a ação, no sentido de que vale a pena, por si só, locomover-se até um determinado local, apenas para contemplar algo belo, por exemplo. Isso não requer explicações adicionais, basta alguma experiência adequada de realização desse bem, para que a percepção de seu valor seja formada – é nesse sentido que ele é auto evidente, bem como uma razão última para a ação. Novamente, uma sequência de atos fundamentados em última instância na busca da experiência genuína da beleza, é uma sequência que *faz sentido*, que é uma oportunidade, que é *razoável* (pelo menos, a princípio).

Existe uma relação entre as razões últimas para a ação humana e a própria natureza humana. O homem busca os fins ou bens que busca porque tem a natureza que tem. Isso significa que os fins que buscamos correspondem às nossas próprias tendências ou inclinações naturais. Nesse raciocínio, existe uma relação bastante enfatizada por Finnis, entre o conhecimento dos objetos da ação humana e o conhecimento da própria natureza humana. Só temos capacidade de realizar aquilo que nossa natureza permite – nossas capacidades revelam nossa natureza. Mas nossas próprias capacidades só podem ser conhecidas por meio da observação daquilo que podemos efetivamente realizar, ou seja, pelo conhecimento da ação humana. Esse conhecimento, por sua vez, é esclarecido pelas finalidades às quais as ações humanas estão voltadas. São essas finalidades que, em última instância, estão contidas nas razões últimas para o agir humanos – nos bens humanos básicos.

Portanto, a compreensão da natureza humana depende da apreensão correta dos bens humanos, das razões últimas para o agir humano. Ou seja, não se trata de estabelecer uma concepção a priori da natureza e derivar dela prescrições normativas – isso sim, cairia na Lei

de Hume, mas de, a partir dos fins da ação humana, encontrar algo sobre essa natureza¹³⁵. Essa é a ordem epistemológica – bens, ações, capacidades, natureza.

A ordem ontológica, por sua vez, é inversa à epistemológica. Ontologicamente falando, a relação de dependência entre os bens e a natureza é apresentada por Finnis (2012, p.21) assim: “Na ‘ordem ontológica’, sem dúvida, ‘a essência da alma’ firma-se nas potências, as potências firmam-se nos atos, os atos firmam-se no conhecimento dos objetos”. Ou seja, ontologicamente, a natureza precede a ação – buscamos os bens que buscamos, porque possuímos a natureza que possuímos. É da natureza de bois e vacas pastar, ruminar, comer grama – essas possibilidades são, para eles, oportunidades. Não é assim para nós, porque nada nessa experiência corresponde à nossa natureza, nos realiza, nos aperfeiçoa. Por outro lado, uma bolsa de estudos, um intercâmbio acadêmico ou cultural é sim muito mais do que uma possibilidade, é uma *oportunidade*. E a medida com que distinguimos isso é através da compreensão de um bem inteligível que aperfeiçoa a nossa natureza integrado à nossa razão prática como um princípio primário diretivo do agir humano– o bem humano básico do conhecimento (Finnis, 2012, p. 21; ver também Finnis, 1998, p. 90-91).

3.3.3. Os bens humanos básicos

Assim, os bens humanos básicos constituem os primeiros princípios da razão prática, ao mesmo tempo em que são as razões finais do agir humano, relacionando-se a nossa própria natureza. Mas qual seriam esses bens? E que características possuiriam?

3.3.3.1. Lista de bens

Finnis não teve pressa, nem hesitou em rearticular sua lista de bens básicos. Antes, suas ideias tiveram cerca de mais três décadas para amadurecer. Apesar de oscilar em alguns aspectos, não houve mudanças substantivas realmente comprometedoras de sua teoria. A primeira lista foi apresentada em 1978, alterada algumas poucas vezes ao longo dos próximos vinte anos, e consolidada a partir de 1996, com a inserção do casamento, enquanto união sexual unitiva e procriativa, ao rol da lista¹³⁶.

¹³⁵ Outra parte dessa natureza pode ser acessada pela biologia, pela antropologia cultural e até mesmo pela metafísica. O ponto é que essas descrições serão sempre incompletas sem o suplemento do conhecimento prático.

¹³⁶ Cf. RIKER, 2020, p. 125: “A primeira lista de bens humanos básicos é encontrada nos papers de Finnis apresentados em 1978, em Köln (M’PORA, 2010, p. 64) e corresponde à lista publicada em “Lei Natural e Direitos

Nesse diapasão, em 2011, no pós-escrito à segunda edição de “Leis Naturais e Direitos Naturais”, Finnis revisitou e refletiu sobre esse aspecto de sua teoria, concluindo a sua lista com a determinação dos seguintes bens humanos básicos: [1] o conhecimento (incluindo apreciação estética) da realidade; [2] a excelência na performance no trabalho e no jogo (jogo aqui enquanto *play*) considerados por si mesmos; [3] a vida corporal e os componentes de sua plenitude como a saúde, o vigor e a segurança; [4] a amizade ou harmonia e associação entre pessoas, em suas várias formas e profundidades; [5] a associação sexual de um homem e uma mulher que, apesar de envolver essencialmente tanto amizade entre os cônjuges quanto a procriação e educação de seus filhos, parece ter um significado e um benefício compartilhado que não é redutível nem à amizade nem à vida-em-transmissão e, portanto, deve ser reconhecida como um bem humano básico distinto – *o bem humano básico do casamento*; [6] o bem da harmonia entre os sentimentos e juízos (integridade interna), e entre os juízos e o comportamento (autenticidade) – subsumidos no bem da razoabilidade prática; e [7] o bem da religião que consiste na harmonia com uma fonte última de toda a realidade, de valor e significado¹³⁷¹³⁸.

Naturais” (1980). Em 1983, na obra “Fundamentos de Ética” (Finnis, 2012, p. 51), a lista é mantida integralmente. A lista foi apresentada de maneira distinta pela primeira vez em 1987, no artigo “Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends”, com a inclusão do trabalho (excelência no jogo e no trabalho) e a locação da experiência estética junto com o bem do conhecimento. Em 1992 (Finnis, 2011e, p. 213), a apreciação estética é posta entre parênteses, ao lado do bem do conhecimento (ou seja, um aspecto do mesmo). Em “Lei Natural, Direitos Naturais”, Finnis já havia antecipado a possibilidade de modificação na lista para a agregação do bem da procriação a uma categoria de bem humano analiticamente distinta, todavia é apenas na palestra de Bradley, em 1993, que Finnis apresenta, pela primeira vez, o casamento como um bem humano básico específico. Entretanto, em formato textual, a lista (cuja classificação é então mantida incólume em escritos posteriores, e.g., pós-escrito de “Lei Natural e Direitos Naturais”) com a adição do bem do casamento é publicada pela primeira vez em 1996, no artigo *is natural law theory compatible with limited government?* (George, 1996, p. 4).¹³⁷

Inicialmente, parece-nos que o bem humano básico da religião na Nova Teoria da Lei Natural é uma categoria abrangente, que não se limita, se quer, a concepções que incluam a presença de um deus (ou deuses) sobrenaturais. Nesse sentido, na obra “*Beyond the New Morality*”, Grisez e Russell Shaw, apontam o Marxismo como uma concepção religiosa, haja vista que se trata de uma teoria que adota uma perspectiva de valor e significado último, ainda que imanente. Desse modo, todos possuem uma concepção religiosa sobre o mundo, até mesmo os ateus – ainda que para alguns isso esteja mais claro, do que para outros. Não obstante, parece-nos que o tema da religião precisa ser estudado analiticamente, e é possível que a visão de Finnis não seja exatamente a mesma esboçada por Grisez na obra citada. Todavia, por não tratar-se de objeto deste trabalho, não penetramos mais no estudo desse bem. Para aprofundamento, recomendamos a leitura dos ensaios reunidos (“*Collected essays of John Finnis*”), especificamente o volume cinco (“*Religion and Public Reasons*”).

¹³⁸ Cf. Finnis, 2011e; 2011c: “(1) knowledge (including aesthetic appreciation) of reality; (2) skilful performance, in work and play, for its own sake; (3) bodily life and the components of its fullness, viz. health, vigour, and safety; (4) friendship or harmony and association between persons in its various forms and strengths; (5) the sexual association of a man and a woman which, though it essentially involves both friendship between the partners and the procreation and education of children by them, seems to have a point and shared benefit that is not reducible either to friendship or to life-in-its-transmission and therefore (as comparative anthropology confirms and Aristotle came particularly close to articulating [e.g. Nic. Eth. VIII.12: 1162a15–29] not to mention the ‘third founder’ of Stoicism, Musonius Rufus) should be acknowledged to be a distinct basic human good, call it marriage; (6) the good of harmony between one’s feelings and one’s judgments (inner integrity), and between one’s judgments and

Para Finnis, a lista de bens humanos realmente está fechada aqui, senão vejamos:

Now besides life, knowledge, play, aesthetic experience, friendship, practical reasonableness, and religion, there are countless objectives and forms of good. But I suggest that these other objectives and forms of good will be found, on analysis, to be ways or combinations of ways of pursuing (not always sensibly) and realizing (not always successfully) one of the seven basic forms of good, or some combination of them. (Finnis, 2011c, p. 91)

Ou seja, conquanto seja possível identificar diversas formas de bens, Finnis acredita que outras formas ou objetivos no fim consistiram, a partir da análise, em formas ou combinações de formas entre os sete bens humanos básicos.

3.3.3.2. Características dos bens humanos básicos

Enquanto primeiros princípios da razão prática, os bens humanos básicos são: (1) não inatos, no sentido de são apreendidos por um ato não-inferencial do entendimento, chamado *insight*, o qual depende de alguma experiência, não podendo ser obtido por intuições isoladas de dados; (2) Pré-morais, uma vez que qualquer conduta humana pode ser enquadrada em um dos propósitos gerais substanciados nos bens humanos básicos, até mesmo condutas imorais; (3) Inexauríveis, no sentido de que não existem ações, individuais ou coletivas, capazes de instanciar ou esgotar os benefícios que podem ser alcançados pela participação em uma determinada categoria de bens; (4) abertos, consistindo isso na possibilidade sempre real da criação de novas formas de participação ou instanciação em determinados bens, isto é, há e pode haver inúmeras maneiras de instanciá-los, e inúmeros bens e formas de bens que poderão ser descritos analiticamente como modos de perseguir ou de realizar um dos bens humanos básicos ou alguma combinação dos mesmos (Finnis, 2011c, p. 91)¹³⁹.

Os bens são ainda (5) incomensuráveis, o que implica em que as categorias de bens não podem ser comparadas entre si *enquanto razões* para a ação, uma vez que nada na categoria de um bem como a amizade, por exemplo, agrega enquanto *bem do jogo*. A instanciação do benefício oferecido pela primeira categoria é completamente singular a ela, não podendo ser

one's behaviour (authenticity), which we can call practical reasonableness; (7) harmony with the widest reaches and most ultimate source of all reality, including meaning and value".

¹³⁹ Nesse sentido, Finnis (2011c, p. 91) afirma: "Now besides life, knowledge, play, aesthetic experience, friendship, practical reasonableness, and religion, there are countless objectives and forms of good. But I suggest that these other objectives and forms of good will be found, on analysis, to be ways or combinations of ways of pursuing (not always sensibly) and realizing (not always successfully) one of the seven basic forms of good, or some combination of them".

reproduzido pela outra categoria – ainda que, na vida real, nossas experiências geralmente não sejam tão recortadas ao ponto de apenas instanciar um único tipo de bem.

Outro traço dos bens básicos é que eles são (6) não hierarquizáveis objetivamente. Essa característica relaciona-se com a anterior na medida em que considera que, em razão da incomensurabilidade dos bens, quando focados individualmente, cada um pode servir de razão última para a ação humana indistintamente, não existindo hierarquia objetiva entre os bens básicos. Nada obstante, pode sim haver hierarquia tanto entre tipos de bens (básicos, instrumentais, experienciais) (GRISEZ; Finnis; Boyle, 1987b, p. 137), como também desde o ponto de vista moral (GRISEZ; Finnis; Boyle, 1987b, p. 138-139). Existe ainda a hierarquia que as pessoas estabelecem a partir de suas escolhas, na construção de seus próprios projetos de vida¹⁴⁰.

Mais um atributo dos bens humanos básicos, é que eles são (7) autoevidentes enquanto princípios primários da razão prática. A auto evidência pode ser objetiva ou subjetiva. No primeiro caso, a auto evidência objetiva relaciona-se à natureza não derivável do princípio, dispensando um princípio anterior que lhe fundamente. Não há, nesse marco, um termo intermediário que ligue o sujeito e o predicado do princípio e supra a causa de sua verdade (Grisez, 1965, p 173). Já a auto evidência subjetiva está associada à possibilidade de conhecimento subjetivo dos princípios a partir da experiência. Basta alguma experiência saudável de sua realidade para que suas inteligibilidades sejam comecem a ser compreendidas. Assim são os princípios primários da razão prática: autoevidentes e indemonstráveis, apreendidos por um ato espontâneo e original do entendimento e conhecidos a partir da própria experiência¹⁴¹.

Finalmente, os bens são também, (8) aspectos reais do florescimento humano. O ser humano não nasce completamente determinado. Antes, a realidade da existência se apresenta a ele como um campo aberto de possibilidades que podem ser realizadas por meio da ação. De um sujeito ligado à máquina de experiências, nada se pode dizer – ele pode ter tido todas as experiências sensoriais pelo aparelho, de ser um autor, de ser corajoso, de ser um atleta -, mas se perguntássemos “que tipo de pessoa ele é?”, nada poderíamos saber. Ele nunca *agiu*. Sensações objetivas fechadas não constroem identidade. Antes, é a partir da ação que a identidade do agente se revela e é moldada – ele geralmente enfrenta seus próprios medos, ele é corajoso, valente, viril, sincero, ou não. A ação revela e constrói o agente. Os bens básicos

¹⁴⁰ Para mais informações, confira Riker, 2023, item 2.6.5.

¹⁴¹ Para um argumento mais detalhado sobre esse ponto, confira Riker, 2023, item 2.6.6.

são razões básicas para agir porque eles são traços do *florescimento humano*, da realização das pessoas, cuja ação é racionalmente motivada por essas razões (Grisez; Finnis; Boyle, 1987b, p. 114). Essas razões motivam porque correspondem a aspectos inerentes à própria natureza, às inclinações e às capacidades humanas que podem ser atualizadas.

3.4.Moral (II): Realização humana integral

A razão prática, então, é constituída pela apreensão dos primeiros princípios práticos, que são os bens humanos básicos. E como ela dirige ao fim, o princípio captado se torna uma diretividade inteligível – ou seja, a razão prática nos inclina ou dirige aos bens humanos básicos, que serão encontrados como razões finais de nossas ações. Essa diretividade, a princípio, não é moralmente carregada. Antes, o princípio da moral é a razão prática plenamente atuante. Isto é, a razão prática é constituída pela diretividade aos bens humanos básicos – não apenas a um bem, mas a todos os bens básicos, ao mesmo tempo. E essa “pulsão” (se é que posso chamar assim) é a origem do primeiro princípio da moralidade, segundo o qual: *Na medida em que está em seu poder, não permita que nada, mas apenas os princípios correspondentes aos bens básicos, molde seu pensamento prático na medida em que você encontra, desenvolve e usa suas oportunidades para perseguir a realização humana por meio de suas ações deliberadas* (Grisez; Finnis; Boyle, 1987b, p. 121).

O pensamento moral, nesse paradigma teórico, é simplesmente o pensamento racional pleno, integrando também emoções e sentimentos sem ser, por eles, pervertido ou obstruído (Finnis, 2011e, p. 215). O princípio fundamental do pensamento moral nos termos articulados acima é simplesmente a exigência de ser plenamente racional. Esse princípio exige mais do que ser razoável e evitar a ação sem finalidade – exige que se seja *completamente* razoável. Ser moralmente bom é justamente ser completamente razoável (*reasonable*). E ser completamente razoável é andar de acordo com a reta razão – e a razão prática é a razão que nos dirige ao agir, ao agir por bens, fundamentados em bens humanos básicos: nossas razões últimas, e princípios primeiros. Considere o exemplo abaixo de uma ação guiada por bens básicos, mas imoral, na medida em que está *parcialmente*, e não *completamente* em consonância com a plenitude da razão prática:

A vingança, por exemplo, pode ser racionalizada e almejada como portadora de benefícios ao agente. Sua racionalização poderia até mesmo ser reforçada pelo fato de promover em parte o bem da razoabilidade prática, isto é, da harmonia do próprio agente consigo mesmo, sua integridade e autenticidade, na medida em que amenizaria sentimentos de mágoa e traria harmonia entre eles e a escolha do agente – haja vista que tal escolha estaria em consonância com os sentimentos do agente (Grisez; Finnis;

Boyle, 1987b, p. 124). Todavia, a vingança seria uma motivação hostil, uma intenção motivada por hostilidade a outro, o que caracterizaria a violação do bem da amizade, bem como é provável que a ação empregada fosse violadora de outros bens, por exemplo, impedir que a pessoa conseguisse um emprego do qual tiraria condições para se sustentar (bem da vida) ou para perseguir a realização profissional (bem da excelência no trabalho e no jogo), como conteúdo da vingança. Desse modo, a intenção da pessoa e suas ações estariam em dissonância com a diretiva integral da razão prática, uma vez que motivações externas e violadoras de bens humanos básicos estariam moldando o pensamento prático e a ação do agente. (Riker, 2020, p. 147)

A diretividade da razão prática é um princípio ativo e compartilhado por todos os seres humanos, que possuem a mesma natureza. Ademais, em razão do bem da amizade, somos levados a reconhecer que a realização humana é tão necessária para mim, quanto para qualquer ser humano, em qualquer era ou lugar. Focando nessa realização humana integral, o primeiro princípio da moralidade também pode ser formulado nos seguintes termos: *ao agir voluntariamente por bens humanos e evitar o que é oposto a eles, a pessoa deve escolher e desejar aquelas, e apenas aquelas, possibilidades cuja vontade é compatível com uma vontade voltada a realização humana integral.*

O conteúdo desse primeiro princípio é especificado nos princípios intermediários da moralidade, chamados de requisitos de razoabilidade prática¹⁴². Finnis (2007, pp. 105-137) nos apresenta nove desses princípios, quais sejam: [1] ter um plano coerente de vida; [2] não ter preferências arbitrárias por valores (o comprometimento é considerado desarrazoado quando, mesmo se visar realizar um bem humano básico, desvaloriza-se um outro bem básico ou quando, ao invés de realizar esses bens, supervalorizam-se os bens que são meramente instrumentais); [3] sem preferência arbitrária por pessoas, não no sentido de estender as responsabilidades que se tem com pessoas mais imediatamente próximas a todos, mas bem no sentido de agir com base na Regra de Ouro: “tratar os demais como você gostaria de ser tratado”; [4] desprendimento – a abertura a todas as formas de bem deve estar a uma certa distância de projetos específicos e limitados (não é razoável dar a projetos particulares o status de bem humano básico); [5] compromisso, isto é, deve-se buscar um equilíbrio entre o fanatismo e a apatia e não se deve abandonar levemente compromissos assumidos; [6] eficiência dentro dos limites do bom senso – devemos buscar ações eficientes, idôneas, para realizar propósitos razoáveis e não desperdiçar oportunidades com métodos ineficientes; assim

¹⁴² Cf. Riker, 2020, p. 152: “Finnis os apresenta em “Lei Natural e Direitos Naturais” como se fossem critérios autoevidentes, isso porque o princípio da realização humana integral, reconhecido no pós-escrito de 2011, como elemento unificador dos nove requisitos de razoabilidade prática, ainda não estava consolidado em sua teoria. Todavia, esses princípios não são autoevidentes, antes são derivados do primeiro princípio da moralidade. Nesse sentido, não se trata, também de fórmulas fechadas, mas podem ser expressos de diversas maneiras”.

como deve-se preferir bens inteligentes a bens instrumentais; [7] respeito por cada bem básico em cada ato – não se deve realizar um ato que em si não faça outra coisa além de danificar ou de impedir a realização ou participação nos bens humanos básicos; [8] deve-se favorecer e promover o bem comum da comunidade e, por fim; [9] seguir os ditames da própria consciência.

A história da filosofia moral, segundo Finnis (1985, p. 52), é a busca pelos princípios intermediários perdidos. Nas mais diversas tradições filosóficas, geralmente acaba-se elegendo um dos requisitos como se fosse unicamente capaz de responder à diretividade da razão prática, como o imperativo categórico na tradição kantiana, por exemplo, que nada mais é que uma outra forma de expressar a regra de ouro – um dos requisitos mencionados acima. No entanto, há muitos requisitos e a lista acima não é fechada. Todas as formulações acima são expressões derivadas do princípio da realização humana integral – este é o princípio chave e unificador da pluralidade de regras intermediárias presente na moralidade. Essa pluralidade nada mais é do que um reflexo da complexidade de nossa própria realidade, razoabilidade e natureza humana.

3.5.Direito

O passo em direção ao direito se dá pela intermediação da verificação razoável de nossa necessidade de vivência em comunidade. Das comunidades que participamos, a família é a mais profunda, na medida em que nela compartilhamos laços em todas as quatro ordens da realidade¹⁴³.

Apesar de ser a mais profunda, a família é uma associação incompleta, na medida em que não é capaz enquanto unidade econômica, de prover toda a saúde e suporte que seus integrantes precisam. Além disso, sua reprodução biológica fechada em si mesma, caminharia para a autodestruição. Associações econômicas, culturais e esportivas são especializadas em seus próprios interesses. Quanto à amizade em seu caso central, se até a amizade conjugal no centro da família, não é completa, nenhuma o será.

Daí sai o caráter desejável de uma comunidade completa, que seria aquela em que as iniciativas individuais, familiares (e Finnis parece fazer essa diferença entre a família, como comunidade de base e as outras como comunidades intermediárias¹⁴⁴) e das comunidades

¹⁴³ Cf. item 4.7.1.

¹⁴⁴ Defendemos a diferenciação porque Finnis (2007, p. 148) afirma que “Emerge então o caráter desejável de uma ‘comunidade completa’, uma associação na qual seriam coordenadas as iniciativas e atividades dos indivíduos, **das famílias** e da vasta rede de associações intermediárias” (grifo nosso). Ou seja, Finnis diferencia as

intermediárias, seriam coordenadas, garantindo as condições materiais e outras, que facilitem que o sujeito, por si próprio, trabalhe seu desenvolvimento pessoal (o que inclui seu autogoverno e participação em comunidades). A vivência nessa comunidade completa que é (e, em certo sentido, não é¹⁴⁵) o Estado é complexa, e esse conjunto de condições precisa lidar com a coordenação de todos os projetos de vida e formas de associação inclusos nessa comunidade.

A lei é um termo cujo significado focal diz respeito a comunidades completas. "[O] caso central de lei e sistema jurídico é a lei e o sistema jurídico de uma comunidade completa" (Finnis, 2007, p. 149) Por isso, é característico de sistemas jurídicos reivindicar: 1) autoridade para regular todas as formas de comportamento; 2) autoridade final para regular as condições sob as quais seus membros podem participar de qualquer outro sistema ou associação normativa; e 3) regras e arranjos normativos de outras associações, mantendo, assim, sua completude e supremacia, sem postular (ou exaurir as possibilidades de participação) ser a única comunidade em que seus membros participam.

Do ponto de vista da razoabilidade prática, as características e postulados legais estão fundamentados no requisito de que as atividades humanas (indivíduos, família e associações especializadas) sejam coordenadas, o que é derivado dos requisitos de imparcialidade com pessoas e valores, e abertura a todos os valores básicos.

Na linguagem empregada na prática jurídica, Hohfeld classificou o sentido do uso da palavra direitos em quatro concepções: (1) reivindicação; (2) liberdade; (3) poder e (4) imunidade. Os direitos Hohfeldianos pressupõem relações de três termos, entre pessoa – descrição de uma ação – pessoa. No entanto, Finnis salienta que, muitas vezes a linguagem de direitos, em nomas, tratados ou mesmo como empregado por advogados, utiliza-se de proposições de dois termos – “o direito à vida”; “à saúde”; “ao esporte”. No momento em que as instituições e pessoas precisam posicionar-se sobre os significados dos direitos, não basta relações de dois termos – é necessário especificar em três termos (Finnis, 2007, p. 214) quem tem direito a quê, e quem tem o dever correspondente ao direito do beneficiário¹⁴⁶. E é nesse

comunidades intermediárias da família. Há, então, o indivíduo, a *comunidade base* que é a família, as comunidades intermediárias (nas quais indivíduos e famílias participam), e a comunidade completa – que é o Estado/sociedade internacional.

¹⁴⁵ Na medida em que o avanço da tecnologia e a interdependência entre os países hoje tem um alcance global, de modo que a comunidade internacional é então aquela que poderia, mais adequadamente, ser concebida como a comunidade completa: Cf. FINNIS, 2007, pp. 148-150.

¹⁴⁶ Finnis apresenta 6 passos para essa especificação e envolve a especificação: “(a) da identidade do detentor do dever que deve respeitar ou fazer valer o direito de A; (b) do conteúdo do dever, em termos de descrições de atos específicos, inclusive das épocas e das outras circunstâncias e condições para a aplicabilidade do dever; (c) da identidade ou da descrição da classe de A, o detentor correlato do direito de reivindicar (no sentido Hohfeldiano de direito de reivindicar); (d) das condições em que um detentor do direito de reivindicar perde esse direito,

processo de especificação que direitos de dois termos (que apresentam um mesmo *conceito* de direito), em relações de três termos, que os direitos assumem *concepções* diferentes.

Conquanto um dos requisitos da razoabilidade prática (e a razão prática plena) direcione contra a ação diretamente dirigida à violação de um ou mais valores básicos, “os correlatos dos deveres desprovidos de exceção acarretados por esse requisito são, portanto, direitos de reivindicar absolutos” (Finnis, 2007, p. 220). Ou seja, na medida em que os bens básicos são aspectos do real bem estar das pessoas, há direitos de reivindicar absolutos contra a direta violação deles – como o direito de não ser morto como um meio para um fim. Aqui, não se trata de relações de dois termos, mas de três – na medida em que as condições e contrapartida da obrigação já estão presentes na obrigação do direito – o direito e o dever. Contudo, uma especificação contextualizada, na análise de cada caso, ainda se faz necessário. Mas ali, ela se dará em termos de casuística que levará em consideração os valores como aspectos inegociáveis – e não como medidas comensuráveis, instrumentais, ou consequencialistas.

3.6.O bem comum

Toda comunidade é identificada pelos propósitos comuns que as regem. Não é simplesmente a frequência de interações ou tal frequência associada a um determinado contexto. Mas ter um objetivo comum – isso é o ato constitutivo de grupos humanos. ‘Fora do 'contexto dado' de se ter um propósito em comum (isto é, no sentido ativo, comunidade), as interações não têm qualquer significado como constitutivas de “um grupo.” (Finnis, 2007, p. 152). Podemos falar em um grupo, no sentido relevante, sempre que existe, “em um intervalo apreciável de tempo, uma coordenação de atividades por parte de um certo número de pessoas, sob a forma de interações, e com vistas a um objetivo compartilhado” (Finnis, 2007, p. 153). Esse objetivo ou conjunto de fatores que fornece ao raciocínio prático de alguém sentido à sua

inclusive as condições (se existirem) em que ele pode renunciar aos deveres relevantes; (e) dos direitos de reivindicar, dos poderes e liberdades do detentor do direito de reivindicar no caso de não cumprimento do dever; e, acima de tudo, (f) das liberdades do detentor do direito de reivindicar, incluindo uma especificação dos limites dessas liberdades, isto é, uma especificação de seus deveres, especialmente de não interferência nas liberdades de outros detentores desse direito ou de outros direitos reconhecidos. Já que (f) envolve especificar os deveres do detentor do direito de reivindicar A, necessariamente envolve uma especificação dos direitos de reivindicar de B, e essa especificação por sua vez requer uma especificação completa dos pontos de (a) a (f) no que tange agora a B, o que irá requerer uma especificação semelhante no que tange aos deveres de B de não interferir em C...” (FINNIS, 2007, p. 214).

colaboração com outros e, do ponto de vista deles, razões para a colaboração deles uns com os outros e com ele é o bem comum.

Esse bem comum na comunidade política consiste em assegurar condições para o desenvolvimento pessoal de seus integrantes. Pela natureza aberta dos bens, esse não é um propósito que possa ser alcançado como a feitura de um bolo. Antes, o bem comum de uma comunidade política não possui um objetivo que possa ser exaurido - na medida em que o bem comum da comunidade política é sempre aberto. Mas isso não significa que ele seja arbitrário.

O bem comum possui, pelo menos três sentido: o primeiro sentido refere-se aos bens humanos básicos, na medida em que são bens comuns, relevante para quaisquer e todas as pessoas. O segundo sentido refere-se à possibilidade de participação – os bens básicos, são inexauríveis e universais, todos, *em comum*, podem participar neles de modos inexauríveis. O terceiro sentido de bem comum, que é o mais pulsante em uma comunidade política é aquele do:

conjunto de condições que permita que os membros de uma comunidade atinjam por si mesmos objetivos razoáveis, ou que realizem, de modo razoável, por si mesmos, o valor em nome do qual eles têm razão de colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade [especializada, parcial ou completa]” (Finnis, 2007, p 155)

Se pensarmos em termos de instituições, percebemos que esse último ponto muito tem a contribuir – instituições são elementos sociais, instituições-pessoas, principalmente, são realidades comunitárias, pressupõe um grupo que apenas pode ser identificado como uma comunidade ou grupo se estiver observando os elementos descritos acima, tais como a coordenação e a unificação ao redor de bens comuns. Instituições, contudo, não são idênticas a comunidades. Antes, percebemos que diversos tipos de comunidades podem ser formados, muitas delas instanciando instituições ou participando nelas. Mas não nos parece que seja possível afirmar que todo tipo de comunidade será uma instituição. Qual seria a diferença? Para responder essa e outras questões abertas sobre a instituição, é mister passarmos à propositura de nossa teoria da instituição neoclássica.

3.7.Considerações finais

Nos capítulos anteriores buscamos explorar autores do direito relacionados a teoria da instituição. O propósito de nossa exploração era construir uma ideia geral do que seria a instituição no pensamento desses diversos pensadores, a fim de encontrarmos elementos que nos auxiliassem a pensar a instituição no paradigma neoclássico da lei natural. Como transição

a essa construção, neste capítulo buscamos apresentar uma compreensão geral da teoria neoclássica, que é a moldura em que desejamos realizar a nossa obra.

As instituições são um elemento vital na sociedade. Vivemos, contudo, um momento de grande credibilidade e desconfiança em relação a nossas instituições – seja a faculdade, o governo ou, até mesmo, a família. A impressão geral é de que as instituições estão em crise, e a opinião pública é dividida e acirrada por partidarismos políticos. É por essas razões que buscamos compreender melhor o que são instituições e elegemos o paradigma neoclássico justamente por sua alusão a elementos fundamentais da natureza humana, que transcendem as diferenças que hora podem dividir.

Como vimos acima, Finnis apresenta uma proposta metodológica clara, e não oculta posições valorativas, ao contrário – as expõem com clareza. Isso o torna um autor estratégico para quem deseja inserir-se em um debate aberto e franco sobre a realidade social humana, suas necessidades básicas e seus direitos e obrigações fundamentais. Vejamos abaixo se, no paradigma da lei natural, do qual ele é hoje o principal representante, podemos construir uma teoria que nos ajude a melhor compreender as instituições, para, como ponto de partida, pensarmos estrategicamente sua melhor versão, a fim de promover a realização humana integral, subsidiando a liberdade de escolha e autodeterminação dos agentes livres e racionais, que são os seres humanos.

4. O INSTITUCIONALISMO NEOCLÁSSICO JUSNATURALISTA

Considerando nosso objetivo de, partindo de um diálogo com os institucionalistas clássicos e modernos, investigar se seria possível construirmos uma teoria das instituições no paradigma neoclássico da lei natural, e, após a apresentação sucinta e esclarecimento das principais características de cada uma dessas correntes que nos dispomos a analisar, convém agora nos voltarmos ao objetivo central desse trabalho.

Construir uma teoria da instituição no panorama neoclássico significa buscar integrar os seus principais elementos, de um modo robusto, construindo a partir do que está dado, a fim de ampliarmos o horizonte e o alcance dessa tradição. Desse modo, valendo-nos dessa premissa, buscaremos construir uma teoria da instituição no paradigma neoclássico da lei natural, começando pela recepção do método epistemológico proposto por Finnis (reconhecido, ao menos em parte, também por MacCormick).

4.1.Método

A palavra instituição é um termo que se refere a um tipo que pode ser instanciado em realidades múltiplas, as quais, valendo-nos do método analógico aristotélico, podemos juntar sob o mesmo estandarte. Por diversas características, ou melhor, por alguma similaridade e partilhar de características, esses modelos aproximam-se do caso central do que seria a instituição. Mas no paradigma neoclássico da lei natural, o que seria o caso central da instituição?

Utilizando-nos dos aportes metodológicos introduzidos por John Finnis, temos que, para construir qualquer teoria no campo das ciências sociais – e a instituição certamente é um componente, senão o componente, da realidade social, precisamos primeiro, identificar em qual das ordens da realidade desejo analisar a teoria. Podemos optar por analisar os aspectos técnicos da instituição, nesse caso, o mais adequado seria termos espécies definidas e instanciadas para podermos fazer tal análise. Em particular, podemos considerar a análise na ordem técnica, a quarta ordem, como aquela da aplicação direta de regras jurídicas, ou o enquadramento de determinadas instituições a determinadas regras. Quando nos perguntamos “qual regra/ou procedimento jurídico é aplicável, no caso X, que determina a existência/ ou proíbe/permite/favorece a ação para/por causa de/ ou pela instituição Z?”, estaremos, efetivamente, em um domínio em que a preponderância seria da ordem técnica.

Esse não é o nosso foco, ao menos por ora. Antes, desejamos entender de que modo podemos identificar que estamos diante, lidamos com/ ou participamos em uma instituição. Isto é, identificar a instituição como um elemento que compõe a moldura em que ocorrem deliberações e ações autoconstituidoras da minha personalidade, da minha família, do meu país. Essa seria uma análise empregada na terceira orem da realidade.

Nesta ordem metodológica proposta, aprendemos com Finnis a centralidade de nos voltarmos aos fins e propósitos a partir da perspectiva dos integrantes da prática. Voltando-nos para a perspectiva interna dos participantes, de princípio, podemos refletir que a palavra “instituição” conquanto componha e esteja muito presente nos discursos políticos e jurídicos, principalmente quando estão lidando com o bem comum ou seus elementos (i.e., condições fundamentais ou valores básicos do bem estar humano), não é uma palavra comumente empregada como um elemento de autoidentificação do participante. As pessoas se vêem como parte de uma *família* (marido, filhos avó, etc.), de um *Estado* (brasileiro, espanhol), de uma igreja (católico, batista, espírita) – mas geralmente não refletem que cada uma dessas realidades é um tipo de instituição.

Isso ocorre porque o termo “instituição”, assim como a expressão “bens humanos básicos”, é um termo abstrato que congloba um conjunto de realidades que podem ser instanciadas, cada uma a sua vez, com sua importância e valor para o florescimento humano. De fato, assim como os bens humanos básicos, as instituições também estão associadas ao florescimento humano – tanto é assim, que à decadência de padrões morais, refletida na corrupção, no descaso com o próximo, na diminuição da confiança entre os cidadãos, e na degradação sexual pulsante, refletida, sobretudo, na efemeridade dos relacionamentos e instrumentalização dos corpos, a todo esse conjunto de coisas, nos referimos como a vivência de um momento de “crise nas instituições”. Percebemos que as instituições estão “decadentes”, “corrompidas”, “violadas”.

Tal percepção pressupõe uma valoração das instituições e assunções de tipos ideais. Isto é, só podemos apontar que existe no governo uma crise institucionalizada de corrupção, porque pressupomos um modelo para a instituição Estado. Pressupomos, como Finnis bem aponta, que um dos objetos do Estado é a justiça, e o objeto da justiça é o bem comum. Por isso, o elemento unificador de uma comunidade política é a desejabilidade do bem comum, entendido nos três sentidos acima expostos.

4.2. Instituição e bens humanos básicos

O método finnisiano nos permite, portanto, perceber que instituições são abstrações instanciáveis que, de algum modo, se relacionam ao bem estar humano. Essa relação com o bem estar humano nos faz pensar nos bens humanos básicos. De fato, parece existir um paralelo entre instituições e bens humanos básicos. Ambas são categorias abstratas – abstratas, mas não por isso *arbitrárias* ou *ilusórias*. Apesar da terminologia abstrata, os bens básicos, de fato são *bens reais*, aspectos fundamentais para o bem estar de pessoas de carne e osso – a categoria é abstrata, mas é uma abstração que se refere a uma realidade prática. Parece-nos que assim ocorre também com a instituição – uma categoria abstrata que se refere a uma realidade prática, talvez muito mais plural e polivalente do que os próprios bens.

Diante desta aproximação, surge o questionamento: será que a instituição se aproxima de outras formas dos bens humanos básicos? Vejamos se seria possível aplicar as características dos bens a ideia, ainda não definida, mas de algum modo compartilhada, de instituição.

4.2.1. Não-inatos

Os bens básicos são apreendidos por um ato não-inferencial do entendimento, chamado *insight*, o qual depende de alguma experiência, não podendo ser obtido por intuições isoladas de dados. A instituição parece depender em alguma medida da experiência para ser compreendida. A vivência prática no seio de uma família transmite aos filhos o que se espera nos diferentes papéis que se desempenha naquela família. A participação em uma instituição ou mesmo o contato com modelos nos transmite um conjunto de expectativas: *se espera* que os pais cuidem dos filhos, que o prefeito administre bem a cidade, que essa corporação jurídica atue de acordo com o seu propósito. E essas expectativas serão tão mais exigentes quanto mais elas forem experienciadas dessa forma. A corrupção da administração política é vista com mais parcimônia em um contexto em que “todos estão fazendo isso”; ou em que se acredita que se se fizer algo de bom, já está melhor que os demais – o famoso “rouba mais faz”.

Na vivência em uma instituição, é possível que o agente perceba, não apenas que a realização de um bem pontual naquele contexto é realizável e benéfico, mas que o conjunto de coisas, deveres, papéis, expectativas, possibilidades de ação, benefícios, direitos e responsabilidades, é um conjunto desejável, que favorece o bem estar humano, ou que apresenta algum elemento que pode ser compreendido como um bem comum, criando condições que, por

razões diferentes, atraia diferentes pessoas, com interesses distintos, à sua participação, como meio para determinados fins individuais. Esse conjunto de coisas é percebido como aquela instituição.

Para Searle, o teste simples para identificar se um fenômeno ou fato é genuinamente institucional, é verificar se a sua existência implica poderes deônticos, poderes como aqueles de direitos, deveres, obrigações, requisitos e autorizações (Searle, 2010, p.91). De fato, instituições implicam poderes. E os poderes são fundamentais para sua articulação, materialização – sem poder de decisão, sem poder de ação, ninguém pode instanciar bens humanos. Poderes deônticos, por sua vez, são necessários para que instituições sejam materializadas e “ganhem vida”. Contudo, a razão de sua desejabilidade, inclusive da continuidade de sua existência no tempo, superando, a cada época, seus próprios integrantes, não é o mero poder que pulsa em seu seio, mas aquilo que tais poderes nos permitem alcançar – ou, em uma linguagem mais propriamente neoclássica, os bens que tais poderes me permitem instanciar, inclusive o bem da razoabilidade prática, que consiste na liberdade para definir meus próprios propósitos de vida, com autenticidade e integridade.

MacCormick valeu-se de Searle para sua compreensão de fatos institucionais. Mas diferente dele, que enfatizou os poderes deônticos, MacCormick focou na moldura normativa, e chamou de fatos institucionais aquilo cuja compreensão depende de uma descrição normativa, de modo que as instituições seriam instâncias recorrentes de práticas ordenadas imputáveis a normas iguais ou similares (MacCormick, 2007, p. 32. Isso significa que a compreensão de instituições depende da compreensão das regras – regras essas que condicionam, limitam e estabelecem sua existência e materialidade. Concordamos que haja uma relação entre regras e instituições. E entendemos, aqui, novamente, um argumento que nos permite entender algo da deterioração das instituições. Como a compreensão das instituições, sua desejabilidade, razão de ser, e seu valor não é algo que nasce no sujeito, mas para o qual a experiência prática é um fator central, a vivência de instituições cujas regras, sobretudo as regras de razoabilidade prática, sejam violadas ou facilmente/dissimuladamente “contornadas”, o caso central, benéfico daquela instituição, pode ser obstruído e sua compreensão prejudicada.

É desse modo que entendemos que a compreensão da instituição se aproxima da compreensão de bens humanos básicos. Ambos são realidades que dependem da experiência prática para serem percebidos como objetos verdadeiramente (não arbitrariamente) desejáveis e inteligentemente benéficas para o ser humano, podendo, sua compreensão, ser obstruída por

meios marcadamente corrompidos. E aqui temos em mente a família, o Estado, mas também o contrato e as associações, cada uma com sua própria finalidade.

4.2.2. *Pré-morais*

O princípio primaríssimo da razão prática afirma simplesmente que o fim é condição *sine qua non* para a possibilidade de ação inteligente – quem vai agir, age para um fim. Os princípios primários da razão prática, os bens humanos básicos, no paradigma que estudamos, são considerados pré-morais porque eles são razões para a ação. Uma amiga querida desesperadamente precisa de um determinado trabalho – eu mato o único concorrente para que ela fique com a vaga. A razão final da ação é promover o bem da amiga, o bem da amizade. É uma ação que instancia, ao menos parcialmente, um bem básico; mas que é, contudo, absolutamente imoral. A moral não são os bens, mas a razão prática operando plenamente desobstruída, o que leva ao princípio da realização humana integral. Os bens, considerados em si mesmos, são todos pré-morais. Como a moralidade nessa teoria é compreendida como razoabilidade, não acreditamos que essa característica possa ser estendida a instituições.

Se instituições são, por natureza, normativas, elas não podem ser pré-morais, porque elas já incluem, pressupõem e estabelecem normas, deveres, papéis, responsabilidades, poderes e direitos em sua própria especificação. Instituições jurídicas, por exemplo, podem ser propostas, alteradas ou completamente excluídas do ordenamento jurídico, e, em cada caso, haverá avaliações morais sendo feitas, sobre o valor, a necessidade e o significado daquelas instituições.

Em segundo lugar, enquanto a realidade ontológica dos bens repousa sobre nossa própria natureza, o ser das instituições depende de um caráter intrinsecamente comunitário. Conquanto as instituições sejam materializadas em nossa subjetividade, não se pode dizer apenas da minha ação isolada que “esta é uma instituição bem sucedida”. O sucesso da instituição depende do esforço comunitário e comunidade, já traz, por extensão, a necessidade de considerações, posições e regras morais.

Em terceiro lugar, enquanto o bem básico é a própria razão para a ação, a família ou a comunidade política, por exemplo, enquanto uma razão para a ação, é um conglomerado de bens que já pressupõe algumas escolhas morais. O que queremos dizer é que a identidade de cada instituição pressupõe avaliações morais e compreensões de seus propósitos sem os quais é impossível identifica-las.

Por todas essas razões, as instituições não compartilham com os bens humanos a característica de serem pré-morais, antes elas são, cada uma a sua vez, realidades morais, mais ou menos exigentes.

Por sinal, para Finnis o casamento é um bem humano básico e seu caso central é uma união monogâmica, heterossexual, intrinsecamente voltada a vida familiar, cuja inteligibilidade depende da compreensão do valor e significado dos atos sexuais e em quais circunstâncias esses atos são verdadeiramente realizadores da natureza humana¹⁴⁷. Isso nos permite entender um pouco melhor o tema que acabamos de trabalhar – sobre ser pré-moral ou não. Perceba que, enquanto bem, a associação sexual é algo desejável, pré-moral. Mas quando nos perguntamos: “qual o seu caso central?” queremos saber em que conjunto de descrições esse bem é mais verdadeiramente realizador. Esse conjunto de descrições é objeto de argumentação e avaliação moral.

O bem, em si, pode ser pré-moral, mas um dos serviços que a instituição presta, do ponto de vista da razoabilidade prática, é, justamente, oficializar um conjunto de descrições e regras morais que permitem ou facilitam/ajudam a realização bem sucedida de casos mais ou menos centrais daquele bem ou conjunto de bens. Tendo dito isso, podemos supor que, o casamento enquanto instituição seria, para Finnis, aquilo que ele define como o caso central de casamento, e que se assenta em uma determinada compreensão dos atos sexuais. Essa seria uma instituição natural – no sentido empregado por Finnis: algo realizador e benéfico à natureza humana. Ou seja, bens podem ser pré-morais. Mas no momento em que associamos a instanciamento desses bens a normas específicas de conduta, a avaliação que fazemos já é uma avaliação moral. Por todo o exposto, então, instituições não compartilham essa característica de “pré-moral” com os bens humanos básicos.

4.2.3. *Inexauríveis e abertos*

Essas duas características se complementam. Como vimos no capítulo anterior, a primeira diz respeito à impossibilidade de esgotar uma categoria de bem; a segunda, refere-se às formas como os bens podem ser instanciados. Nenhum agrupamento humano, parece-nos, pode esgotar qualquer categoria do que venha a ser uma instituição. Instituições não são concluídas como bolos. Antes, assim como em bens humanos básicos, nós participamos nelas.

¹⁴⁷ Para mais informações sobre o tema confira nossa publicação “A razão do casamento: uma reflexão filosófica a partir da lei natural” (2020).

Contratos podem ser concluídos, mas sempre existirá um novo tipo de contrato, com diferentes objetos, que poderá ser realizado. Uma pessoa pode abandonar o seu próprio casamento, mas isso não significa que ela exauriu o casamento enquanto instituição.

Preservadas alguns aspectos centrais, que seriam aqueles elementos essenciais para a identidade da instituição, as instituições também possuem um caráter aberto – isto é, na maneira como elas podem ser incorporadas e materializadas. O avanço tecnológico, por exemplo, promoveu significativas mudanças na economia e no mercado – mas o mercado continua.

4.2.4. *Incomensuráveis*

Os bens não podem ser adequadamente mensurados uns contra os outros, na medida em que, por constituírem categorias distintas, nenhuma categoria pode dar especificamente o benefício da outra mais o seu próprio. Além disso, também não é possível mensurá-los enquanto formas diferentes de instanciar um mesmo bem dentro de uma mesma categoria. Podemos mensurar, no sentido finnisiano, o contrato contra associações? Ou o Estado contra a família? Ou a família contra o mercado? Instituições jurídicas e instituições naturais (se é que existem, mas vamos supor, por ora, que sim, existem), parecem ser também incomensuráveis em suas próprias categorias. No campo jurídico, talvez seja mais possível pensar em um conjunto de arranjos X e um conjunto de arranjos Y, em que Y te forneça todas as vantagens e responsabilidades de X, mais a possibilidade z (de vender ações, por exemplo). Nesse caso, poderíamos considerar, então, que existe a possibilidade de algumas instituições jurídicas serem comensuráveis. Contudo, para tal avaliação, seria importante observar, ainda, se a inclusão de z não acarretaria outros deveres, responsabilidades e traria, para o cenário, outras pessoas, de modo que a qualidade do arranjo Y seria, ao final, de uma natureza completamente diferente de X. Se este for o caso, Y que parece fornecer $X+z$, ao final seria apenas de uma natureza diferente Y e, por isso, não comensurável a X.

Nosso ponto é que, em se tratando de instituições naturais, por sua ligação com bens humanos básicos, parece-nos que não haveria possibilidade de comensurabilidade entre elas (faltando-nos definir quais elas sejam e porque seriam), na medida em que cada uma estaria relacionada a um conjunto de condições propiciadoras da melhor instanciação desses bens. Por outro lado, no âmbito jurídico, existe uma questão de deliberação técnica e, nesse esquema de coisas, é possível que algumas instituições possam ser propostas nos modelos supra em que Y, poderia, supostamente, ser igual a $X+z$. Se isso seria razoável, teria que ser avaliado no caso

concreto. Além disso, também teria que ser avaliado a real necessidade de X, sob a circunstância de podermos nos valer de Y, sem necessariamente valer-nos de Z. Pareceria uma redundância, nesse caso, manter como opções em um sistema jurídico X e Y.

4.2.5. Não-hierarquizáveis

Como vimos acima, enquanto razões para a ação, os bens são não-hierarquizáveis. Todavia, fora desse marco, Finnis apresenta pelo menos três formas de hierarquizar os bens – (1) entre diferentes níveis de bens; (2) desde o ponto de vista moral; e (3) desde a perspectiva individual, por meio de escolhas deliberativas autoconstitutivas e definidoras do próprio projeto de vida.

Se consideramos a instituição em si como uma razão para a ação – não necessariamente uma razão última, mas uma razão –, percebemos que, a não ser que você seja alguma espécie de agente público (da administração, do legislativo ou do judiciário), que considera o impacto de suas ações e decisões nas instituições sociais, econômicas e políticas, dificilmente você se verá tomando decisões porque é o melhor para a “família”; ou para o “Estado”, em abstrato. Antes, é mais comum que instituições enquadrem nosso escopo deliberativo como formas já definidas e instanciadas – é o melhor para *minha* família, ou para *meu* contrato de locação.

As instituições não estão ontologicamente depositadas em nossa natureza. Elas são mais bem casos centrais de um conjunto de condições favoráveis a administração de determinados poderes para alcançarmos determinados bens. Esses bens, em uma cadeia de raciocínio, redutíveis aos bens básicos – eles sim, ontologicamente são aspectos da nossa natureza.

A instituição impacta o nosso processo deliberativo na medida em que ela, enquanto moldura de expectativas mútuas, nos apresenta responsabilidades e deveres que precisam ser sopesados em um projeto coerente de vida. Se sou um pai ou um agente público, existem regras morais e jurídicas sobre o meu campo de atuação – o que se espera que eu faça ou o que me é permitido/proibido fazer. Se sou ao mesmo tempo pai e agente público, é possível que em um dado momento uma dessas responsabilidades entrem em conflito com algum dever atinente a outra esfera. Qual responsabilidade, e por conseguinte, qual instituição devo escolher não parece ser uma pergunta que possa ser respondida sem uma descrição do contexto. Mas na vida prática, assim como na vivência dos bens, tais escolhas não podem passar sem resposta. Desse

modo, haverá hierarquia entre instituições na vida pessoal de cada um – para alguns, talvez seja a igreja; para outros a família; para alguns agentes públicos, talvez o Estado.

Desde a perspectiva moral, cremos existir também uma hierarquia não absoluta – mas que trabalharia em termos de “em geral”, i.e., “sob circunstâncias normais”. Do ponto de vista moral, parecer-nos-ia razoável que o agente priorize aquelas instituições (expressas em comunidades) das quais ele participa mais diretamente e que mais diretamente impactam a formação de sua personalidade. E, aqui consideráramos a divisão de Finnis em que a comunidade política é composta pela família, pelo Estado e por todas as outras comunidades intermediárias (ou, porque não, instituições intermediárias?). Desse modo, o ponto de vista moral pareceria, em geral, priorizar as relações familiares no marco deliberativo do agente responsável, seguido pelas comunidades em que ele participa mais ativamente. Note-se que, no paradigma neoclássico, a priorização dessas instituições não é desprezar o Estado ou a comunidade política, antes é um modo razoável de contribuir para o sucesso dela, na medida em que seu propósito é promover condições para que cada um busque, por si mesmo, e em suas próprias comunidades, o seu desenvolvimento pessoal¹⁴⁸.

4.2.6. *Auto evidência*

Qualquer auto evidência percebida em instituições estará muito mais relacionado com os bens humanos básicos que ela instancia e os requisitos de razoabilidade prática que ela respeita, do que com o estado de coisas geral que ela apresenta. A reflexão sobre esse ponto, não está fechada, mas, inicialmente, nos parece que instituições não são autoevidentes, principalmente as instituições jurídicas. Antes, é necessário a avaliação de suas razões de ser, seus propósitos e bens, para que seus benefícios possam, realmente, ser valorados como algo que torna digno que alguém a integre, ou, no caso de instituições que não integramos voluntariamente, escolha continua-la.

¹⁴⁸ Refletindo mais profundamente, parece-nos que, na realidade a perspectiva moral impõe a priorização, não necessariamente por critério de proximidade, mas pelo grau em que aquela instituição é relevante para a constituição de nossa identidade. A família, certamente, parece ter uma primazia sobre isso. Mas para alguns, a ordem das coisas e definição pessoal começa, não na comunhão com o próximo – que é o espelho que permite o nosso próprio reconhecimento -, mas com o divino, de modo que a religiosidade se torna o eixo definidor de sua existência. Conquanto isso esteja amparado em um bem saudável e digno de ser buscado, e não em algum tipo de fanatismo religioso, é possível que a perspectiva moral, então, o priorize, defendendo a própria identidade do agente.

4.2.7. Aspectos reais do florescimento humano

Instituições são e não são aspectos reais do florescimento humano. Por um lado, elas não são aspectos reais do florescimento humano, os bens é que são. Nesse marco, elas são um conjunto de condições de algum modo unificado que promove/ facilita a possibilidade de que instanciem, por nós mesmos, tais bens. Enquanto um conjunto de condições, elas não são diretamente os aspectos de nosso bem estar, mas um estado de coisas intermediário, que nos dá subsídio para buscarmos os valores básicos.

Por outro lado, algumas instituições são tão diretamente ligadas ao nosso bem estar, e quando corrompidas ou falhas, tão desastrosamente hostis e agressivas a ele, que podemos dizer que são sim um aspecto fundamental do bem estar humano. Um Estado autoritário, que veda a liberdade de seus cidadãos, determinando, por exemplo, sua profissão, é uma instancia do que estamos argumentando. A decisão desse Estado impede a vivência do bem da razoabilidade prática, materializado na possibilidade e liberdade para escolhas constitutivas autodeterminantes. Isso é contra os fins do próprio Estado, que possui por objeto principal, o bem comum. Essa decisão violatória é, então, uma medida institucional – contrária aos próprios fins da instituição. Podemos verificar, portanto, que esse Estado é uma instituição corrompida, que, nessa constituição, agride, ao invés de promover, o bem estar humano. Então, em um sentido qualificado por extrema importância e proximidade, podem existir sim, instituições que configuram aspectos reais do bem estar humano.

4.2.8. A relação entre os bens e as instituições

Como vimos nos itens acima, parece existir uma forte relação entre as instituições, sua existência e suas características, e os bens humanos básicos, ao ponto de compartilharem inclusive alguns atributos em comum, uma vez que, assim como os bens, instituições também podem ser não-inatas; inexauríveis e abertas e incomensuráveis; mas, ao contrário dos bens, elas não podem ser pré-morais e, até por não serem pré-morais, tampouco podem ser autoevidentes, uma vez que elas dependem de juízos valorativos. Essas diferenças se dão, sobretudo, pelo caráter intrinsecamente comunitário e normativo das instituições – enquanto os bens humanos básicos correspondem a nossas inclinações naturais, às nossas potencialidades de realização, instituições são realidades sociais que estabelecem estados de coisas que

organizam e viabilizam/ favorecem nossa participação nos bens. Eles estão relacionados, mas eles não se identificam.

4.3. Tipos de Instituição

MacCormick afirma que as instituições no direito podem ser de três tipos: (1) Instituições-agência – instituições criadas para agir de maneiras pré-determinadas, com funções específicas; (2) instituições-arranjos – que consiste naquelas instituições que estabelecem um estado de coisas, em virtude do qual se estabelecem direitos e responsabilidades diversos, mas que não cria uma agência com capacidade própria para agir (casamento, contrato e propriedade); e (3) instituições-coisa – que são aquelas que assumem a forma de objetos não tangíveis, existentes apenas em virtude de provisões jurídicas, tais como direitos autorais, propriedade intelectual, ações empresariais.

Hauriou, a sua vez, enumera apenas dois tipos de instituição: (1) as que adquirem personalidade (e aqui estariam as instituições agência de MacCormick); e (2) as que não adquirem personalidade, vivendo, por assim dizer, uma espécie de vida parasitária em instituições pessoas, que, ao fim, são responsáveis por sua expressão (aqui estaria o direito, e com ele as instituições-arranjo e instituições-coisa de MacCormick).

A normatividade parece ser um traço comum a todo tipo de instituição, ao ponto que, para Searle, o teste para sabermos se estamos ou não diante de uma realidade institucional, é identificar se o termo implica em poderes deônticos – isto é, implica algum tipo de direito, dever ou obrigação. A divisão de MacCormick, por isso, nos parece precisa para estabelecer a categorização de instituições no direito e também consonante com a visão de Finnis sobre a relação entre instituições e normas jurídicas, pois para Finnis (2008, p. 262), as instituições e as leis se relacionam da seguinte forma:

[A] lei insere definição, especificidade, clareza e, portanto, previsibilidade nas interações humanas por meio de um sistema de regras e instituições tão inter-relacionadas que as regras definem, constituem e regulam as instituições, enquanto que as instituições criam e administram as regras e resolvem questões a respeito da existência, abrangência, aplicabilidade e funcionamento delas.

Ou seja, as instituições criam, modificam e resolvem questões a respeito das regras, enquanto as regras regulam as instituições – suas condições de validade, de criação, exercício e encerramento. Existe um círculo nessa relação capturado pelo jargão jurídico de que “o direito regulamenta sua própria criação”. Todavia, Finnis demonstra que é possível superar esse círculo e evitar o paradoxo pela atenção ao requisito de razoabilidade prática implícito no raciocínio.

Ele exemplifica esse ponto ao tratar sobre a autoridade jurídica do costume internacional (*opinio juris*):

As distinções feitas nos últimos quatro parágrafos podem ser agora resumidas. Por brevidade e clareza, podemos usar uma notação *ad hoc* e elementar meramente como abreviação: JP significa um julgamento prático (S1); JE, um julgamento empírico (S2); e JJ, um julgamento jurídico (S3), no sentido explicado acima:

JP0 – (a) é desejável que neste domínio haja algum padrão determinado, comum e estável de conduta, bem como uma regra correspondente que tenha autoridade;

(b) este padrão particular de conduta, ϕ , é (ou seria, se adotado em geral, ou se houvesse concordância geral a seu respeito) um padrão apropriado para ser adotado enquanto regra comum que tem autoridade

JE1 – há concordância e aceitação generalizada deste padrão de conduta, ϕ , por parte dos Estados.

JE2 – a *opinio juris* (isto é, JP0) é adotada amplamente pelos Estados.

JP1 – a adoção geral de JP0 e a ampla concordância ou aquiescência ao padrão de conduta ϕ são suficientes para justificar o julgamento (JP2) de que agora há uma regra costumeira com autoridade que requer (ou permite) ϕ ...

JP2 – ϕ é requerido (ou permitido) graças a uma regra costumeira de direito internacional que tem autoridade.

JE3 – os Estados em geral aceitam a regra de que ϕ deve ser (ou pode ser) feito...

JJ1- de acordo com o direito internacional, ϕ é requerido (ou permitido) ...

[...] essa análise nos permite ver claramente os verdadeiros problemas envolvidos na explicação (em prol da razoabilidade prática) da formação do costume. O principal problema surge claramente em JP1, a preliminar imediatamente mais próxima do julgamento de que uma norma é atuante e tem autoridade. Pois que JP1, para que não seja um erro *non sequitur*, deve ter uma premissa prática oculta; essa premissa, acredito, é o princípio meta legal ou *framework* JPm:

JPm – o surgimento e o reconhecimento de regras costumeiras (ao tratar um certo grau de concordância ou aquiescência a uma prática e uma correspondente *opinio juris* como suficientes para criar tal norma e para dar direito a essa norma ao reconhecimento mesmo por parte de Estados que não são partícipes da prática ou da *opinio juris*) constituem um método desejável ou apropriado de resolver problemas de interação ou de coordenação na comunidade internacional

O paradoxo envolvido na circularidade é a pergunta: como pode uma regra que tem autoridade ser gerada sem autorização anterior? O que Finnis tenta demonstrar, na sequência acima e nas páginas que a envolvem em seu livro, é que a autoridade é uma forma de resolução de problemas de coordenação ancorada no bem comum. Isso, por sua vez, é extraído do raciocínio prático em postulados pautados nos requisitos de razoabilidade prática que se somam

ao raciocínio de modo implícito. É esse juízo prático metalegal que quebra a circularidade, e nos permite compreender por que a situação continua sendo razoável, apesar da aparente circularidade. Instituições criam normas, normas regulam as condições e poderes de instituições.

De onde vem a autoridade das instituições de criar normas? Ou das normas, para regular instituições? Inicialmente, pareceria que uma vem da outra. Mas antes de qualquer juízo prático específico, o juízo metajurídico que nos orientaria é o J_{Pm} acima, de modo que reconhecemos nas regras uma forma razoável para resolvermos nossos problemas de coordenação, e as instituições, por sua vez, trazem incorporação a essa ideia e nos permitem identificar e avaliar os atores envolvidos nesse processo, porquanto corporificados. É *razoável* e em favor de todos que seja assim, de modo que, novamente, a autoridade primeira esbarra na razoabilidade prática e no bem comum.

Contudo, será que todo tipo de instituição, por envolver normatividade, será, necessariamente jurídica? Existem instituições não jurídicas, ou melhor, existiriam instituições naturais? E qual seria a relação delas com o direito? Neste trabalho, iremos argumentar que sim, existem instituições naturais, que são aquelas estabelecidas desde a perspectiva do ponto de vista moral, diretamente relacionadas a bens humanos básicos.

Tendo dito isto, parece-nos possível classificar as instituições de duas formas: desde o ponto de vista da sua juridicidade e desde o ponto de vista da sua constituição. Em relação à sua juridicidade, as instituições podem ser de dois tipos, que, apesar de diferentes, não são, necessariamente excludentes, quais sejam: (1) instituições naturais; e (2) instituições positivas. Já em relação à sua constituição, as instituições podem ser divididas entre (1) instituições-corporificadas e (2) instituições-não corporificadas, sendo que podemos considerar que essas últimas se subdividem em (a) instituições-arranjo e (b) instituições-coisa, nas definições de MacCormick.

Como esclareceremos abaixo, em item próprio, (1) instituições naturais seriam estados de coisas normativo, duradouro, unificado por um denominador comum e identificado pelo ponto de vista moral da razão prática, extremamente relacionado a algum ou alguns bens humanos básicos e relevante para sua instanciação.

As (2) instituições positivas, por sua vez, são aquelas reconhecidas e tuteladas pelo direito, em suas diferentes formas, recepcionando-se, no restante da classificação, as posições de Hauriou e MacCormick. As instituições positivas nascem, vivem e morrem por prescrições jurídicas. As instituições naturais, por sua vez, também possuem uma realidade normativa, mas

seu caso central não é sua versão jurídica, mas as leis da razão prática, devendo esta ter primazia sobre sua identificação formal.

Contudo, o que faz com que um conjunto ou estado de coisas possa ser identificado como uma instituição? Antes que possamos responder à pergunta de se existem ou não instituições naturais, precisamos nos aproximar ainda mais do que seria uma instituição. Para tanto, vamos nos voltar, a seguir, a uma investigação dos possíveis elementos que constituem as instituições.

4.4.Elementos constitutivos da Instituição

Dos nossos referenciais teóricos, temos que Maurice Hauriou dedicou-se com mais profundidade à compreensão da instituição-pessoa, visando descrever de que modo instituições corporificadas vêm a existir e porque elas duram. MacCormick, por outro lado, não se dedicou a definição ou compreensão dos elementos da instituição-pessoa propriamente. Nada obstante, sua obra dedicou-se à compreensão do direito, que é um tipo de instituição que Hauriou chamou de “instituição-coisa”, a instituição não corporificada. Considerando esses dois tipos de instituição e esses dois referenciais teóricos, vejamos se conseguimos extrair deles os elementos desses dois tipos de instituição – pessoa e coisa (no sentido Hauriouense).

4.4.1. Elementos da Instituição-pessoa: Maurice Hauriou

Vimos acima que, na obra “Teoria da Instituição e da Fundação”, Maurice Hauriou define em grandes linhas sua teoria da seguinte forma:

[U]ma instituição é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização dessa ideia, organiza-se um poder que lhe confere órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por procedimentos (Hauriou, 2009, p. 19).

Hauriou afirma que há apenas dois tipos de instituição: as instituições-pessoa e as instituições-coisa. A instituição-pessoa é aquela em que o “poder organizado e as manifestações de comunhão dos membros do grupo interiorizam-se no âmbito da ideia da obra: após ter sido o objeto da instituição corporativa, a ideia torna-se o sujeito da pessoa moral que se depreende do corpo constituído” (Hauriou, 2009, p. 19-20).

No caso da instituição-coisa, da qual o direito é o maior exemplo:

os elementos do poder organizado e das manifestações de comunhão dos membros do grupo não são interiorizados no âmbito da ideia da obra; eles existem, contudo, no meio social, mas, visivelmente, ela não engendra uma corporação que lhe seja própria; ele vive no corpo social por exemplo no Estado, tomando emprestado deste último seu poder de sanção e aproveitando as manifestações de comunhão que ocorrem dentro dele. Ela não pode engendrar uma corporação porque ela não é um princípio de ação ou de empresa, mas, ao contrário, um princípio de limitação” (Hauriou, 2009, p. 20).

Quando Hauriou trata sobre os elementos constitutivos da instituição, como vimos, ele se refere apenas à instituição corporativa. São eles: (1) a ideia de obra a realizar num grupo social; (2) o poder organizado posto a serviço dessa ideia para sua realização; e (3) as manifestações de comunhão que ocorrem no grupo social a respeito da ideia e de sua realização.

4.4.2. Elementos da Instituição-coisa: Neil MacCormick

Para MacCormick, o direito é uma ordem normativa institucionalizada e o direito possui instituições – três tipos de instituição. Acontece que o próprio direito é uma instituição. Considerando isto, e considerando que o direito é a principal instância de instituição-coisa, buscamos com item 2.4 extrair os elementos constitutivos da instituição-coisa da proposta de MacCormick sobre o que seria o direito.

Aprendemos de Hauriou que as instituições-coisa não possuem corpo, não engendram uma corporação que lhe seja própria. Antes, a instituição-coisa vive no meio social e empresta seu poder de instituições-pessoa, como o Estado, o tribunal, a polícia, etc. Para MacCormick, o direito é uma ordem normativa institucionalizada. Essa definição nos parece casar bem com o que Hauriou refere por instituição-coisa: instituições coisa estabelecem ordens normativas que retiram sua força de instituições-pessoa.

A instituição-coisa vive no meio social – o contrato, as regras jurídicas, a locação, ou qualquer outro substantivo que faça referência a um tipo de arranjo normativo que não dá origem a uma personalidade própria, mas que estabelece uma ordem normativa dependente de instituições-pessoa jurídicas, *isto* é uma instituição-coisa. Nesse sentido, o direito é uma ordem normativa institucionalizada, assim também é o contrato, as regras de sucessão, as leis do esporte, o direito canônico.

Dito isto, temos que as instituições-coisa são constituídas pelos seguintes elementos: (1) a ordem, estabelecida por meio de regras ou um conjunto de regras diretivas, na medida em que ela ordena condutas apontando como proceder (ou não proceder); (2) a normatividade, na medida em que esta diretividade será encarada em alguma medida como o que *deve* ou não ser

realizado, aquilo que é *certo* ou *errado* (considerado como uma razão excludente para a ação) fazer; e (3) relação dialética com instituições-pessoa – designado por MacCormick de institucionalização, a fim de extrair delas o seu poder, vez que não pode exprimir-se por si mesma, no sentido de fazer valer suas próprias diretivas. Práticas sociais sempre envolvem algum tipo de ordem normativa. A diferença em relação a instituições é que, para que uma prática social seja considerada uma instituição, ela precisa emprestar parte de seu significado e poder de instituições-pessoa.

4.4.3. Elementos constitutivos das instituições: contribuição da teoria neoclássica

Considerando os elementos constitutivos já definidos acima de ambos os tipos de instituição, desejamos investigar se a linguagem e os conceitos da teoria neoclássica da lei natural podem oferecer alguma contribuição para a compreensão de tais elementos ou adicionar-lhes algo novo.

4.4.3.1. A ideia diretriz

Maurice Hauriou afirma que o elemento constitutivo mais importante da instituição-pessoa é a ideia diretriz. Ela engloba metas e funções, mas não se resume a nenhuma delas, sendo ainda mais abrangente, na medida em que incorpora também um plano de ação. Um fato marcante sobre a ideia diretriz é que Hauriou a considera como um fato objetivo no mundo – ideias objetivas que existem, não são criadas, são apenas descobertas. Essa ideia diretriz da instituição seria um tipo de ideia objetiva.

A ideia diretriz, nesse sentido, possuiria uma objetividade própria, contudo, cada “espírito faria dela um conceito”. Esse processo de subjetivação da ideia está no cerne das diferenças que poderiam existir sobre a sua interpretação. Como exemplo, ele remete ao ideal de justiça, que foi concebido ao longo dos séculos de várias maneiras distintas – mas isso não significaria “que não haja nada de persistente, de real e de objetivo na ideia de justiça, não mais que na do dever ou na do amor” (Hauriou, 2009, p. 24). O ponto é que, para Hauriou, ao fim de tudo, as ideias possuem uma realidade objetiva e é “essa realidade que lhe permite passar de um espírito ao outro e refratar-se diferentemente em cada um sem, no entanto, dissolver-se nem desvanecer-se” (Hauriou, 2009, p. 24).

A objetividade da ideia se relacionaria com sua duração, na medida em que, por ser objetiva, pode vir a receber novos aderentes ao longo do tempo. Hauriou afirma que “se a ideia fosse criação subjetiva do espírito de um indivíduo determinado, não se poderia conceber como ela poderia adquirir o caráter objetivo que lhe permitiria passar para outro espírito” (Hauriou, 2009, p. 25).

Parece-nos, contudo, que é perfeitamente compreensível como a ideia pode “passar de um espírito a outro”, sem que precisemos argumentar sobre sua existência ontológica objetiva. Basta sabermos que a natureza humana possui pontos comuns, existe uma natureza humana objetiva (que precisa de água e comida, de conhecimento, de amigos, etc.), de tal modo que ideias podem ser compartilhadas e mutuamente compreendidas porque compartilhamos uma capacidade racional – alguns mais desenvolvidos, mais aguçados no bem da razoabilidade prática, outros menos –, e, ainda, ao compartilharmos a mesma natureza, compartilhamos a mesma série de bens básicos realizadores de nossas potencialidades e, portanto, paradigmas para explicar porque determinadas ideias impregnadas em instituições permanecem apesar do tempo e das civilizações: por sua associação aos bens humanos básicos e potencial, daí, de realização da natureza humana.

Além disso, a “refratação da ideia diretriz da instituição nas subjetividades”, que no fim está intimamente relacionada com a identidade da instituição, depende, não da existência objetiva da ideia, mas da capacidade subjetiva de percepção dos bens humanos básicos. Quanto mais claro for para o agente quais bens e seu real valor (dos bens) aquela instituição pretende proteger ou promover, tanto mais e maior será sua compreensão e adesão àquela instituição. Por isso que, uma formação moral empobrecida, ou ideológica, no sentido de negar o real valor dos bens básicos, obstruindo a capacidade diretiva da razão prática no princípio da realização humana integral, leva à “crise” ou “corrupção” das instituições. Isso não significa que tal percepção seja estanque ou não admita variações, pois como vimos, é característica dos bens que sejam abertos e inexauríveis.

Nesse ponto, discordamos de Hauriou sobre uma possível existência da ideia diretriz independente do ser humano. A objetividade que nos limitamos a afirmar e defender é aquela dos bens humanos básicos, da razão prática e a da perspectiva do ponto de vista moral da razão prática desobstruída. Antes, parece-nos mais coerente defender que são as razões para a ação que, sendo ao mesmo tempo abertas e inexauríveis, atraem aderentes e novos adeptos às instituições (quando existe o elemento de livre deliberação e escolha em tal adesão), em sua fundação e ao longo do tempo.

Vemos algo que ecoa a ideia diretriz no pensamento de Searle, apesar de encontrar-se no polo oposto a Hauriou – enquanto Hauriou admite a existência de ideias objetivas que são descobertas, Searle é um materialista, que percebe a realidade social como algo completamente construído e restrito ao imanente. Nada obstante, ele afirma que: “Todos os fatos institucionais são criados pela mesma operação lógica: a criação da realidade por meio de sua apresentação como se ela existisse”. Por Declaração fazemos com que a função status Y exista num contexto C.

Como dito anteriormente, há casos em que temos o objeto prévio, x, e casos em que o próprio objeto se confunde com a função status Y. De um modo ou de outro, Searle identifica pelo menos três etapas – note como elas parecem ecoar os elementos constitutivos de Maurice Hauriou: (i) a primeira em que criamos a função status Y por declaração – Para Hauriou, trata-se da ideia diretriz. Uma ideia diretriz é um objeto de linguagem, que só pode ser descrito por linguagem, compreendido por meio da linguagem. A diferença, contudo, é que essa linguagem, em Searle *cria* a realidade, e em Hauriou, ela a *descobre*.

A segunda etapa de Searle consiste na (ii) especificação dos poderes que acompanham a declaração, mostrando que não apenas criamos Y por Y, mas para atribuir poderes a pessoas reais relacionando-as ao status Y criado. Note, novamente, como isto se aproxima do elemento do poder organizado, com a representação e, em especial, a repartição de competências, no pensamento de Hauriou.

A terceira etapa ocorre com o reconhecimento coletivo, que permite o funcionamento dos poderes deônticos. O terceiro elemento de Hauriou, de novo, espelha essa visão, com a asserção das manifestações de comunhão, que é o que, no fim das contas, conclui o processo de criação e reconhecimento da instituição.

Apesar dos panos de fundo metafísicos bem divergentes, a observação fenomenológica de ambos capturou conceitos bastante similares. Nesse ponto em específico, faltou-lhes, contudo, uma articulação mais robusta entre a realidade institucional e a natureza humana. Essa articulação e talvez um maior equilíbrio entre os extremos pode ser alcançada por aplicações da teoria neoclássica da lei natural da seguinte forma: considerando o primeiro elemento – a ideia diretriz e a declaração de status (representação da realidade como se ela existisse), podemos extrair uma conciliação de ambas as posições (e, ao mesmo tempo parcialmente rejeitá-las) pela percepção de que esse elemento não é nem criado, como se a linguagem operasse magicamente no nada; nem descoberto, como se uma realidade invisível de ideias vagasse pelo mundo.

Antes, esses elementos podem ser conciliados da seguinte forma: o ser humano possui uma natureza com inclinações naturais e que pende em um potencial que pode ou não se realizar. Essa realização depende da instanciação de bens humanos básicos. Um desses bens é a razoabilidade prática. Fazendo uso de nossa razoabilidade e criatividade, somos capazes de arquitetar arranjos e estados de coisas que propiciem ou favoreçam a nossa própria realização. E, de fato, criamos tais arranjos, alguns dos quais, pela atribuição de poderes e funções, adquirem personalidade e são corporificados (analogicamente).

Ao compartilharmos uma mesma natureza e respondermos a razões para ação, podemos perceber ou captar os bens implícitos ou explícitos atrativos e propiciadores do florescimento humano promovidos nesses arranjos. O reconhecimento (ou adesão) que valida instituições e seus poderes se dá, não porque houve algum tipo de criação linguística arbitrária, mas porque percebemos razões substanciais embutidas naquele arranjo. Razões essas que encontram suporte, em última instância, em bens humanos básicos, cuja objetividade está ancorada em nossa própria natureza.

Desse modo, existe sim um elemento de criação, que é expresso na articulação da linguagem, mas ele não é arbitrário. No próprio exemplo mais rudimentar de Searle, as pessoas não reconhecem o muro como limite e os deveres e obrigações que nascem com esse reconhecimento apenas e *exclusivamente porque alguém arbitrariamente fez tal asserção*. Antes, elas percebem que um muro é um elemento adequado como proteção, que *é bom* ter alguma proteção contra estrangeiros, vigiar condutas suspeitas, ter escudo contra invasões. E tudo isso é desejável porque a vida é um bem humano básico, *que é para ser perseguido e seu contrário evitado*. Nossa natureza reage, se inclina à sua realização. Por isso, a criação do limite é *razoável, desejável* (como o Jpm finnisiano citado).

Existe, então, um elemento de criação pela linguagem, mas a sua legitimidade e eficiência não está restrita a termos, antes repousa em bens, e é por causa dessa atratividade objetiva, que podemos contar com a adesão e reconhecimento de nossos companheiros humanos a essas realidades institucionais, e às instituições.

Assim, os conceitos da teoria neoclássica da lei natural oferecem uma explicação adequada da relação entre o processo criativo, expresso na linguagem, e o papel diretivo e justificador (enquanto razões para a ação) dos bens básicos presentes ou supostos na ideia diretriz.

4.4.3.2. Os Bens

Conquanto a ideia diretriz nos remeta à identidade da instituição personalizada, parece-nos que faltou no rol dos elementos da instituição a devida ênfase aos bens. Desde a perspectiva do agente interessado, toda instituição será constituída por bens (1) intermediários e finais (enquanto o objeto que efetivamente desejo instanciar/realizar/usufruir por meio do curso de ações posto em andamento); (2) por algum tipo de bem-comum; e (3) mais ou menos diretamente, por bens humanos básicos.

Toda instituição é um meio que utilizamos ou em que participamos (por escolha, necessidade ou obrigação) a fim de buscarmos construir nosso próprio projeto de vida e nossa própria identidade. Nesse sentido, toda instituição nos oferece bens e meios intermediários para realizarmos propósitos finais – a associação de alunos interessado em uma determinada faculdade, o que me permite pagar por meu curso; a estrutura do hospital, que me permite receber atendimento e cuidar da saúde, por exemplo. A qualificação de quais bens são intermediários ou finais, sempre dependerá do caso concreto e do referencial adotado.

Instituições, enquanto realidades sociais, também são constituídas por bens-comuns. De fato, manifestações de comunhão nada mais são que atividades coordenadas a partir de fins comuns. Atos coletivos e comunidades só podem ser unificadas se houver, para eles, um fim comum passível de ser alcançado por tal sequência de atos. Isto é união: coordenação de atividades em um determinado plano para atingir um fim naquele mesmo plano. Em particular sobre instituições-pessoa, para que elas possam ser identificadas como uma pessoa própria, seus órgãos precisam possuir algum tipo de coordenação unificadora – e isso só pode acontecer se estiverem articulados ao redor de fins comuns, ou, ao menos, se existirem fins comuns ao redor do qual eles possam estar articulados.

Por fim, o elemento da relação com os bens humanos básicos é fundamental para explicarmos o porquê de as instituições durarem, bem como possuirmos um paradigma avaliativo para analisarmos a sua corrupção e deterioração. Como dissemos anteriormente, na medida em que as instituições fornecerem razões para a ação, potencialmente realizadora da natureza humana, porquanto pautada em bens humanos básicos, que são, por sua vez, abertos e inexauríveis, ela pode estar em constante adaptação e, ao mesmo tempo, transcender o hoje com uma proposta atraente a muitas gerações futuras e muitos contextos distintos. Tudo isto por compartilharmos uma mesma natureza humana.

4.4.3.3. A Comunidade

Um outro elemento das instituições é que elas são realidades comunitárias. Toda instituição é interrelacional, por isso, a comunidade é um elemento fundamental de sua constituição. A comunidade que nos referimos aqui é aquela descrita em termos de um grupo constituído finnisiano. Como vimos acima, a descrição de um grupo ou comunidade, precisa observar três fatores: os bens aos quais a comunidade está voltada; as atividades que mais precisamente incorporam aquela comunidade (e fazem com que ela seja uma associação esportiva, ao invés de uma escola, por exemplo); e as normas que a regem. Esse trio – bens, ações, e normas – são autorreferenciais. O objetivo das normas e o seu conteúdo, por exemplo, visará reger as ações de modo que elas possam instanciar com excelência os bens, objetos da comunidade.

Em um contexto de instituições, podemos acrescentar um quarto elemento para a leitura da comunidade, qual seja: a ideia diretriz de Maurice Hauriou, que comporta a identidade da instituição. Desse modo, por exemplo, uma faculdade, que é uma instituição de ensino, possui bens – sendo o principal, talvez, a busca do conhecimento verdadeiro. Os bens de uma instituição são derivados de sua própria identidade, expressa na ideia diretriz, que incorpora o seu *ser*, enquanto os bens, as suas finalidades ou *atributos* (no sentido daquilo que pode vir a ser realizado).

Com essa adição, podemos estabelecer a seguinte relação: toda instituição possui um elemento de comunidade. É nessa comunidade que nasce a ideia diretriz e ao redor de ideias diretrizes comunidades vão sendo identificadas e especificadas. Cada ideia diretriz supõe bens e o objetivo e interesse da união comunitária ao redor da ideia diretriz é a instanciação desses bens e a realização humana. A instanciação de bens é algo que só pode ser realizada mediante a ação. O curso das ações, portanto, deve ser adequado a instanciação dos bens.

Para que um aluno verdadeiramente consiga alcançar algum tipo de conhecimento verdadeiro, ele precisa ser honesto na produção de seus trabalhos, não plagiar, não colar nas provas, empregar o esforço devido, cumprir as leituras exigidas, atender as classes e não ter um comportamento que perturbe ou sirva de obstáculo para a transmissão do conhecimento pelo professor. Todas essas regras são necessárias para que o bem do conhecimento, naquele contexto, possa ser adequadamente buscado e instanciado. Essas regras, portanto, ordenam as ações para que a realização humana seja possível.

Desse modo, a descrição de comunidades e sua compreensão depende da apreensão e descrição dos bens que a compõe e das atividades que a materializam – uma comunidade acadêmica só é uma comunidade dessa natureza justamente porque nela são realizadas atividades que incorporam a ideia diretriz da academia – muito próxima ao bem do conhecimento verdadeiro. Se os participantes se reunissem ao redor da prática desportiva, e formassem times e chutassem bola, não se reconheceria tal comunidade como uma comunidade acadêmica. As ações, portanto, incorporam a comunidade e a tornam de um determinado tipo.

Algo similar ocorre com as manifestações de comunhão ao redor da ideia diretriz. As manifestações de comunhão, no pensamento de Hauriou, traz à subjetividade a ideia diretriz, o que se reflete na ação coordenada do grupo, que incorpora a instituição. A linguagem da teoria neoclássica, como vimos acima, é muito mais precisa em descrever o fenômeno: instituições são compostas por comunidades, que se reúnem ao redor de bens comuns, derivados da ideia diretriz da instituição, cujos atos encarnam a identidade da realidade comunitária daquela instituição (no caso da instituição-pessoa).

Mas a instanciação adequada dos bens depende da adequação das ações para alcançar aqueles bens – é aqui que entra a distribuição de competências (a divisão do poder) e as regras, que irão direcionar a maneira apropriada ou mais excelente de se buscar tais bens, viabilizando a coexistência social, para a promoção do bem-comum.

O elemento da comunidade, por fim, relaciona-se ainda com o reconhecimento coletivo de Searle. Isto é, Searle explica que o reconhecimento coletivo é aquilo que permite o funcionamento dos poderes deônticos. Acontece, como articulamos acima, que esse reconhecimento não se dá sobre realidades arbitrárias, mas é alcançado e recebe apoio e adesão dos membros pelas razões que acabamos de expor.

4.4.3.4. O poder organizado

Esse elemento é exclusivo de instituições pessoa. Para Hauriou, o poder é uma forma de vontade – o poder é o responsável por expressar a “vontade” da instituição. Para que uma instituição possa ter vida, ela precisa poder manifestar-se, exprimir-se, e, por conseguinte, responsabilizar-se. Para tanto, as instituições tendem a se organizar de tal modo que sempre existe um poder representativo e uma repartição de competências. Searle também observa esse fenômeno relatando que há, nas instituições, uma especificação dos poderes – o que equivale a uma repartição de competências – que acompanham a declaração, mostrando que não apenas

criamos Y por Y, mas para atribuir poderes a pessoas reais relacionando-as ao status Y criado – o poder representativo que expressa as “vontades” da instituição, o que, pela própria descrição tanto de Hauriou, quanto de Searle, parecem poder ser melhor descritas como os *fins* da instituição.

Os órgãos e representantes atuam em nome da instituição ou a serviço dela e são, por isso, um elemento constitutivo extremamente importante. Essa distribuição de poderes estabelece a estrutura da instituição, os âmbitos e limites de sua atuação. Tais especificações são estabelecidas por intermédio de regras jurídicas ou de normas que recebem suporte da estrutura jurídica de uma sociedade. As regras expressam a definição desses poderes, mas não é arbitrariamente ou apenas em termos de regras que esses poderes são pensados. Antes, todos eles encontram justificativa, embasamento e limites na ideia diretriz da instituição – ou seja, eles são, primeiramente, uma questão de razoabilidade prática. Por isso que os papéis que acreditamos desempenhar em uma instituição e os poderes que recebemos para tanto estarão diretamente relacionados à visão finalística daquela instituição. Isto é, dependerá das respostas dadas às perguntas – para que existe essa instituição? Quais as suas finalidades? Qual a sua importância?

4.4.3.5. *As regras*

Hauriou relaciona as regras jurídicas com a duração da instituição. Os atos de vontade da instituição são expressos em instruções normativas que perduram até que outra, proveniente de igual ou superior autoridade, mude ou anule aquela diretiva posta em curso. Parece-nos que as regras, em geral, serão o elemento por meio do qual as instituições poderão se organizar e seus órgãos coexistir. Assim como em comunidades o sucesso no alcance de bens comuns depende de ações realizadas observando determinadas regras, também o curso de ações e coordenações de órgãos e agentes de uma instituição serão: (1) determinados por regras explícitas ou implícitas e (2) avaliados a partir da observância, compatibilidade ou incompatibilidade com essas mesmas regras.

De fato, instruções normativas apontam diretivas, limite e atribuições de função. Isso tudo, formulado sob os auspícios da ideia diretiva da instituição, é também uma questão de razoabilidade prática, não necessariamente moral no sentido de ser uma escolha sobre violar ou não o princípio da realização humana integral, mas sim no sentido prudencial, em que, diante de duas ou mais possibilidades de escolhas compatíveis com o primeiro princípio da

moralidade, optamos prudencialmente por uma em detrimento da outra e definimos o curso de ação que será tomado.

Como bem apontou MacCormick (e Hauriou e Searle, similarmente) instituições são regidas por três conjuntos de regras principais: (i) as regras institutivas – que determinam os atos ou processos que instituem formalmente a instituição (agência/pessoa, ou coisa/arranjo); (ii) regras consequenciais, que determinam as consequências normativas da existência das instituições, sua ordem deontológica, os sua vida, poderes e limitações; e (iii) regras terminativas, que apresentam o processo ou as condições para a dissolução ou terminação da instituição.

4.5. As quatro causas da instituição

A teoria das quatro causas vem de Aristóteles e faz parte de suas reflexões sobre o ser, mais especificamente, sobre o que pode ser dito a respeito de qualquer coisa apenas por existir. Nesse conjunto de tratados, intitulado “metafísica” por seu aluno Andrônico Rodes, Aristóteles elaborou quatro causas para as coisas: a primeira é a causa formal, que tenta responder à pergunta “o que dá forma ao objeto?”; a segunda é a causa material, e visa responder à pergunta “de que a coisa é feita”? “Qual a sua matéria”? A terceira é a causa eficiente, que se refere a pergunta “o que fez a coisa”? Por fim, a causa final, refere-se aquilo para que serve o objeto. As causas formais e materiais tentam explicar a constituição dos seres, enquanto as causas eficiente e final focam na explicação da mudança, do movimento.

4.5.1. Causa formal

A coisa é o que é por causa de sua causa formal. Uma mesa ou cadeira são reconhecidas como tais em razão das formas da mesa ou da cadeira. O exemplo mais comum apresentado sobre esse assunto é a relação entre a escultura e o mármore. A forma pensada pelo artista transforma a pedra de mármore em escultura¹⁴⁹. No âmbito das instituições, a forma é a estrutura que a instituição assume. Essa estrutura é percebida na própria atribuição e distribuição de poderes e competências, na organização da instituição. O elemento, contudo, do

¹⁴⁹ Antes da estátua, contudo, o próprio mármore já possui uma forma, que é o que nos permite diferenciá-lo do granito, por exemplo, ou do gesso. Isso compõe a distinção entre forma substancial, que é a que já existe, e forma accidental, que é aquela acrescentada a um objeto já existente. Em termos de instituição, a forma substancial seria a ideia diretriz. Já o Estado, a Igreja Católica, o mercado – seriam formas accidentais.

qual esta organização é derivada e a quem ela é devida, é a ideia diretriz da instituição. A ideia diretriz está relacionada com a identidade da instituição e é expressa em seu nome – Estado, Família, contrato. Toda instituição recebe uma forma. Tal forma é designada pela ideia diretriz, logo, a causa formal da instituição é a sua ideia diretriz.

4.5.2. Causa material

A causa material é a própria matéria. O mármore, no exemplo acima, é a causa material da estátua. Num sentido mais profundo, contudo, todo ser no mundo já recebeu uma forma. Sem a forma, a matéria pura não é algo – é pura indeterminação, e, portanto, não existe. Para existir, a matéria precisa ter uma forma.

Em se tratando de instituições, parece-nos que a sua causa material é a própria comunidade. A matéria de toda instituição é a articulação social ao redor dela, a comunidade em si. Isso é válido tanto para instituições arranjo, quanto para instituições pessoas. Se olharmos para um hospital e quisermos entender a sua causa material enquanto um edifício, diremos que se trata dos tijolos, e cabos, e canos, etc. Contudo, se olharmos para o hospital e quisermos entendê-lo como uma instituição, o que faz com que ele seja uma instituição não são os tijolos, mas o componente humano e as relações que estabelecem ao redor do hospital enquanto uma ideia diretriz. O mesmo serve para considerações sobre o direito ou sobre a moeda. O direito como um princípio ordenador das relações sociais ou como uma ordem normativa institucionalizada pode ter como causa material a lei. A moeda, por sua vez, considerada como um objeto físico, terá por causa material o metal. Contudo, o que faz com que o direito e a moeda sejam instituições arranjo do ponto de vista material é, novamente, o componente humano considerado coletivamente, a comunidade – *que age e atribui valor e significado institucional* aquelas realidades.

4.5.3. Causa eficiente

A causa eficiente está relacionada com a relação Aristotélica entre ato e potência. Uma pedra de mármore já é um bloco de mármore em ato – mas é também uma escultura, em potência. Em relação a escultura, a pedra está em potência. Caso venha a se tornar uma obra de arte, de fato, podemos observar que ela mudou ou se movimentou. Todo movimento envolve passar algo em potência para algo em ato. A forma e a matéria não são suficientes para explicar

as transformações que acontecem no mundo e em nós. Essa explicação é dada pela causa eficiente.

A potência de uma comunidade estabelecer uma instituição depende de uma causa eficiente. É a causa eficiente que faz com que a potência se torne um ato, de acordo com a determinação própria da forma. Acreditamos que a causa eficiente de instituições é a ação humana intencional. O que faz do hospital uma instituição não é, em primeiro lugar, o prédio, mas a comunidade (profissional e paciente) que se reúne ao redor da ideia diretiva do hospital e realiza ações compatíveis com essa ideia, dando-lhe vida, tornando-a ato. A ideia diretriz, por isso, é sempre a causa formal e a ação humana, a causa eficiente da instituição. Como vimos acima, a realidade do que um tipo de comunidade seja está intrinsecamente relacionada aos atos que ela realiza – uma associação de dança, *dança*; um time de futebol, *joga bola, chuta, treina etc.* E esses atos tornam a comunidade aquele tipo específico de comunidade. Ao realizar as ações compatíveis com a ideia diretiva da instituição, a comunidade, em seus atos, incorpora, dá vida à instituição – faz com que o hospital (enquanto instituição e não apenas como prédio), as faculdades, os Estados, existam. Sem a ação humana intencional, esses substantivos designam apenas espaços.

Por todas essas razões, consideramos que a causa eficiente da instituição é a ação humana intencional.

4.5.4. Causa final

A causa final responde à pergunta: “para que serve o objeto?”. A causa final relaciona-se à causa eficiente. Quando estamos diante de causas eficientes inteligentes, a causa final será sempre o seu fim – tudo o que se move, se move para um fim. A causa eficiente de instituições é a ação humana intencional, o que nos leva, novamente, ao cerne da teoria neoclássica da lei natural: ação humana deliberada autodeterminante (efeito intransitivo dos bens humanos básicos) e autodeterminada (liberdade, deliberação, juízo e ação), conhecida a partir de seus fins, embasados por bens humanos básicos. Dito isto, a causa final da instituição serão aos bens potencialmente realizadores ou intermediários à realização humana que aquele estado de coisas preserva, promove, incentiva, etc.

4.6. Definição de instituição

Tendo exposto amplamente os elementos da instituição, podemos passar agora a uma primeira proposta de definição, respondendo mais diretamente a questão “o que é uma instituição?”. Diante de tudo o que apresentamos até aqui, consideramos que uma *instituição consiste em um arranjo normativamente ordenado e vinculante a seus integrantes, que pode ou não adquirir personalidade própria, vinculado a uma ideia diretiva da qual se derivam poderes e limitações, condicionados por finalidades e bens dela derivados e que perdura no tempo por sua associação implícita ou direta a bens humanos básicos e potencial de realização humana, sendo essa a principal razão de seu reconhecimento social disseminado.*

4.7. Instituições naturais

As instituições, como vimos, nascem, vivem e morrem, por intermédio de regras jurídicas. A razão de sua elaboração, ou de sua idealização e criação, contudo, não são as regras, mas o potencial de realização humana que aquele arranjo de coisas supostamente contribuirá para promover. Seria possível, entretanto, identificarmos instituições naturais? Isto é, existiria, objetivamente, arranjos tão fundamentais e intrinsecamente relacionado ao bem estar humano que dele poderíamos dizer tratar-se de uma instituição natural? De que modo poderíamos aferir isto?

Inquirir sobre a possibilidade da existência de instituições naturais é perquirir se a razão prática, em sua orientação intrínseca ao princípio da realização humana integral, isto é, em um momento já moral, estabeleceria, desde a perspectiva moral mais rudimentar, ou, para sermos mais técnicos, desde a perspectiva da razoabilidade prática, instituições fundamentais para o bem-estar humano – essas seriam instituições naturais. Naturais no sentido mais finnisiano do termo: aquilo que é essencial para o bem-estar humano, aquilo sem o qual percebe-se que o ser humano está pior, desprovido, não florescido, um dano extremamente significativo à sua personalidade e realização.

A título de esclarecimento, a proposta que apresentamos não é aferir se, em qualquer paradigma teórico seria possível defendermos a realidade de instituições naturais. Antes, considerando o paradigma da teoria neoclássica da lei natural, seria possível argumentarmos favoravelmente à existência de instituições naturais? Podemos extrair desse paradigma

elementos que favoreçam essa posição? Parece-nos que sim, se buscarmos construir esse argumento a partir da perspectiva do ponto de vista moral da razão prática, senão vejamos.

A perspectiva proposta – perspectiva do ponto de vista moral da razão prática – já foi utilizada por Finnis, em coautoria com Grisez e Boyle, para falar sobre a possível hierarquia entre os bens básicos. Como vimos acima, no paradigma neoclássico, enquanto razões para a ação, considerados em si mesmos, os bens são não-hierarquizáveis. Contudo, a perspectiva do ponto de vista moral estabelece prioridades, considere o seguinte trecho:

[...] o ponto de vista moral estabelece prioridades de formas menos óbvias.

Ninguém pode viver uma vida moral sem viver. O bem da vida só pode ser perseguido em comunidade com outros; de fato, pessoas humanas só vêm a existir em comunidade com outros que provêm para eles. A moralidade exige que o indivíduo desempenhe seu papel apropriado na cooperação moralmente boa com outros, que lide com eles com justiça, evite a vingança, etc. Assim, antes de qualquer escolha da parte de qualquer um, o bem da harmonia com outros, considerado moralmente possui, como uma de suas formas específicas, a comunidade elementar essencial à sobrevivência. Essa forma de harmonia pode ser chamada de “solidariedade familiar”. Para crianças, uma coisa que a solidariedade familiar significa é obediência. Então, para as crianças, obediência a qualquer comando moralmente legítimo de seus pais (e daqueles que atuam em nome de seus pais) deve ter prioridade absoluta sobre qualquer outro interesse.

É possível desenvolver outros exemplos para mostrar como a *razão prática desimpedida* de várias formas estabelece prioridades entre interesses básicos independente da situação ou da escolha de alguém. Tais prioridades se manterão sempre e em todo lugar; elas são requisitos morais para todas as pessoas humanas precisamente enquanto pessoas humanas. (Grisez, Finnis, Boyle, 1987, p. 138) (Grifos nossos)

Desse modo, a teoria neoclássica supõe que existem circunstâncias ou estados de coisas que podem ser estabelecidos como moralmente exigentes em uma perspectiva da razão prática atuando desobstruidamente – isto é, de acordo com o princípio da realização humana integral. Se algumas dessas circunstâncias puderem ser suficientemente unificadas em um mesmo círculo (ordenadas), e crucialmente necessárias ao bem estar humano (normativas), é possível que possamos nos encontrar diante de uma instituição – uma instituição imposta pela perspectiva do ponto de vista moral. E, acreditamos, isso seria o máximo do que poderia ser defendido como uma instituição natural.

Uma instituição natural, portanto, é um estado de coisas unificado por algum denominador¹⁵⁰ – ao ponto que seja possível a identificação desta instituição como “essa

¹⁵⁰ Que provavelmente consistirá na descrição do caso central da instituição.

instituição” e não “outra” –, identificado pelo ponto de vista moral da razão prática atuando desobstruidamente (o que importará consequências normativas para as relações naquele estado de coisas), sendo crucialmente importante ao bem estar humano (e, por isso, identificado pelo ponto de vista moral).

A busca do que seja crucialmente importante para o bem estar humano nos remete, imediatamente, aos bens humanos básicos, os quais, justamente, constituem os aspectos fundamentais e potenciais da realização humana. Nossa busca por instituições naturais, portanto, deve partir de considerações acerca destes bens. De fato, consideramos que uma instituição só poderia ser estabelecida pela perspectiva do ponto de vista moral como uma instituição natural se ela tiver algum tipo de ligação intrínseca com algum ou alguns bens humanos básicos.

Os bens, retromencionados, são sete: (1) o conhecimento; (2) a excelência na performance no trabalho e no jogo considerados por si mesmos; (3) a vida corporal e os componentes de sua plenitude como a saúde, o vigor e a segurança; (4) a amizade; (5) o casamento; (6) a razoabilidade prática; e (7) o bem da religião que consiste na harmonia com uma fonte última de toda a realidade, de valor e significado. Como sabemos, as instituições são realidades interpessoais, sociais. Na lista citada, há dois bens que são diretamente comunitários – quais sejam, a amizade e o casamento. Se vamos procurar instituições naturais, parece-nos que eles seriam o *locus* mais adequado para a iniciarmos a investigação.

4.7.1. *Um modelo de instituição natural*

Não é possível buscar harmonia com o próximo (bem da amizade) *sem* o próximo. Essa relação com o próximo começa com o nosso nascimento (mediada pelo encontro sexual entre homem e mulher – pelo bem do casamento) e, nesse primeiro momento, a fruição de todo e qualquer bem básico, inclusive a própria vida, é absolutamente mediada por essa relação com esse próximo. Talvez a única certeza do ser humano que nasce, seja a realidade de que ele caminha para a morte. Mas tanto no começo, quanto no fim da vida, nos momentos mais dependes, a sorte das pessoas de muitas formas é lançada nas mãos da comunidade que mais diretamente lhe toca – a família.

No começo da vida, os pais têm nas mãos a vida dos filhos – literalmente. Se não alimentar o bebê, aquecer, vacinar, tratar a febre e as doenças, cuidar da higiene, impedir que entre em contato com animais, e coisas e situações perigosas, o novo ser humano corre um

grande risco de logo perecer. Por outro lado, no fim da vida, não é incomum os filhos terem nas mãos a vida – ou o prolongamento e a qualidade da vida – dos pais. A velhice, as vezes, impede as pessoas de desempenharem funções básicas. A deterioração do corpo pela passagem do tempo coloca o ser humano em uma posição de extrema vulnerabilidade física e psicológica, o que requer muitos cuidados: consultas médicas, apoio familiar, e, até mesmo, ajuda para a realização de atividades simples como ir à missa (e instanciar o bem da religião), visitar um amigo, tomar banho, vestir-se ou comer.

Todas as instituições em que participamos nos dão apoio condicional, distante ou por caridade. O hospital pode cuidar, *sob a condição* que a conta seja paga. O Estado pode dar um “auxílio”, geralmente pecuniário, mas impessoal e *distante*. As freiras ou amigos podem acolher-nos, mas é por *caridade*. A família é a única comunidade em que o cuidado com os seus, no começo e no fim da vida, é visto como uma questão de obrigação, sendo também a única instituição da qual podemos esperar algum tipo de apoio *incondicional* (simplesmente porque sou o filho, ou a mãe); próximo (geralmente o cuidado e a convivência são diretos – pessoa a pessoa) e uma relação de suporte e apoio mútuos que se dá, não por caridade, mas por justiça, o que não quer dizer que não haja também o amor, mas a ênfase que buscamos é que aqui se trata de algo que é devido as partes apenas por serem quem são, *antes de qualquer outro tipo de consideração*.

Parece-nos que um dos conceitos centrais da ideia diretriz da família é o pertencimento, na sua forma mais pura. Veja que o pertencimento familiar é diferente do pertencimento em qualquer outro grupo comunitário. Em todos os grupos em que participamos, pertencemos *por causa* de valores, interesses ou ideias comuns. À família, contudo, pertencemos *apesar* de valores, interesses e ideias divergentes. Isso porque nosso pertencimento na família está atrelado, não aos acidentes que nos cercam, mas sim ao fato de *sermos quem somos*: um bebê, sem nada a oferecer; um adolescente rebelde, um jovem maduro ou um idoso debilitado. O tempo não desfaz o pertencimento.

Quando nascemos, não somos colocados em locais públicos para, arbitrariamente, sermos coletados por qualquer transeunte que passe. Antes, de todo bebê que nasce no mundo, podemos perguntar: quem são os pais? Todo ser humano nasce pertencendo. Esse pertencimento é, inclusive a base das obrigações morais e positivas em relação à criança – temos deveres diretos com essa criança (e não outras) porque ela é *minha* filha; e ela pode esperar e exigir coisas de mim, porque eu sou *o seu pai* (ou mãe). Os pais possuem a obrigação de prover aos próprios filhos – prover o quê? Não apenas a vida, mas são os pais os responsáveis por

introduzirem as crianças na experiência dos bens humanos básicos e direcioná-las sobre como usufruí-los, até que estejam aptos a assumir responsabilidade por suas próprias decisões. Ao mesmo tempo, e por essa razão, é dever dos filhos aceitar e obedecer a instrução dos pais, dada em seu próprio benefício.

O pertencimento familiar não é algo destacado na realidade – apenas restrito ao pai e a mãe. Antes, cada novo indivíduo que nasce entra em uma teia de relações ancestrais (avós, bisavós...), laterais (tios, irmãos, primos...) e descende¹⁵¹ (sobrinhos, filhos, netos...) complexa. Desse modo, o nascimento insere o indivíduo não apenas na comunidade marcadamente parental, mas também na rede de relações diretas mais ampla que se estende dessa comunidade primária – a família estendida. A família, nuclear e estendida, é a primeira e principal realidade em que experimentamos o bem da amizade. Também é o primeiro local em que temos contato com o bem do casamento, cientes de que nossa existência não é obra do acaso – *mas da união sexual do homem e da mulher*. Dito isto, a família é, então, o *locus* essencial que conjuga os dois bens básicos de caráter essencialmente comunitário. Resta saber se ela é, também, uma instituição. Que o é positivamente, não há dúvidas. Mas seria ela também natural?

A família é a célula fundamental da sociedade, a primeira comunidade em que tomamos parte. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 16.c igualmente reconhece: “a família é o núcleo **natural** e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. É uma realidade que envolve, não apenas bens, mas a possibilidade de acesso e a instrução na instanciação de *todos* os bens. Existe um *poder* organizado, com papéis apropriados – direitos e responsabilidades. Há também, representação – existem decisões que são tomadas, nem sempre por unanimidade, e os membros acatam, as vezes tacitamente, e a instituição se move em determinadas direções, em benefício de seus membros – onde iremos nas férias? Em quê empregaremos nossos recursos? Onde iremos morar? Como iremos agir em relação a A, B ou C?

A família possui normas – algumas universais: os pais devem prover aos filhos; os filhos (em condições normais) devem obediência aos pais. Essas duas normas não precisam estar escritas em nenhum dispositivo para serem verdadeiras. Antes de qualquer positivação, ou antes de qualquer outra consideração, o dever dos pais para com os filhos e vice-versa é um postulado requerido pelo ponto de vista moral – isto é, esses dois deveres possuem primazia sobre quaisquer outras considerações. A realidade familiar, portanto, não é apenas uma

¹⁵¹ Potencialmente.

comunidade que se forma a partir de interesses comuns, que pode ser contratualmente dissolvida, sem danos significativos para as partes. Antes, ela é imbuída de certas deontologias *por design*, isto é, ela constitui um estado de coisas (relações, deveres e direitos) unificado por laços (de consaguinidade, hereditariedade, ancestralidade, genético) que identifica incondicionalmente aquelas pessoas como membros daquela instituição.

A família é a instituição em que os bens básicos da amizade e do casamento se entrelaçam mais profundamente. Tanto é assim que Finnis aponta na obra “Lei natural e direitos naturais”, que a família compartilha relações unificadoras especiais em todas as quatro ordens da realidade: natural, lógica, moral e técnica. Quando Finnis usa o termo família, o foco é a relação no lar, entre os pais e dos pais com os filhos. O casamento é o ato constitutivo da família, haja vista que gera um estado de relações e um compromisso que recebe o mesmo nome (casamento) e compromisso esse que será vivido no seio da família (*stricto sensu* – relações entre os cônjuges e entre pais e filhos) ou das famílias (avós, tios etc. de ambas as partes) por meio de diversos outros atos.

Com relação à primeira ordem, ordem natural, a família tem uma unidade física particular com a proximidade genética, certa compatibilidade de tecidos, grupo sanguíneo e órgãos, semelhanças estéticas e, por vezes, até mesmo de temperamento, inteligência e sentimentos. Além disso, temos ainda a interação sexual e a procriação entre os pais (Finnis, 2007, p. 139). Com relação à segunda ordem, a ordem lógica, as relações unificadoras da família podem ser especiais na medida em que “seus membros pensam e aprendem juntos, adquirindo um fundo em comum de experiência e *insight* – e até sabendo quanto os outros sabem” (Finnis, 2007, p. 140).

Na obra “Lei Natural e Direitos Naturais”, Finnis inverte a terceira e a quarta ordem. Todavia, para manter a coerência desse trabalho, manteremos as ordens conforme já apresentado. Desse modo, na terceira, a ordem da conduta autodeterminada, a família pode ter uma unidade especial nessa ordem de relações, na medida em que a realização de seus membros, pelo menos parcialmente, é constituída pelo apoio aos demais membros, sobretudo quando pensamos na relação entre pais e filhos, em que parte da realização dos pais envolve o cuidado e a ajuda aos filhos para que participem em todos os aspectos básicos do florescimento humano.

Por fim, na ordem técnica a “família pode ter uma unidade especial nessa ordem de relações, na medida em que seus membros dividem não apenas a casa, a propriedade e as posses,

como também toda uma gama de modos especialmente sutis de comunicação entre si” (Finnis, 2007, p. 140).

O ato fundador da família é o casamento, que é, como bem disse Finnis, “ao mesmo tempo um ato, um estado e uma *instituição*”. Como expomos em obra anterior:

O casamento é simultaneamente um ato, um estado e uma instituição. No primeiro caso, o casamento é o ato dos dois cônjuges que se comprometem um com o outro a viverem como marido e mulher. Enquanto estado, o casamento é um estilo de vida, é o desdobramento do compromisso de viver casado em diversos outros atos e de abster-se de atos incompatíveis com o compromisso, enquanto ele perdurar. Finalmente, como instituição, o casamento é a rede de normas sociais e jurídicas as quais, levando em consideração o bem desta forma de vida, tem por finalidade promover “maneiras estáveis de casar e estar casado, apoiando os atos e as disposições que beneficiam a fidelidade e o compromisso conjugal, e desencoraja a conduta que impeça ou prejudique a vivência do compromisso conjugal” (Finnis, 2011b, p. 317). Tudo isto refere-se a um conjunto de juízos avaliativos sobre um campo de oportunidade e prática humana e constitui o significado focal do casamento.

O casamento enquanto um bem humano básico é a união sexual entre o homem e a mulher. Enquanto um bem humano básico, ele é pressuposto na existência de cada sujeito agente – a causa material de nossa existência é essa união. Isso, contudo, não é a descrição do seu caso central. O caso central visa descrever em quais condições a vivência deste bem é mais propriamente realizadora da natureza humana. A proposta da teoria neoclássica da lei natural sobre esse tema pode ser resumida da seguinte forma: “o casamento é uma comunidade multinivelada de natureza integral intrinsecamente voltada à vida familiar”.

Vimos acima que a análise de comunidades depende da observância (1) das atividades que mais particularmente a caracterizam; (2) dos bens aos quais a comunidade está voltada; e (3) das normas que melhor se relacionam com os atos e os bens e viabilizam o alcance dos segundos pela ação dos primeiros. Nesse marco, o casamento é uma comunidade integral porque ele é integral nesses três aspectos – ele é integral na atividade que melhor o incorpora, nos bens aos quais está voltado e nas regras que o regem.

Em relação as atividades, a atividade que mais propriamente sela o casamento é o ato sexual, acompanhado da promessa de exclusividade sexual. Quando as pessoas prometem ser fiéis, no altar, até que a morte os separe, nenhuma outra atividade (jogar bola, estudar juntos, ir ao cinema) pode substituir esse critério e continuar fazendo sentido. Estudar com outra pessoa – ou qualquer outra atividade – não é uma traição ao compromisso conjugal, dormir com outra pessoa, por outro lado, sim, o é. A pergunta, então, passar a ser “o que existe no sexo capaz de selar e ser tão central para a constituição dessa comunidade?”

A resposta de Finnis, Robert George, Ryan Anderson e Sherif Girgis, principais autores dedicados ao estudo do tema nesse paradigma teórico, é que o ato sexual materializa a

entrega dos corpos – a nossa entrega como seres corpóreos, orgânicos. Se este ato for acompanhado pela entrega dos demais atributos subjetivos da pessoa – emocional, intelectual, e na projeção temporal do seu ser –, então esse ato será também um ato conjugal: a pessoa que recebe o corpo recebe, não apenas o corpo, mais o outro por inteiro. No casamento, a pessoa não entrega um objeto ou uma técnica. Antes, o ponto central é que ela entrega a *si mesma*. E o casamento se torna a comunidade mais profunda e integradora em que duas pessoas podem participar.

Duas freiras ou dois irmãos podem viver juntos e oferecer suporte mútuo ao longo de toda a vida – uma união emocional, intelectual, técnica, mas isso não dá origem ao casamento. Isto porque falta um elemento essencial: como somos seres orgânicos, corpóreos, uma entrega que deixe de fora nosso aspecto biológico, deixa de fora uma parte essencial de nosso ser. O casamento é a comunidade mais integradora que existe porque, além de integrar aspectos emocionais e intelectuais (que também compartilhamos com outras pessoas), ele também envolve a entrega do corpo – e no casamento, e apenas no casamento, essa entrega é *pessoal* (porque ela integra todos os aspectos da pessoa, a recepção do outro é *por inteiro*, e não parcial, logo essa entrega é uma entrega da *pessoa*, e não apenas do corpo). É por isso que, no casamento, e apenas aqui, essa entrega corporal é também um ato de justiça (o que não a impede de ser um ato de amor).

Mas de que modo o ato sexual pode ser uma atividade comunitária, um ato coordenado, integrador? A resposta para isso volta ao conceito de união que tanto citamos: união é a coordenação de atividades em um determinado plano para obter um fim naquele mesmo plano. Não se trata de justaposição. União, requer coordenação e fim comum – ou melhor, um *bem comum*. Para que a atividade sexual, portanto, seja um ato verdadeiramente unitivo de corpos, é necessário que exista – pelo menos potencialmente – um fim naquele mesmo plano que aquela ação possa alcançar. Em outras palavras “O que cria a unidade é a ação comum: a atividade visando fins comuns. Duas coisas são partes de algo maior – são um só – se elas agem como um, e elas atuam como um quando suas ações estão coordenadas para um mesmo fim”¹⁵² (ANDERSON; GEORGE; GIRGS, 2012, Loc. 400¹⁵³).

¹⁵² Texto original: “What makes for unity is common action: activity toward common ends. Two things are part of a greater whole – are one – if they act as one, and they act as one if they coordinate toward one end that encompasses them both” (Anderson; George; Girgs, 2012, Loc. 400).

¹⁵³ Uso esse modelo de indicação (“Loc.”) porque trata-se de material consultado em formato e-book, no equipamento Kindle, no qual não pude identificar paginação adequada.

Desde a perspectiva biológica somos completos para todas as funções – respirar, digerir, etc. – exceto uma: a procriação. E, neste fim, a coordenação de atos sexuais entre homem e mulher estabelece um verdadeiro tipo de união orgânica – este ato, neste contexto, não é apenas um conjunto de movimentos sobrepostos. O fim potencial unifica a ação, ainda que ele não venha a ser materializado. Essa unificação corporal é tão verdadeira que, por vezes, nove meses depois, ela recebe um nome, com a vinda ao mundo de um novo ser que recebeu cada metade de sua carga genética e de sua formação corporal completa de cada um dos genitores¹⁵⁴.

O casamento, portanto, é uma comunidade integral na atividade que mais propriamente o incorpora, na medida em que ele envolve o ser humano por inteiro, inclusive o seu aspecto corporal. Ele também é integral nos bens aos quais ele está voltado. Segundo Finnis, o casamento está voltado a dois bens fundamentais – o primeiro, é a própria comunidade. A vivência do casamento, a experiência de se entregar e receber um outro ser humano, de participar da comunidade mais profunda que pode existir entre duas pessoas, compartilhando suas vidas e seus corpos, *um lugar de pertencimento* – esse é o primeiro bem ao qual o casamento está voltado, chamado, algumas vezes de “amizade conjugal”. Novamente, este bem é compreensivo, integrador. Mas o casamento está ainda voltado a um outro bem, que é o bem da procriação, expresso na concepção, cuidado e criação conjunta dos filhos, i.e., na vida familiar. Como dissemos em outro trabalho:

Nesse sentido, o argumento não é que o casamento sempre vai acompanhado pela concepção e criação de filhos, porém mais propriamente que eles se *encaixam* juntos, que o casamento é particularmente *apto* para a vida familiar e que esse *bem* enriquece o casamento de uma forma muito específica. Que o casamento *é o tipo* de relacionamento e comunidade voltados para o florescimento de novas vidas, ainda que isso não venha a acontecer, e que o próprio casamento é realizado, floresce, com a criação conjunta dos filhos, com a vida familiar.

Existe um paralelo entre o *bem comum* para o qual qualquer ligação entre pessoas é orientada e a atividade que mais incorpora essa conexão (George, Anderson, Girs, 2012). Não se trata aqui do mero fato de que algumas atividades representam simbolicamente a categoria à qual um relacionamento pertença, mas sim que elas *tornam* o relacionamento deste ou daquele tipo. Por exemplo:

Por exemplo, um time de futebol tem como fim ganhar o jogo de futebol, e as atividades de treino e os jogos em si estão orientados a atingir esse bem maior: a vitória. Um grupo de onze homens que corre de um lado para o outro no campo

¹⁵⁴ Discorremos amplamente sobre esse tema em nossa obra “A razão do casamento: uma reflexão filosófica a partir da lei natural”, baseada na dissertação de mestrado produzida na Universidade Federal do Pará. Para os fins ora propostos, entendemos que basta a exposição dos elementos essenciais a fim de estabelecermos se, no paradigma neoclássico, o casamento e a família podem ser considerados instituições naturais.

fazendo saltos ornamentais, sem propósito algum, não é, de fato, um time de futebol. O *bem* da vitória no *jogo de futebol* (*bem comum* ao qual o time está orientado) é mais possivelmente atingível quando o time *treina e joga os jogos*. Então o treino e o jogo são as atividades que melhor incorporam o time de futebol. Tem-se o seguinte: o *bem* ao qual um relacionamento ou sociedade está orientado acaba moldando, em grande parte, as exigências normativas desta relação; ao mesmo tempo em que, ao realizar as atividades normativamente exigidas, a relação é desta ou daquela categoria – que varia de acordo com o *bem* ou *fim* ao qual a relação está orientada. (Riker, 2020, p. 213)

A partir desta análise, no que tange à conexão com aos *bens comuns* da procriação (criação de infantes e vida familiar) e do casamento, se há alguma conexão fundamental entre eles, então podemos esperar uma conexão paralela entre a procriação e a existência daquela comunidade integral e a atividade que mais adequadamente especifica o casamento. Conforme o exposto acima, essa conexão é evidente: a mesma atividade que incorpora casamento é aquela que tanto *sela* a (1) comunidade multinivelada que é, em si mesma, um bem único, digno de escolha e realizador da natureza humana; quanto é a atividade apta (2) a concepção, ao bem da procriação. Por isso, o bem do casamento é duplo: ele está voltado tanto à vivência da própria comunidade, quanto à vivência da família. E, em cada uma de suas instâncias, ele é integral – é integral na própria comunidade; e é integral na procriação, uma vez que se volta não a fins pontuais, ou bens isolados, mas a novas vidas, isto é – a novos centros de valores que precisam ser instruídos na vivência de todos os bens humanos básicos.

Por fim, o casamento também é integral na natureza das normas que o regem, as quais, como em qualquer comunidade, estão relacionadas com a condução das ações de modo a, mais adequadamente, levar a instanciamento dos fins. Nesse sentido, para a melhor instanciamento da natureza comunitária integral do casamento, devem as partes dedicarem-se uma à outra com exclusividade e fidelidade, de modo permanente. Não há fim biológico comum que possa unificar três ou mais pessoas – antes, apenas duas pessoas podem constituir uma comunidade de natureza integral, por isso uma das regras do casamento é a monogamia, isto é, a exclusividade e a fidelidade expressa *neste ato* e em *cada ato* sexual porvir, acompanhado da dedicação exclusiva e prioritária ao cônjuge. Além disso, somos seres que existem no tempo, então não é possível constituir uma comunidade integral se, deliberadamente intencionamos que tal comunidade tenha prazo de validade. Por isso, a permanência é outra regra que é da essência da constituição do casamento.

O tipo de derivação que fizemos até aqui ainda não tratou de nenhum aspecto contingente sobre o casamento – número de filhos, questões de herança, moradia ou qualquer outro tipo de questão prática. Antes, nos propomos a apresentar um conjunto de descrições sobre o que seria o caso central do casamento, enquanto uma comunidade, nos atendo aos

limites metodológicos fundamentais e primordiais para a descrição de qualquer prática social ou comunidade – os atos, os bens e as regras. Nosso ponto de partida não advoga a neutralidade na proposição. Antes, buscamos articular com clareza o pano de fundo metaético e valorativo do qual partimos: qual seja, uma concepção robusta da razão prática, capaz de distinguir oportunidades de possibilidades, que supõe que há bens *inteligentes* e não apenas *experienciais* ou *emocionais* de realização humana.

Por vezes, parece confusa a articulação de Finnis do bem do casamento, isto porque, enquanto um bem humano básico, o casamento deveria ser considerado como uma realidade pré-moral (o que nem sempre fica claro), auto evidente, cuja defesa se daria por argumentos dialéticos ou autorreferenciais (justamente por se tratar de uma realidade auto evidente). A auto evidência do valor inteligente desse bem estaria no fato de que qualquer cético que tente negá-lo, em sua própria existência, o pressupõe – é do encontro sexual entre o homem e a mulher que ele veio a existir, seu DNA atesta isso, e, por vezes, muitas outras atribuições mais visíveis, que lhe são direta “herança” hereditária. Sem esse encontro sexual, ele não teria sido formado como é, para ser, em certa medida, quem é, e poder advogar contra a existência desse bem. Agora, se essa união deve ser exclusiva, monogâmica e permanente, não é um aspecto auto evidente do bem em si.

Apesar de essas normas serem derivações, elas não são arbitrárias. Antes, elas fazem parte do *design* próprio do que poderia ser considerado o caso central da realização deste bem humano básico, desde a perspectiva do ponto de vista moral, que é o ponto de vista da razão prática atuando desobstruidamente, regida pelo princípio da realização humana integral.

Como vimos acima, a razão prática possui um princípio primário (o bem é para ser buscado) que, a partir da experiência, capta os bens realizadores da natureza humana, que são os bens humanos básicos, e, então, eles complementam o princípio primário (o conhecimento/a amizade etc. é para ser buscado) e constituem os *princípios primários* da razão prática. Desde o início, a razão prática é diretiva, ela está sempre orientada ao fim. O estabelecimento dos princípios primários define a orientação da razão prática em direção aos bens humanos básicos, não apenas a uns, mas a *todos os bens*. A razão prática atuando desobstruidamente, então, é a origem do primeiro princípio da moralidade, segundo o qual: *Na medida em que está em seu poder, não permita que nada, mas apenas os princípios correspondentes aos bens básicos, molde seu pensamento prático na medida em que você encontra, desenvolve e usa suas oportunidades para perseguir a realização humana por meio de suas ações deliberadas* (Grisez; Finnis; Boyle, 1987b, p. 121). E, em uma segunda formulação: *ao agir voluntariamente*

por bens humanos e evitar o que é oposto a eles, a pessoa deve escolher e desejar aquelas, e apenas aquelas, possibilidades cuja vontade é compatível com uma vontade voltada a realização humana integral (que é o respeito por todos os bens, em todas as pessoas, em todas as eras).

O caso central do casamento, portanto, não se confunde com o bem básico do casamento. Podemos nos referir a esse caso central como um bem, se o estivermos analisando como um campo de deliberação e ação humana digno de escolha. cremos, nada obstante, que esse conjunto descritivo derivado de considerações sobre bens humanos básicos, sobre a natureza e realização humanas, bem como a partir do princípio da realização humana integral, é uma descrição normativa que estabelecemos, por partir dessas mesmas considerações, a partir da perspectiva do ponto de vista moral da razão prática. Enquanto tais, as normas ali estabelecidas ganham prioridade em relação a outras normas sobre a relação.

Definimos a instituição, acima, como um arranjo normativamente ordenado e vinculante, que pode ou não adquirir personalidade própria, vinculado a uma ideia diretiva da qual se derivam poderes, condicionados por finalidades e bens dela derivados e que perdura no tempo por sua associação a bens humanos básicos e potencial de realização humana, sendo essa a principal razão de seu reconhecimento social disseminado.

Do exposto, parece-nos adequado advogar que o casamento e a família são instituições naturais estabelecidas desde a perspectiva do ponto de vista moral da razão prática por sua ligação intrínseca (e não acidental) à realização humana, com particular ênfase à instanciação dos bens básicos do casamento e da amizade.

Com certeza, o conjunto descritivo parece adequar-se à definição de instituição proposta – o casamento é *um arranjo normativamente ordenado* (normas morais instituídas pela perspectiva do ponto de vista moral: monogamia, exclusividade, fidelidade, permanência), que, a sua vez, não adquire personalidade própria. Logo, o casamento seria uma espécie de instituição-coisa, isso porque ele estabelece um estado de coisas (relações, obrigações, direitos morais), e não uma corporação.

Um aspecto central da ideia diretiva do casamento é a entrega pessoal completa, e no cerne disto, está a inteligibilidade dos atos sexuais como parte da entrega humana em seu aspecto corporal e das condições nas quais tais atos são *razoáveis* e verdadeiramente realizadores da natureza humana. Desta ideia diretiva, se derivam poderes e limitações (expressos nas regras derivadas da perspectiva do ponto de vista moral).

Os bens e finalidades, como vimos acima, também são condicionados pela ideia diretiva do casamento. E, novamente, o casamento é uma instituição natural *que perdura no tempo por sua associação direta a bens humanos básicos*, não apenas a eles, *mas a todos eles*, na medida em que um dos bens ao qual está voltado é a procriação, novas vidas, que precisam ser instruídas na vivência de *todos os bens*. Por tudo isso, o casamento apresenta um estado de coisas *potencialmente realizador da natureza humana*, não apenas nos cônjuges, mas também nos filhos enquanto filhos, *sendo essa a principal razão de seu reconhecimento social disseminado*.

Por esse conjunto descritivo estar substanciado em derivações normativas da perspectiva do ponto de vista moral da razão prática, podemos, então, considerar tais instituições, não apenas construções sociais, mas estados de coisas que são estabelecidos razoavelmente como crucialmente significativos ao bem estar humano, um estado de coisas que não apenas se adequa à definição de instituição, mas que corresponde, exatamente nesse aporte descritivo (isto é, enquanto uma instituição), a um estado de coisas fundamental para o bem-estar humano, intrinsecamente relacionada aos bens humanos básicos – uma instituição natural.

O casamento é uma instituição-coisa que funda uma instituição-pessoa – a família¹⁵⁵. Enquanto no casamento, o cerne da ideia diretiva é a entrega pessoal, na família essa entrega é algo pressuposto, algo dado, e o conceito que toma primazia na ideia diretriz é o pertencimento. A família, enquanto instituição natural, é o florescimento da instituição natural do casamento, por isso ela mantém as mesmas regras retromencionadas, e soma-lhes os deveres de os pais proverem aos filhos, e dos filhos obedecerem aos pais – deveres que tomam primazia sobre quaisquer outros compromissos, exceto os do próprio casamento, que lhe antecede.

O termo família pode ser utilizado para tratar de outras realidades, não tão marcadamente relacionadas ao casamento, mas, ainda assim, com um forte senso de pertencimento, como refletiu John Witte Jr na conclusão de seu livro, não devemos ser tão radicais no emprego do termo família¹⁵⁶. Não obstante, em outros modelos, o termo empregado fará alusão a famílias *por analogia* ou enquanto uma construção social por razões outras (afeto, cuidado, etc.). Enquanto uma instituição natural, o caso central defensável pelo ponto de vista moral da razão prática, em consonância com o princípio da realização humana integral e que encara os bens, não como aspectos experienciais, mas inteligíveis (e por isso verdadeiramente

¹⁵⁵ Que se torna a família Riker, a família Pereira, a família Sousa, etc.

¹⁵⁶ WITTE JR. J. **From sacrament to contract: Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition**. 2ª Edição. Louisville: Presbyterian Publishing Corporation, 2012.

realizadores da natureza humana) será este intrinsecamente relacionado à instituição natural do casamento, por todas as razões expostas acima.

4.7.2. Outras formas de instituição natural

E quanto ao Estado? Ao direito? Ao contrato? Algumas dessas outras instituições poderiam ser consideradas como instituições naturais? De que modo poderíamos estabelecer outros modelos de instituição natural?

Como tentamos demonstrar acima, argumentos por instituições naturais devem partir de considerações sobre bens humanos básicos e ter aspectos de sua normatividade estabelecido pela perspectiva do ponto de vista moral – um passo após os bens, mas antes da contingência. Se nossa proposta for coerente, acreditamos que as instituições naturais poderão ser descritas a partir da reflexão sobre os casos centrais de instanciamento de bens humanos básicos, sempre e quando esses casos centrais tiverem o aporte de uma normatividade estabelecida desde a perspectiva do ponto de vista moral da razão prática e constituírem a descrição de um *arranjo normativamente ordenado e vinculante a seus integrantes, que pode ou não adquirir personalidade própria, vinculado a uma ideia diretiva da qual se derivam poderes e limitações, condicionados por finalidades e bens dela derivados e que perdura no tempo por sua associação implícita ou direta a bens humanos básicos e potencial de realização humana, sendo essa a principal razão de seu reconhecimento social disseminado.*

4.8. A ética das instituições: entre MacCormick e Finnis

Definimos a instituição da seguinte forma: um arranjo normativamente ordenado e vinculante a seus integrantes, que pode ou não adquirir personalidade própria, vinculado a uma ideia diretiva da qual se derivam poderes e limitações, condicionados por finalidades e bens dela derivados e que perdura no tempo por sua associação implícita ou direta a bens humanos básicos e potencial de realização humana, sendo essa a principal razão de seu reconhecimento social disseminado. Essa definição não vem de Finnis, nem poderíamos afirmar categoricamente que ele a aprovaria. Nada obstante, muito da reflexão que nos trouxe até aqui

inspirou-se em sua obra¹⁵⁷ e esse foi nosso esforço: construir uma teoria da instituição no paradigma neoclássico da lei natural.

MacCormick define instituições, *em passant*, como instâncias recorrentes de práticas ordenadas imputáveis a normas iguais ou similares (MacCormick, 2007, p. 32). Vimos, acima, nada obstante, que uma relevante contribuição à compreensão de instituições pode ser extraída da obra de MacCormick, principalmente em relação à instituição-coisa. Diante de todo o exposto, contudo, é importante analisar qual a real contribuição de uma teoria da instituição no paradigma neoclássico, bem como articular qual a vantagem de construir uma teoria abraçando os fundamentos metaéticos jusnaturalistas, ao invés de tentar articular uma proposta a partir do paradigma de MacCormick, principalmente para a consideração de direitos fundamentais.

4.8.1. O valor da teoria da instituição neoclássica

A nossa teoria da instituição busca explicá-la e compreendê-la desde uma perspectiva, primeiro, conceitual, mas, ainda com uns toques de interdisciplinaridade¹⁵⁸. Nosso propósito central, nesta empreitada, foi construir uma visão de instituição que servisse como chave hermenêutica para a aproximação e estudo de todo tipo de instituição, o que é de grande valor para o direito¹⁵⁹. Desse modo, identificamos os tipos e os elementos de instituições, assim como desenvolvemos uma proposta de definição – não tão específica, que não dê conta da diferenciação entre os tipos; nem tão geral, que se torne imprecisa e ineficiente para defini-la.

Essa moldura teórica, que designei acima por chave hermenêutica, apresenta um paradigma a partir do qual podemos nos aproximar e buscar compreender todo tipo de instituição na medida em que ela nos mostra para onde olhar, que elementos são essenciais para entender, ou mesmo, numa abordagem prática, para construir ou destruir instituições. Nesse sentido, por exemplo, para construirmos uma compreensão do Estado (ou da universidade, ou do mercado) enquanto instituição, precisamos analisar seus elementos – sua ideia diretriz, seus bens, a comunidade que o compõe, o poder organizado (a ordem) e suas regras (normatividade). Essa abordagem pode ir do nível mais geral, para o mais específico, isto é, no exemplo referido, podemos considerar o Estado enquanto categoria sociológica¹⁶⁰ geral, ou Estados específicos –

¹⁵⁷ Num diálogo com Hauriou e MacCormick.

¹⁵⁸ Em especial, relativos ao aporte sociológico de Maurice Hauriou.

¹⁵⁹ E ainda para a filosofia, a sociologia, a ciência política – trata-se de um tema, por natureza, interdisciplinar.

¹⁶⁰ Ou filosófica, ou política ou, até mesmo, metafísica.

o Estado Brasileiro, o Português, etc. A compreensão dos elementos apresentados, então, nos dará uma boa noção do objeto que desejamos conhecer, desde a perspectiva institucional.

Ela é relevante, ainda, na medida em que aponta as causas da instituição e isso pode nos auxiliar, junto com a visão dos elementos e tipos, na compreensão daquilo que é necessário ser articulado ou posto em andamento a fim de criarmos, mantermos ou destruímos uma instituição – os elementos com uma contribuição mais direta, mas as causas em uma contribuição mais profunda. Nesse sentido, fica claro, a partir da análise das causas, que a instituição não é nada sem uma ideia diretriz (causa formal), uma comunidade (causa material), a ação humana deliberada (causa eficiente) e sem uma visão clara de bens que propulsionem/motivem a ação humana (causa final).

Este conhecimento serve, ainda, como aporte avaliativo de instituições. Se percebemos que uma instituição está ruindo, conhecer suas causas e elementos nos direciona para onde olhar a fim de buscarmos um diagnóstico do que causa sua derrocada – sua ideia diretriz foi comprometida? A comunidade esvaiu-se? Os bens propostos são ineficientes para motivar? A ação é inadequada ao alcance dos bens propostos? E porque seria assim? Será que existiria um problema na organização do poder (na repartição de competências ou na representação)? Ou, antes, as regras são inadequadas para auxiliar na coordenação do grupo? Os bens são arbitrários, experienciais ou verdadeiramente realizadores da natureza humana? Podemos, também, usar essa mesma chave para entendermos porque uma tal instituição é bem sucedida, ou ainda, este conhecimento nos ajuda, não apenas a avaliar a derrocada ou sucesso da instituição, mas também aponta de que modo podemos construí-la ou destruí-la/reformá-la, pela compreensão dos elementos centrais que a compõem.

De todos esses elementos, fica claro que o principal é a ideia diretriz, sendo ela a causa formal (a *alma*, por assim dizer, da instituição). Se isso for verdade, bem como a afirmação de MacCormick (2007, p.329) de que “a opinião dirige bem mais os homens do que a força”, podemos esperar que grandes mudanças institucionais sejam acompanhadas por significativas revisões em sua ideia diretriz. Podemos pôr essa teoria à prova considerando a instituição do casamento, que passou por significativas transformações normativas no último século.

O casamento, por séculos, principalmente no mundo ocidental, foi regido por regras como a monogamia, a exclusividade e a indissolubilidade. Ele era entendido como uma instituição que integrava o trinômio “sexo-casamento-filhos” ou “sexo-casamento-família”. Se

a análise proposta por Finnis¹⁶¹ e alguns outros teóricos da lei natural¹⁶² estiver correta, o cerne da inteligibilidade dessa instituição, que se relaciona com essa moldura normativa, estaria pautada em uma determinada visão do lugar, valor e papel dos atos sexuais, intrinsecamente relacionado a uma determinada forma de comunidade: uma comunidade de natureza integral intrinsecamente voltada à vida familiar, fechando o dito trinômio. Se isso for correto, podemos esperar que, se a compreensão sobre os atos sexuais for transformada, essa instituição também poderia ser transformada, pois a inteligibilidade central de sua ideia diretriz estaria comprometido e sem uma ideia diretriz forte, a instituição naquele *status quo* seria frágil e mais suscetível a desaparecer ou ser alterada.

Concentrar esforços na ideia diretriz de uma instituição é a uma peça chave para reformá-la ou destruí-la¹⁶³. Voltando ao nosso exemplo, o casamento e o direito de família, no Brasil, inicialmente foram regidos pelas disposições do Concílio Tridentino e das Constituições do Arcebispo da Bahia (SIMAS, 1958, p. 99), o código civil de 1916 e então, o Código Civil de 2002. Em geral, aquelas normas permaneceram relativamente inalteradas, até que grandes transformações sociais começaram a acontecer. A primeira, e mais significativa, foi a evolução dos métodos contraceptivos, dos quais, o mais eficiente, fora a própria castração humana, é a pílula hormonal, que começa a sua história em 1921¹⁶⁴. Paralelamente, a tecnologia da reprodução assistida foi alcançando grandes avanços nos séculos XIX e XX, até que, em 1978, nasceu o primeiro bebê humano de proveta, Louise Brown, na Inglaterra¹⁶⁵. Junto com esses grandes marcos científicos, o século XX foi marcado por um movimento social deu origem ao que ficou conhecido como “Revolução Sexual”, marcadamente acentuada na década de 1960 e 1970, estava relacionada a uma revisão dos valores sexuais da “moral tradicional”, apregoando a liberdade sexual, a liberação feminina e a aceitação de modos alternativos de viver a sexualidade, longe das normas tradicionalmente estabelecidas.

É precisa a análise de Sant Ana (2016, p. 4) sobre este ponto:

¹⁶¹ Para uma crítica nacional mais contundente desta análise, Cf. LAGO, Pablo Antônio. **Casamento entre indivíduos do mesmo sexo**: uma questão conceitual, moral e política. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

¹⁶² Ryan Anderson, Robert George, Patrick Lee, Sheriff Girgis, Germain Grisez.

¹⁶³ Considere os regimes de escravidão no ocidente. A ideia diretriz de uma tal instituição é a de que há hierarquia por raça ou força entre os homens. Como uma tal ideia poderia permanecer forte após o florescer e fervilhar do ideal de igualdade universal entre os homens dos Séc. XVIII e XIX? E, *voilà*, é no século XIX que vemos cair, de vez, esse regime (No Brasil, Lei Áurea, 1888).

¹⁶⁴ Confira uma breve história sobre os métodos contraceptivos em: <https://spdm.org.br/blogs/reproducao-humana/pequena-historia-dos-anticoncepcionais/>, por Jorge Haddad Filho, 2015.

¹⁶⁵ Sobre uma breve história da reprodução assistida confira: Reprodução assistida: Um pouco de história, por Moura; Souza e Scheffer, disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rsbph/v12n2/v12n2a04.pdf>. Acessado em 29/12/2023.

Os avanços da tecnologia e das ciências têm influenciado e transformado as relações humanas ao longo dos anos, e neste caso, a nova compreensão da sexualidade, na qual estamos inseridos hoje, está, em alguma medida, atrelado ao desenvolvimento dos métodos contraceptivos nos anos 60, que permitiu a desvinculação da sexualidade da reprodução biológica, instrumentalizando as reivindicações e conquistas das mulheres pela igualdade sexual, emocional e social em relação aos homens. O sexo, que outrora era visto somente com o propósito de procriação e de perpetuação da espécie, tem hoje cada vez mais assumido um papel hedonista, deslocando seu antigo propósito para um novo: a satisfação pessoal e a busca do prazer individual.

Ou seja, houve uma verdadeira ressignificação dos atos sexuais no século XX. Sem dúvida, o momento histórico de avanços científicos foi significativo para que o trinômio – “sexo-casamento-filhos”, perdesse sua inteligibilidade, uma vez que a consequência natural do sexo – a procriação – podia, agora, ser habilidosamente manipulada pelo ser humano, tanto na prevenção, quanto na geração de novas vidas, fica mais difícil perceber algum tipo de conexão intrínseca com a vida familiar.

Aquelas normas de exclusividade, permanência, monogamia, tiravam sua inteligibilidade de um modo central, e não periférico, da natureza e significado dos atos sexuais que selavam aquela comunidade. Uma comunidade cujo caso central é “o compartilhamento multinivelado de vida (físico, emocional, racional) cuja fundação e matriz é a unidade biológica unicamente possível pela complementaridade sexual reprodutiva (Finnis; GEORGE, 2015)”. Essa matriz biológica e associação à reprodução estavam ligadas ao significado mais profundo do casamento enquanto instituição, como elaboramos maior propriedade em outro trabalho (Riker, 2020, 204):

Em suma, o casamento é uma união particularmente compreensiva e abrangente, complexa e multinivelada, sendo que sua matriz biológica e associação à reprodução são aspectos descritivos que, levados em consideração, contribuem para entendermos o caso central e a inteligibilidade do casamento como um bem humano digno de escolha, além de contribuírem para a inteligibilidade e justificativa de certas normas morais que regem a relação.

Se a inteligibilidade dessas normas depende de uma ideia matriz – a ideia diretriz da instituição –, quando essa ideia matriz é desconstruída, podemos esperar, paralelamente, um progressivo ruir dessas mesmas normas. Isso acontece assim porque com a obstrução do real significado dos atos sexuais para o florescimento humano, as normas sexuais passam a ser *arbitrárias* e ninguém pode ser motivado a submeter-se a arbitrariedades. Nem a força é suficiente, a longo prazo, para manter um sistema assim – pois, como do túmulo fala Hauriou, a força é energia, e energia acaba. É por isso que instituições duráveis ou reformas institucionais duráveis serão sempre frágeis na medida em que se embasarem exclusivamente na força. É

preciso uma ideia diretriz, poder e adesão, para que ela alcance algum tipo de estabilidade – sendo desses, a mais importante, a ideia diretriz.

Com a revisão do significado do sexo, então, a ideia diretriz do casamento é atingida no âmago, e, por consequência, suas normas, que começam a ser percebidas como arbitrárias, vão sendo, paulatinamente, transformadas e não sem razão, no final do século XX, início do século XXI, seguindo o fluxo das grandes transformações que o antecederam, senão vejamos. No que toca à estabilidade e permanência, até a década de 1970, o casamento era, por lei, indissolúvel no Brasil. Apenas em 1977¹⁶⁶ o divórcio foi legalizado, acompanhado de exigências legais a serem observadas para que pudesse ser realizado. Tais requisitos foram paulatinamente superados, até que em 2010 foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 66/2010¹⁶⁷, tornando o divórcio matéria de deliberação e execução exclusiva dos cônjuges.

Com relação à exclusividade (fidelidade e monogamia), podemos ver a antiga força dessa regra na tipificação penal do adultério, revogada, em 2005¹⁶⁸. Além disso, na área civil, relações extraconjugais começaram a ser reconhecidas no âmbito patrimonial¹⁶⁹ por meio da aplicação da súmula n.º 380 do Supremo Tribunal Federal (STF). Chegou a acontecer, num cartório na cidade de Tupã, no interior de São Paulo, o registro de uma escritura pública declaratória de união poliafetiva, posteriormente suspensa e proibida em sessão plenário pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Emenda Constitucional n.º 9/1977 (EC 9/77), sendo posteriormente regulado pela Lei n.º 6.515/1977, que exigia a prévia separação judicial por no mínimo três anos. Em 1988, a nova Constituição Federal, no art. 226, § 6.º, amenizou o prazo, indicando a necessidade de prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovação de separação de fato por mais de dois anos.

¹⁶⁷ Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

¹⁶⁸ O Código Penal Brasileiro previa: “Art. 240 - Cometer adultério: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses. § 1º - Incorre na mesma pena o co-réu. § 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato. [...]”. Esse artigo foi revogado pela Lei nº 11.106/05.

¹⁶⁹ Por exemplo, Nazaré Silva Cajado, em artigo para o diretório do IBDFAM, informa o seguinte: “Juiz reconhece relação triangular de poliamorismo e determina a partilha de bens [destacou-se]. Essa decisão foi proferida na 4ª Vara de Família da Comarca de Porto Velho, Rondônia. A citada decisão reconheceu, em Ação Declaratória de União Estável, a duplicidade do relacionamento de um homem legalmente casado que convivia com a sua esposa, e simultaneamente com a companheira. Na sentença, o juiz determinou a partilha dos bens adquiridos durante a relação dúplice em três partes iguais, isto é, entre o homem, a esposa legalmente casada e a companheira. De acordo com o magistrado, a psicologia moderna chama essa relação triangular de poliamorismo, que se constitui na coexistência de duas ou mais relações afetivas paralelas em que as pessoas se aceitam mutuamente. Para o julgador o reconhecimento da partilha dos bens deve-se a doutrina e o precedente da jurisprudência que tem admitido a “triação”, isto é, meaço que se transforma na divisão do patrimônio em partes iguais. (2008, online, acesso em 14/9/2013).” – Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1205/O+poliamor+e+sua+repercuss%C3%A3o+judicial>>. Acessado em: 29/12/2023.

¹⁷⁰ Cf. a informação no site do CNJ, disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>>. Acessado em 29/12/2023.

A par das mudanças normativas, a instituição do casamento persiste. No fim, a instituição não pôde ser morta porque não foi o caso do núcleo de sua ideia diretriz ter sido abolido, ela apenas viu o cerne de sua inteligibilidade ser substituído por outro conceito, qual seja: o afeto. Nesse sentido, o atual ministro do STF, Edson Fachin (1999, p. 35-37), declarou:

Vira o século e vêm novas décadas, outros valores, a exemplo da *affectio maritalis*. Valor sócioafetivo que funda uma sociedade conjugal, matrimonializada ou não. A vigência do divórcio pleno é prova disso. [...] O casamento representava um compromisso formal de vida. Com o divórcio unitário (em 1977, na lei) e o divórcio pleno (1988, na Constituição), a liberdade de casar tem simetria com a liberdade de não permanecer casado perante o Estado.[...]

Véspera do século XXI, quadro plural e poroso das novas famílias.

Aduz ainda o constitucionalista Lenza (2011, p.1042) que:

O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e **baseado em um vínculo de afeto**. (Grifo nosso)

Essa redefinição da inteligibilidade central da ideia diretriz, por sua vez, é compatível com a redefinição do casamento enquanto instituição social. Ela reposiciona seus bens, centralizando a satisfação emocional dos cônjuges com a relação, em detrimento da configuração de uma comunidade propícia ao cuidado e criação de filhos; reconfigura suas normas – pois não há nada no afeto que requeira a permanência para além da satisfação emocional, nem que não seja compartilhável entre mais de duas pessoas¹⁷¹, ou mesmo, restrito pela complementaridade sexual, visto que a reprodução, com o auxílio da ciência, tornou-se primariamente uma questão de escolha, não necessariamente associada a um determinado tipo de comunidade.

À luz disso, temos que o casamento continua sendo uma instituição jurídica, mas viu o cerne de sua ideia diretriz ser reconfigurado, o que resultou em uma nova apresentação, em uma *redefinição*, dessa instituição. Pelo exposto, é um equívoco ler as mudanças no significado de instituição do casamento como uma “expansão” de seu conceito. O significado do casamento não foi *expandido*, ele foi *redefinido* a partir de uma alteração no núcleo de sua ideia diretriz. Obviamente, se isso foi feito para melhor ou pior, porque e em quais aspectos, é objeto de outro debate¹⁷². Nosso intuito, aqui, é, como dissemos, apresentar um paradigma hermenêutico, uma chave metodológica, que nos auxilie em análises institucionais.

¹⁷¹ Daí a luta de movimentos no direito pelo reconhecimento de relações poliamorosas.

¹⁷² Debate este ao qual apresentamos uma contribuição na obra “A razão do casamento: uma reflexão filosófica a partir da lei natural” (2020)

Desse modo, observar os elementos que propomos é um ponto de partida significativo para a compreensão de instituições, e tem muito a contribuir em termos de nos auxiliar na pesquisa sobre em que aspectos, em quais elementos e de que modo, uma determinada instituição foi ou pode ser compreendida/alterada/criada/destruída/transformada/renovada/etc.

4.8.2. *A superioridade da teoria da instituição no paradigma neoclássico*

Começamos essa obra com o teórico Maurice Hauriou. Estudá-lo foi determinante para muitos aspectos desse trabalho, amplamente discutidos acima. Nada obstante, Hauriou viveu um momento histórico *suis generis*, de transformações e descobertas científicas que o levaram pelo caminho de um vitalismo social que encontra pouca ou nenhuma ressonância com o momento histórico que vivemos ou com a forma de fazer ciência atual. O aporte metodológico finnisiano, que resgata a divisão da realidade em ordens, nos lembra que a cada ordem corresponde uma abordagem específica e que não devemos confundir a ordem da natureza com a ordem da conduta humana autodeterminada e autodeterminante.

Apesar de podermos recepcionar muitos elementos conclusivos e procedimentais de Hauriou, o pano de fundo ontológico, ao mesmo tempo vitalista e idealista, não é algo que desejamos defender. Antes, nos posicionamos ao lado de uma teoria robusta da razão prática, que, sim, reconhece bens, mas não porque eles possuem uma “existência em si mesmos” de algum modo independente de nós, como propõe Hauriou (2009, p. 25) acerca das ideias. Ao invés disso, sabemos, com Finnis (2012, p.21) que a ordem epistemológica é inversa à ordem ontológica: “Na ‘ordem ontológica’, sem dúvida, ‘a essência da alma’ firma-se nas potências, as potências firmam-se nos atos, os atos firmam-se no conhecimento dos objetos”. Mas a ordem epistemológica começa no conhecimento dos bens, que é possível por intermédio da razão prática, e não por um encontro quase “místico” com uma realidade fora de nós. Nesse aspecto, em particular, acreditamos que a teoria neoclássica oferece uma abordagem epistemológica superior e mais completa, do que a perspectiva de Hauriou.

Em relação à MacCormick, sua teoria moral, embora elucidativa, perspicaz e profunda, é ineficiente para avaliar moralmente realidades institucionais de um modo não arbitrário e, por conseguinte, fundamentar qualquer teoria sobre os limites do poder do Estado, limites esses geralmente estabelecidos na forma de direitos fundamentais. O imperativo categórico

Smithiano¹⁷³ é um teste de procedimento ou decisão formulado para “nos dirigir sobre como proceder na formação do juízo moral, sobre qual deve ser seu conteúdo e sobre como devemos agir” (Del Mar, 2010, p. 25). MacCormick supõe que, inicialmente heteronomamente, e depois autonomamente, formando conclusões a partir da experiência baseada em sentimentos¹⁷⁴ construímos nossa formação moral e aprendemos a articular a perspectiva do espectador ideal imparcial. O procedimento de juízo deliberativo moral, conclui ele, é muito mais parecido com o processo judiciário do que com o legislativo, de modo que, o que prevalece não é a possível norma formulada na *ratio decidendi* dos precedentes ou de outras reflexões, mas o julgamento atual, circunstancialmente posicionado, ao ponto que “o bom agente moral é o modelo que sistemas judiciais bem-desenhados visam institucionalizar” (MacCormick, 2008, p. 66).

Esse ponto da teoria moral de MacCormick nos apresenta um severo obstáculo, pois parecer terminar em um paradoxo. Segundo ele, baseamo-nos em sentimentos morais e experiências para a formação de regras (heteronomamente inicialmente, e depois, autonomamente), mas, no momento da decisão, tudo isso pode ser abandonado em favor do juízo contextualmente estabelecido. O juízo é estabelecido, então, a partir do quê? Se a saída fosse uma resposta a partir da perspectiva do espectador ideal imparcial, ainda assim, não seria uma alternativa satisfatória uma vez que tal perspectiva é, ela mesma, formada a partir da experiência com os sentimentos morais que, agora, no momento decisório crucial, podem ser completamente lançados fora.

Parece que MacCormick deseja fazer uma diferenciação entre opiniões morais e juízos morais. Isso fica claro quando ele fala sobre a questão do desacordo e conclui que “tais juízos são formados em resposta a nossos sentimentos, mas não são meros relatórios deles” (MacCormick, 2008, p. 62). Depois disso, contudo, ele não consegue mostrar como os juízos morais são então formulados. Acreditamos que a razão disso é porque MacCormick, na mesma linha de Hume, pressupõe uma visão restrita da razão prática e abraça, por isso, uma concepção delgada ou restrita de bens. Sobre fundamentos como esses, a teoria não consegue fazer frente a arbitrariedades.

¹⁷³ “Entre tão plenamente quanto possível nos sentimentos de todos diretamente envolvidos ou afetados por um incidente ou relação, e imparcialmente forme uma máxima de julgamento sobre o que é o correto que todos poderiam aceitar se eles estivessem comprometidos em manter crenças mútuas estabelecendo um padrão comum de aprovação ou reprovação entre eles”. Esta formulação possuiria ainda o seguinte imperativo subsidiário (MacCormick, 2008, p. 64): “Aja de acordo com o juízo imparcial sobre o que é correto fazer a respeito de um dado incidente ou relacionamento”.

¹⁷⁴ (testemunho uma situação e a reação dos demais àquela situação, essa reação me passa o sentimento de que aquela conduta é aprovada ou reprovada social/moralmente, a repetição desse fato, como precedentes, cristalizam o sentimento, levando o agente a internalizar uma determinada regra moral sobre aquela conduta)

Nesse sentido, MacCormick reconhece, inclusive de um modo positivo, que sua teoria dá conta de explicar as transformações nas opiniões morais, de modo que o imperativo smithiano é, de fato, categórico e universal na sua forma, mas os juízos concretos resultantes são contextualmente variáveis nos modos como eles soam verdadeiros e parecem intuitivamente corretos (MacCormick, 2008, p. 64). O problema com isso é que uma tal formulação não me permite saber se o juízo *é* de fato imoral ou não, e parece justificar, então, todo tipo de arbitrariedade que seja institucionalmente e contextualmente promovida e apoiada – a escravidão, o nazismo, as práticas tribais de circuncisão feminina, os rituais de sacrifício infantil para “apaziguar a ira dos deuses”, etc. Ele usa como exemplo a recente transformação na ética sexual sobre a mudança no paradigma moral em relação a visão sobre relações homossexuais e como sua abordagem, que leva em conta os sentimentos morais, é capaz de recepcionar essa mudança. O que ele falha em perceber, no entanto, é que pela mesma consideração de sentimentos morais, os séculos passados de ostracismo e repúdio à homossexualidade, também estariam justificados se houvesse, como ele mesmo confessa, *uma outra opinião moral socialmente estabelecida*.

Conquanto ele tenha elaborado uma teoria moral que dá conta de justificar os novos valores que a sociedade abraça ou abandona, ela não dá conta de fornecer um paradigma para avaliarmos a mudança ou o valor em si, e, por isso, como uma teoria moral, ela é um acessório bem quisto para qualquer arbitrariedade. Ele não é, contudo, eficiente para nos ajudar a responder à pergunta fundamental da ética que é “como devemos viver?”. E isto é assim justamente porque ela se pauta em uma concepção restrita da razão prática e dos bens humanos básicos.

Contra essas duas falhas, Finnis dedica várias páginas de reflexão em seus trabalhos, em especial na obra “Fundamentos de ética” e capítulo 3 de “*Aquinas*”. Muito da posição de MacCormick deve ser resultado da forte influência de Hume sobre sua própria obra¹⁷⁵. Hume (1983, p. 15) claramente nega a objetividade da moralidade afirmando que “a moralidade é determinada pelo sentimento. [...] A virtude [é] qualquer ação mental ou qualidade que dê ao espectador o sentimento agradável de aprovação; e o vício é o seu contrário”. Toda a construção teórica de MacCormick parece caminha em uma direção muito parecida.

¹⁷⁵ Del Mar nos revela que “MacCormick era um confesso admirador (ou em seus próprios termos um ‘viciado’) de Hume, e uma boa parte de seu trabalho pode ser lida como um contínuo diálogo, ou mais propriamente um debate, com Hume” (2010, p. 2)

Nada obstante, essa proposição de que a realidade moral é apenas a expressão de sentimentos não explica satisfatoriamente o fato de que as proposições morais não são intencionadas nem recebidas pelo interlocutor como algo referente a sentimentos. Na realidade, as proposições morais são intencionadas e assumidas como (1) capazes de ser verdadeiras ou falsas; e (2) como, *intrinsecamente*, guiadoras da ação (Finnis, 2012, p. 28). É exatamente este o ponto que MacCormick “arranhou” quando tentou diferenciar juízos emocionais de juízos morais, mas ele simplesmente não conseguiu cavar fundo o suficiente porque ele não conseguiu compreender a maneira como a razão prática realmente atua no campo das deliberações humanas fornecendo critérios substantivos para a correção das ações morais.

Existe uma grande diferença entre a tradição aristotélica, que pauta a teoria da lei natural em que Finnis se embasa, e a tradição moral humeniana¹⁷⁶, que influencia o pensamento de MacCormick, principalmente na interpretação do funcionamento da razão prática. As confusões nessa interpretação surgem do seguinte modo: as pessoas agindo voluntariamente estão motivadas pela razão para agir que parte da concepção de um bem a ser alcançado pela ação. Porque estão motivadas, dizem que *desejam* agir assim.

O erro está na identificação desse desejo com o desejo pré-racional que alguns filósofos assumem de fornecer a base para o raciocínio prático. No entanto, esses desejos são baseados no *entendimento prático* (que consiste na habilidade do indivíduo de entender razões). Isso porque é este entendimento que apreende os primeiros princípios da lei natural que são as razões últimas da ação humana. Os objetos últimos que motivam a ação humana captados pelo entendimento prático são os bens humanos básicos, desejáveis porquanto realizadores da natureza humana. Esses bens são apreendidos enquanto bens inteligíveis – razoáveis, inteligentemente desejáveis.

Ter “desejo por” ou simplesmente “querer algo” pode se referir a objetivos, i.e., às coisas que se quer receber, fazer, ter ou ser, e todas essas estão a certa distância; ou aos desejos atuais concebidos como estados do ser atual, de sua psique ou experiências, que podem ser simplesmente satisfeitos. Note-se que a expressão satisfação, ou satisfeito, diferencia-se de satisfatório. Satisfatório indica o que é adequado a um determinado objetivo.

Os objetivos que os seres humanos inteligentemente almejam por meio do raciocínio prático não podem ser concebidos como sendo exclusivamente orientados para garantir satisfações (Finnis, 2012, p. 32) – isso porque eles não são pautados em arbitrariedades

¹⁷⁶ Cf. Finnis, 1998, p. 79; 2012, p. 36.

subjetivas, mas em inteligibilidades de realização humana, oportunidades benéficas de participação em bens humanos reais. É por isso, por exemplo, que percebemos que a escravidão ou a tortura, não é uma questão de sentimentos morais variáveis de sociedade a sociedade, mas antes uma agressão ao bem estar humano em qualquer lugar – *ainda que uma determinada sociedade ou época não a veja assim*.

A perspectiva de satisfação de desejos falha em visualizar o que é realmente importante sobre a ação humana. A compreensão da ação humana depende da pergunta “por que você está fazendo isso?” que será respondida relevantemente a partir do objeto ao qual a ação está voltada, por meio da referência à ação que, ao ser descrita, torna-a inteligível como uma oportunidade, como um bem, uma coisa boa para se fazer (Finnis, 2012, p. 35). A razão é prática por identificar o desejável, tendo em vista a sua realização, de forma inteligente, a partir daquele momento. Este desejável se apresenta como uma possibilidade favorável, uma ação possível, um bem a ser realizado, tido e feito.

O raciocínio prático não começa, desse modo, com *quereres* (a serem satisfeitos), mas com a identificação de *algo querido* (o bem que é para ser perseguido e realizado), porém não necessariamente moral (Finnis, 2012, p. 37). Nem tudo pode ser inteligentemente querido ou considerado desejável, isto porque “o traço do que é desejável é o que se reporta a algo que fornece uma resposta que não seja implausível à pergunta ‘para quê?’” (Finnis, 2012, p. 36).

[O]s desejos não podem sequer ser identificados sem referência a concepções relevantes (i) de certas coisas como possibilidades práticas e (ii) essas possibilidades sendo 'oportunidades', i.e., como possibilidades de obtenção de alguma forma de bem. [...] são essas concepções que fornecem o motivo para agir, independentemente dos sentimentos que *qua* sentimentos, predominantemente, são obstáculos [para a ação] (Finnis, 2012, p. 35).

Desse modo, o que a razão prática alcança é, em primeiro lugar, o bem inteligível e não apenas o bem experienciado. O processo deliberativo neoclássico, portanto, é o inverso do proposto por MacCormick. A razão prática possui um papel fundamental na formação de nossos juízos e na direção de nossas ações a partir da atratividade de bens inteligíveis. De fato, a compreensão adequada da ética depende da distinção entre o bem enquanto experienciado e o bem enquanto inteligível, isto é, é necessário reconhecer a diferença profunda entre a motivação emocional (e meramente senciente) e a motivação racional, sendo que a adequada percepção desta diferença requer a compreensão prévia da independência inerente dos motivos racionais (razões para a ação). Além disso, a forma como esses motivos podem ser últimos

depende da compreensão de como o entendimento capta as inteligibilidades referentes aos primeiros princípios da razão prática que se encontram na experiência (Finnis, 1998, p. 77).

A apreensão dos primeiros princípios da razão prática se dá por meio do entendimento (*understanding*) constituído por atos de *insight* – por meio dos quais alguém apreende os conceitos e as palavras com as quais pensa, se comunica e passa a conhecer o mundo de uma maneira bem mais profunda em relação às experiências fornecidas pelos sentidos. Não compreendemos (*understand*) sem experiência prévia do mundo, que conhecemos primeiramente por meio dos sentidos. Não obstante, quando compreendemos (*understanding*) apreendemos para além dos dados da experiência.

As proposições, explícitas e implícitas, nas quais nossos conceitos e nossas palavras alcançam seu significado pleno nos levam além do horizonte dos particulares dados na experiência para os universais, para os tipos, os gerais; para o verdadeiro, em oposição ao falso; e, pelo arrazoar (que é posterior ao entendimento), nos levam do causado para a causa e assim por diante. Por exemplo: uma pessoa não pode compreender que o conhecimento é um bem humano básico a não ser que tenha tido a experiência de elucubrar *se...*, ou *por quê...*? e que tenha encontrado a resposta para seus próprios questionamentos, percebendo então que as respostas sugerem mais perguntas, e que podem ser verdadeiras, em oposição a falsas, e que as respostas podem ser articuladas e compiladas juntas como *conhecimento*, e que outras pessoas também compartilham essa habilidade e oportunidade.

Por um ato de *insight*, de entendimento que não é alcançado pelo encadeamento de um arrazoar, a pessoa alcança a proposição de que o conhecimento não é uma mera possibilidade, mas uma oportunidade, um bem. Esse *insight* não é uma inferência, ou dedução a partir de premissas, ou mesmo uma conclusão a partir das informações fornecidas pela experiência. Antes, o *conhecimento* é um novo conceito (Finnis, 2011e, p. 2; 1998, p. 88-89).

Hume (1983) e Aristóteles correlacionam o termo “bem” com os desejos e com os objetos de desejo. Para um humeniano, o correlato e o objeto do desejo é a satisfação. Para um aristotélico, correlato e objeto do desejo é a *perfeição*, i.e., “aquilo que torna *melhor* a pessoa que deseja, aquilo que é, para ele, *uma coisa boa*” (Finnis, 2012, p. 44). É nesta esteira que Aristóteles afirma que *desejamos algo porque parece bom para nós; não é que parece bom para nós porque nós o desejamos*.

Existiria, então, uma diferença entre o bem como algo experienciado e o bem como algo inteligível. “Entendimento e sentimento estão, normalmente, tão integrados no nosso querer que facilmente podemos ignorar ou mal compreender essa distinção” (Finnis, 2021, p.

45) – a diferença é entre o puro querer (sentimento) e o querer algo (para obter, ser, ter ou fazer) “relacionado a uma descrição” – o querer inteligente. A inteligência não é apenas contemplativa, mas também é prática, o que significa que (1) pode perseguir um objetivo indo de encontro a desejos ou emoções; (2) pode revisar projetos a medida em que o sujeito interage com outras pessoas em um determinado curso de ação; (3) pode prover muitas formas de realizar o bem a partir de circunstâncias identificadas.

Ou seja, MacCormick não estava completamente errado quando resolveu incluir a experiência na formação de juízos morais e apontar que os juízos podem ser contextualmente determinados. Faltou-lhe, contudo, uma compreensão mais densa sobre a razão prática, a fim de perceber o papel dos bens inteligíveis e da razoabilidade prática, para que ele conseguisse fazer o salto da experiência sentimental para o juízo racional.

Agora, a busca pelo bem inteligível não precisa estar em competição ou isolamento em relação aos sentimentos e experiências:

Normalmente, o sucesso na realização de qualquer objetivo é, em si, uma experiência [...]. O que importa para nós, em última instância, não é a experiência emocional de obter conhecimento, mas o fato de ter algo como conhecido; não as emoções oriundas da amizade, mas o fato de ser um amigo; não a agitação oriunda da liberdade, da atividade, da autodireção, da autenticidade etc., mas o fato de conscientemente ser livre, ter atuado e ter escolhido com autenticidade. Mas em cada caso, há tipicamente um aspecto emocional da participação [...] e essa emoção ou esse sentimento é um aspecto da sua realidade enquanto bem humano. [...] uma participação nesses bens que seja emocionalmente seca e subjetivamente insatisfatória ainda será um bem e será significativa na medida em que for desenvolvida. No entanto, não se participa plenamente desses bens a menos que eles sejam *experienciados* enquanto bens (Finnis, 2012, p. 47-48).

A emoção, portanto, é um aspecto da realização do bem. Um aspecto da perfeição do moralmente bom é que o agente seja movido ao bem não apenas pela vontade, mas também pelo desejo senciente (Finnis, 1998, p. 75, nota 57). A participação sem emoção, porém, ainda é significativa. Considere, por exemplo, uma criança que é obrigada a ir para a escola aprender a ler – o aperfeiçoamento alcançado por meio da instanciação do bem do conhecimento no aprendizado da leitura é valioso e significativo, ainda que a criança não esteja experimentando a situação dessa maneira, naquele momento. Todavia, a participação plena nos bens requer que sejam experienciados enquanto bens, ainda que o poder de discernimento inteligente e de desejo inteligente necessários para se agir inteligentemente possam ser subvertidos pela “experiência tremendamente possessiva dos sentimentos” (Finnis, 2012, p. 48).

A alegoria da máquina de experiências, retomada por Finnis, é uma boa ilustração para a compreensão do papel das ações na constituição do indivíduo e da diferenciação do campo inteligível e sentimental, demonstrando que é o primeiro, e não o último, que atribui valor à vida humana. Trata-se do seguinte experimento de pensamento: suponha que seu cérebro pudesse ser conectado com uma máquina de experiências, e que, enquanto seu corpo flutua num líquido dentro do tanque da máquina, seu cérebro seria estimulado com todas as experiências que você quisesse. A única condição é que uma vez conectado, você permaneceria conectado por toda a vida. Ou você se conecta por toda a vida ou nunca se conecta.

A recusa em conectar-se à máquina de experiências demonstra que [1] a atividade, a ação humana, possui sua própria razão de ser em um campo que está além do puro subjetivismo e dos sentimentos; [2] a manutenção da própria identidade é um bem e não é puramente sentimental, mas depende da ação humana; [3] as aparências não são um bem que substituam a realidade. A vida do sentimento interior não é tudo o que importa e o prazer ou a experiência emocional não é a razão de ser da existência humana. Se o contrário fosse verdade, nos conectarmos à máquina seria o auge da realização humana, mas não é assim – “a vida de prazeres não pode contar como uma vida de realizações” (Finnis, 2012, p. 38).

Em primeiro lugar, rejeitamos a máquina de experiências porque nosso entendimento prático indica que o bem deve ser encontrado no agir. Mesmo a contemplação ou a espera são diferentes da passividade pura inerente a uma experiência desprovida de atividade. Na máquina, a pessoa não teria alcançado, nem realizado nada – ainda que tivesse a experiência subjetiva de ter escrito um livro ou construído uma casa. Poderia ser dito que, do momento em que a pessoa foi conectada ao momento de sua morte, ela *nunca viveu* (Finnis, 2012, p. 39). A vida de *eudaimonia* é uma vida de atividade (contemplativa ou de outra forma) – conforme leciona o bordão neo-aristotélico *omne ens perficitur in actu*: o florescimento é para ser encontrado na *ação*. A razão fundamental para o agir humano (mesmo quando a atividade é realizada para produzir outra coisa) é a *atividade propriamente dita* (Finnis, 2012, p. 39).

Em segundo lugar, a rejeição em conectar-se à máquina de experiências também é justificável porque a manutenção da própria identidade é um bem. Após um longo tempo, a imersão na máquina de experiências torna impossível identificar que tipo de pessoa aquele imerso na máquina é – será ela gentil ou corajosa? Não há resposta para essa pergunta, não apenas porque seja difícil responder com precisão, mas porque não há nenhuma maneira que a pessoa *seja*. Conectar-se à máquina é um tipo de suicídio (Finnis, 2012, p. 40). Consideramos

que isto, *per se*, já aponta que existe uma relação substancial entre nossas ações e nossa identidade. Apesar de as pessoas existirem como seres humanos, elas só existem como corajosas ou medrosas em seu agir. Assim também com instituições, cujo princípio de identidade é materializado nas ações do grupo, com já arguimos acima.

Ainda nesse diapasão, Finnis (2012, p. 40-41) considera que o princípio de Aristóteles segundo o qual “ninguém escolhe possuir o mundo inteiro se ele, primeiramente, tem que se tornar outra pessoa” preocupa-se com o bem, não apenas de ser o que somos, mas de ser *quem se é*. Todas as escolhas livres de alguém servem para constituir aquele alguém na pessoa que ele ou ela é, de modo que seu caráter ou sua identidade é a realização que é mais inequivocamente sua. Ser *quem se é* é algo construído no agir – as ações do sujeito realizam não apenas as suas “conquistas”, mas, em um nível mais relevante, realizam *ele mesmo*. Em certo sentido, os seres humanos são senhores de si mesmos e serão o que fizerem de si próprios. Por isso que a construção da própria identidade é, de fato, a realização mais inequivocamente pertencente ao agente – e essa construção é realizada na ação.

Em terceiro lugar, a rejeição demonstra que as aparências não são um bem que substituam a realidade. A rejeição da máquina implica no princípio central segundo o qual *a realidade é para ser preferida ao invés das aparências*. Na máquina de experiências não há nenhum contato verdadeiro com a realidade – escolhê-la é “enterrar-se em um túmulo muito mais profundo do que a caverna de Platão” (Finnis, 2012, p. 41). Os habitantes da caverna estavam em contato com o mundo real de outras pessoas e poderiam se comunicar com aqueles que ascenderam da caverna e depois voltaram. Existe uma diferença entre estar em contato com o mundo real e ter apenas a *experiência subjetiva* do contato com a realidade. Essa diferença não é apreendida nos sentimentos, nem nas experiências. Os sentimentos e as experiências estão igualmente presentes no mundo real e nas induções provocadas no cérebro pela máquina.

Estar em contato com o mundo real e ter a experiência completa do contato com a realidade são coisas distintas. Todavia, essa distinção não pode ser alcançada em termos de experiência, de sentimentos, haja vista que em ambas as situações, as experiências e os sentimentos são iguais. Não obstante, a diferença persiste e somos capazes de percebê-la por meio de nossa inteligência crítica. Conseguimos compreender essa diferença e sua importância. “Entendemos que é profunda, real e importante a distinção entre a vida real efetivamente vivida e a passividade autoimoladora de ‘uma massa indeterminada’ flutuante no tanque de experiências” (Finnis, 2012, p. 42). Essa compreensão revela um aspecto da realidade que não pode ser resumido às emoções ou às experiências, um aspecto que é alcançável pelo espectro

da inteligência. Assim é que percebemos que a razão alcança bens inteligíveis e o contato com a realidade é um bem inteligível e não meramente sentimental.

Essa reflexão sobre a máquina de experiências ajuda a acentuar e a esclarecer a diferença entre bens experienciais e bens humanos como inteligíveis – podemos optar por realizar um bem que envolve a vida corporal e recebe todo tipo de experiência ao nos conectarmos com a máquina, porém a plena compreensão desse bem, sua plena medida e conteúdo, é perceptível enquanto tal somente por meio da inteligência (Finnis, 2012, p. 42). Isso porque a inteligência capta os bens que realizam a natureza humana e dirige à sua realização. Essa é uma compreensão da razão prática completamente diferente da concepção defendida por Hume, e que denuncia a restrição desarrazoável desta última, bem como apresenta um argumento contra a fundamentação de uma proposta ética pautada exclusivamente na realização a partir de prazeres hedonistas e irrefletidos – e é isso, justamente isso, que faltou na teoria de MacCormick.

Supor, como MacCormick parece supor, a proposição de que a motivação da ação humana são critérios subjetivos (no sentido de sentimentais) sobre o que é verdadeiramente digno de ser escolhido pode constituir uma contradição performática, isso porque a proposição não é formulada como algo auto evidente, portanto é necessário que premissas sejam postuladas e um argumento seja coerentemente construído para sustentá-la como uma conclusão. A tentativa de postular inteligentemente essa proposição envolveria o esforço em apresentar argumentos sobre ela, em defendê-la intelectualmente. Esse apelo à inteligência, à lógica e ao argumento, ao invés de apelos às emoções, demonstra que a verdade da proposição (e ela se propõe verdadeira), depende de sua inteligibilidade e é esta inteligibilidade – e não critérios sentimentais – que deve motivar o interlocutor a aderir à posição cética que supõe uma concepção restrita de bens humanos. Nesse sentido, a razoabilidade de levar essas asserções a sério e tratá-las como algo que oferece razões para que alguém passe tempo refletindo sobre o seu conteúdo é inconsistente com o próprio conteúdo da proposição (Finnis, 1998, p. 60).

Uma teoria sobre o bem humano é restrita “se, e somente se, ela tem a intenção de identificar, enquanto bens humanos básicos, os bens que qualquer ser humano precisa, quaisquer que sejam seus objetivos” (Finnis, 2012, p. 49), isto é, sem fechar uma concepção sobre a boa vida – que é o paradigma com o qual MacCormick parece alinhar-se na medida em que, para ele, em questões de “vida boa” “a autonomia permanece, mas a universalidade

retrocede”; de modo que “[o] que considero como vida boa¹⁷⁷ é, certamente, aquilo que eu, autonomamente, desenho para mim mesmo, aquilo pelo qual eu assumo responsabilidade” (MacCormick, 2007, p. 249).

Na leitura de Finnis, a aceitação e promoção de teorias restritas é o medo de políticas autoritárias que ameaçariam a liberdade e a autenticidade (Finnis, 2012, p. 50). Nada obstante, Finnis (2012, p. 50-51) acredita que as teorias restritas castram o entendimento reflexivo sobre a objetividade dos bens a partir desse medo, e são, na realidade, arbitrárias, pois elegem bens para servirem de matriz à persecução de desejos subjetivos e satisfações (ignorando o aspecto substancial do bem inteligível), ao mesmo tempo em que ignoram uma gama de possibilidades humanas ou as tratam como se fossem *questões de gosto* em vez de bens reais.

Ou seja, a imposição de teorias restritivas invalida e obstaculiza a investigação no campo da ética, pois permite imposições arbitrárias na busca prática por bens verdadeiros e esta atitude revela não apenas uma redução da razão prática, mas do próprio ser humano, cuja racionalidade substancial é desprezada, dando lugar a uma concepção maquinaria da natureza humana – uma natureza voltada apenas a experiências. Nas palavras de Finnis (2012, p. 50-51):

Com isso, ele [o autor de teorias restritas] rompe pela raiz todo o questionamento ético. Ética não é algo que valha a pena fazer, se ela não for uma busca constante por aquilo que **seja verdadeiramente valioso**, de modo a participar naquilo verdadeiramente valioso em todos os seus aspectos disponíveis [...]. Permitir que restrições arbitrárias sejam impostas na busca prática pelos bens humanos verdadeiros é desprezar (tornar inconsistente) a crítica de uma vida que é passada apenas na perseguição de experiências satisfatórias. Na verdade, **é dar cor àquela visão hobbesiana que é subjacente [...] à rejeição hobbesiana da existência de bens humanos objetivos: a visão de que os seres humanos são máquinas que servem para ter experiências** (Grifos em negrito nossos).

¹⁷⁷ Em relação a suas alegações sobre a vida boa, paira no ar a dúvida de se, nesse momento então, o agente estaria liberado de reflexões autônomas universalizáveis em suas decisões pessoais (uma vez que a universalidade retrocede), ou se, antes, o “retrocesso da universalidade” diria respeito apenas ao fato de que nas considerações sobre a boa vida, o agente precisa estar situado em sua própria realidade, e, levando em consideração aquelas circunstâncias específicas e próprias, suas escolhas são universalizáveis, ao mesmo tempo em que são situadas, pelo elemento concreto presente no processo deliberativo. A diferença entre uma e outra postura é extremamente significativa. Se por trás da ideia de MacCormick de vida boa estiver a primeira postura, MacCormick estará assumindo o mesmo posicionamento de Rawls em relação ao objeto da ação humana, isto é, MacCormick está concordando com Rawls que os bens humanos, que são objeto de escolha e deliberação humanas, são relativos. Trata-se de uma concepção restrita de bens que pressupõe o que Finnis chama de “bens experienciáveis”, pautados em desejos arbitrários, em oposição a bens inteligíveis, verdadeiramente realizadores da natureza humana. Contra essa visão, Finnis desenvolve uma crítica contundente na obra “Fundamentos da Ética” (FINNIS, XXX); confira ainda nosso capítulo X sobre o ceticismo moral, em RIKER, 2020, . xx-xx; Cf. item 3.3.1 abaixo.

Essas concepções restritivas têm desdobramentos no debate público, podendo chegar a excluir argumentos sem analisar-lhes o mérito, em particular argumentos que lidem com questões morais sensíveis, como é o caso do casamento. Identificar esse pano de fundo metaético nos ajuda a compreender algumas dificuldades que encontramos no debate público ao endereçar alguns temas e a razão pela qual, às vezes, alguns argumentos não são aceitos ou são rejeitados e impedidos de sequer ingressarem no debate público – isto acontece porque a visão adotada sobre a ética já está pautada em um conceito de razão prática restrito, fundamentada em concepções restritas sobre o bem humano. Se o interlocutor parte desse pressuposto, é possível que a tentativa de construir uma argumentação mais robusta com afirmações sobre o bem estar e realização humana seja percebida, *prima facie*, por ele, como absurda, uma vez que ou a razão não alcança bens inteligíveis, ou não se pode fazer afirmações (ou pelo menos, algumas afirmações) substantivas relevantes sobre o bem estar humano.

No fim, a proposta avaliativa e crítica de instituições a partir do paradigma neoclássico nos ajuda a avaliar instituições e justificar sua autoridade a partir dos requisitos de razoabilidade prática, o que oferece um significativo suporte à defesa de direitos fundamentais, na medida em que requer, de todas as instituições, e agentes institucionais, que se atenham a certos limites, tais como a proibição total e absoluta da tortura, da violência gratuita, da retenção de informações pessoais do cidadão contra ele mesmo, da inafastabilidade da legítima defesa, etc. Finnis coloca essa performance do suporte teórico jusnaturalista a instituições da seguinte forma:

Mas o propósito de uma teoria do direito como a exemplificada neste capítulo é explicar certas instituições humanas, mostrando de que modo elas são respostas aos requisitos de razoabilidade prática.

Instituições que têm autoridade justificada pelos requisitos da razoabilidade prática podem ser, e geralmente são, defletidas de modo a satisfazer os requisitos de viés ou de grupo. Em outras circunstâncias, estas influências malignas, ou outros obstáculos práticos, atuam de modo a impedir o total desenvolvimento de tais instituições. Um sólido método da teoria do direito irá reconhecer isto, mas não irá diluir suas explicações das ligações entre instituições humanas e os valores e os requisitos da razoabilidade prática. (Finnis, 2008, p. 259-260)

Por todo o exposto, entendemos, então, que uma abordagem pautada no reconhecimento de bens inteligíveis terá mais chances, na análise e reflexão sobre instituições, de apresentar fundamentos, oferecer razões, promover, bem como criticar, valores e ações relacionadas ao bem estar humano. Direitos absolutos e universais não podem ser defendidos ou sustentados com propriedade, portanto, pela visão moral proposta por MacCormick, uma vez que o agente moral, baseado no espectador ideal imparcial, que ele afirma ser o processo

que as cortes e tribunais tentam imitar, é inadequado tanto como paradigma moral, quanto como paradigma jurídico. E a este último ponto, agora nos voltamos.

4.9. O direito como instituição

Nos itens anteriores, tecemos muitas considerações sobre o direito como instituição. O direito, como vimos, é uma instituição-coisa. Enquanto tal, ele é uma ordem normativa institucionalizada, com a especificidade de ser responsável por resolver, por meio da autoridade, conflitos de coordenação social que, pela unanimidade, são impossíveis de serem solucionados em comunidades complexas como a nossa. O caso central do direito é o direito positivo, emanado do Estado, e apoiado em seu poder de coerção – nesse sentido, o direito é institucional na medida em que retira parte de seu poder de instituições agência e é, por elas, administrado.

No capítulo “Instituições” do livro “Filosofia prática”, de Luis Fernando Barzotto, ele argumenta que o jusnaturalismo de Tomás de Aquino é institucional, no sentido de que “[a]gir moralmente é seguir a natureza, mas o que é particularmente natural ao ser humano é o que transcende a mera natureza – a instituição”. (Barzotto, 2023, p. 272). O ponto que Barzotto levanta é que as instituições são condição para a realização da natureza humana. O ser humano é, por natureza, um animal político, mas o desenvolvimento dessa natureza precisa ser assumido como tarefa. Isto é, a natureza humana não se desenvolve naturalmente, mas artificialmente – “é somente mediante a lei e a justiça instituídos pela cidade que o ser humano desenvolverá sua natureza social e racional, adquirindo as virtudes”. A pessoa depende da política e do direito, da justiça e da lei, “para alcançar sua identidade plenamente humana” (Barzotto, 2023, p. 260).

O ser humano se realiza em sociedade, em “comunidades completas”, e, aqui, o agente moral precisa buscar o seu bem no bem comum. Para que o bem comum político, que é o bem de todos, possa ser estabelecido, é necessário haver ordem. E ela, por sua vez, precisa do poder para ser efetivada. É nesse sentido que o bem comum precisa ser institucionalizado: “mesmo que todos buscassem o bem comum [...] este não seria alcançado a não ser por uma intervenção do poder que coordenasse os vários projetos e ações individuais [...] impondo a ordem” (Barzotto, 2023, p. 263). A tarefa de impor a ordem, por sua vez, é cumprida pelo governante por meio da legislação. Ou seja, a ordem que precisa ser estabelecida para a vida em sociedade é a ordem jurídica, de modo que a realização do ser humano, que depende de instituições, depende, também, do direito.

As relações entre comunidade política e a pessoa é mediada, em Tomás de Aquino, pela justiça geral, que trata sobre o que a parte deve ao todo (a pessoa ao bem comum); e pela justiça particular, que se divide em justiça comutativa (o que uma parte deve a outra) e justiça distributiva (que reparte o que é comum de maneira proporcional). Existe, então, uma relação entre as partes e o todo. Isso ajuda a fugir de qualquer enquadramento do pensamento da formação de um pensamento institucionalista que fosse reduzido a algum tipo de organicismo, na medida em que o indivíduo não é absorvido pelas instituições. Só faz sentido falar sobre relação entre partes ou termos, se tais partes ou termos não se identificarem. Logo, a pessoa não é dissolvida na cidade:

A pessoa deve à comunidade tudo o que é necessário para que esta alcance seu bem, o bem comum – justiça geral. A comunidade deve à pessoa tudo o que é necessário para que esta realize o seu bem – justiça distributiva. Por sua vez, nas relações de troca, os cidadãos devem uns aos outros o que é necessário para que cada um alcance seu bem: justiça comutativa (Barzotto, 2023, p. 265)

Assim, os cidadãos ou pessoas não são absorvidos pelas instituições, mas conservam suas individualidades, com espaço para elaborar seus próprios planos de vida. Daqui emerge uma outra característica do direito como instituição – ele permite transformar uma pluralidade social em uma unidade política:

“entre os diferentes, não se pode buscar o consenso moral nos detalhes da convivência, somente no ‘consenso do direito’. Por meio do direito, as pessoas superam suas diferenças reconhecendo-se mutuamente como cidadãos. O cidadão (unidade) não exclui a pessoa (pluralidade), o que significa que a ordem unifica as pessoas ao considera-las somente no seu aspecto público: a cidadania é a dimensão política da pessoa” (Barzotto, 2023, p. 266-267).

A unificação que existe na comunidade política é, portanto, uma unificação de ordem. Como a comunidade política não se funda em uma ordem ou unidade pré-política – religiosa, étnica, linguística –, afirma Barzotto, “sua unidade é dada pela ordem que lhe é própria, a ordem jurídica, na sua referência a um bem que transcende as particularidades sem negá-las, o bem comum político” (Barzotto, 2023, p. 267). Ou seja, se o direito é importante para uma sociedade de anjos, muito mais para uma sociedade diversificada e plural em matéria de valores e cosmovisões. O direito, então, é um elemento unificador em uma sociedade plural¹⁷⁸ na medida em que ele estabelece uma unidade de ordem, que nos permite reconhecer uns aos outros como concidadãos, estabelecendo instituições que, ao mesmo tempo mediam nossas relações e as

¹⁷⁸ Inquirimos se o contrário faria sentido. Isto é, será que poderíamos alegar então que, ao menos em parte, corrosões sociais podem ser traçadas a problemas na ordem jurídica? Isto é, será que uma sociedade em crise, fragmentada e atomizada, pode ser um reflexo da inabilidade do direito de estabelecer a ordem unificadora que se propõe? Parece-nos existir sim espaço para tal argumento. O direito estabelece uma ordem unificadora na comunidade política.

tornam relações de determinado tipo, permitindo-nos identificar no outro o proprietário, o sócio, o fiador, o cônjuge. Essas instituições estabelecem linguagem comum e unifica, além de tornar compreensível, nossas relações e papéis, na comunidade política¹⁷⁹.

Hauriou enxergava o direito como um elemento de duração e conservação. O direito é, enquanto um elemento de ordem, também um elemento de estabilidade. Essa estabilidade está relacionada a duas coisas – à própria duração, e à sua eficiência em ordenar os assuntos sociais. Sobre a característica da duração no direito, podemos vê-la mais nitidamente quando olhamos para o seu método de aferição de validade, que é descrito, desde essa perspectiva da duração, por Finnis (2008, p. 262) da seguinte forma:

O método jurídico primário de mostrar que uma regra é válida é mostrar (i) que havia em uma época anterior *t1* um ato (de um legislador, tribunal ou outra instituição apropriada) que, de acordo com as regras vigentes em *t1*, significava o mesmo que um ato válido e, portanto, atuante, de criação de regra, e (ii) que desde *t1*, a regra assim criada não expirou (parou de estar em vigor) em virtude de seus próprios termos ou de qualquer ato de revogação válido de acordo com as regras de revogação em vigor nas épocas *t2*, *t3*... Um postulado atuante do pensamento jurídico (tão fundamental que raramente é identificado ou discutido) reza que qualquer regra ou instituição jurídica (e.g., contrato acordo, corporação) que tenha sido validamente criada continua válida, em vigor ou existindo, juridicamente, até que ela expire de acordo com seus próprios termos ou com algum ato ou regra válida de revogação.

E as regras jurídicas não apenas conseguem criar esse fenômeno de prolongar no tempo diretivas e ordenações sociais, mas ainda imprimem isto nas instituições, assim Finnis afirma que:

Em terceiro lugar, então, as regras jurídicas regulam não apenas a criação, a administração e a aplicação de tais regras, e a constituição, o caráter e a extinção das instituições, mas também as condições sob as quais um indivíduo pode modificar a incidência ou a aplicação das regras (seja em relação a si mesmo ou a outrem). Ou seja, os indivíduos podem realizar atos jurídicos que, se realizados de acordo com regras em vigor na época de sua realização, contam como sendo contrato, liquidação, compra, transferência de bens, doação, aquisição, casamento, curatela, constituir uma pessoa jurídica [...] **Todas as entidades jurídicas assim criadas têm a qualidade de persistência no tempo.** (Finnis, 2008, p. 263) (grifo nosso)

Em segundo lugar, com relação à ordem, para que o direito como instituição seja bem sucedido, ele precisa lograr êxito em cumprir suas finalidades, ordenando as comunidades e projetos individuais a partir do bem comum. Para tanto, Finnis e Barzotto concordam na necessidade fundamental da observação do que Barzotto chamou de “a moralidade interna do direito” e Finnis de os oito desideratos”. Nesse sentido, a lei, tendo por propósito a ordenação

¹⁷⁹ É por esse motivo que o direito, além de ser uma instituição-coisa, é um tipo de linguagem da instituição, uma gramática institucional, na medida em que todas as instituições, em seu sentido mais pleno, precisam dele para existir e ver o seu poder normativo ratificado e eficaz.

da vida humana, só é capaz de atingir o seu propósito e ser eficaz se observar os oito princípios da legalidade de Fuller, quais sejam: 1. a generalidade; 2. a promulgação; 3. a prospectividade ou irretroatividade; 4. a clareza; 5. a consistência (não contradição); 6. a possibilidade (as leis não podem exigir o impossível); 7. a estabilidade; e 8. a congruência (entre as leis editadas e os atos estatais). Esses princípios constituem a moralidade interna da lei, no sentido de que: “[t]odo legislador, que quer que a lei (law) editada por ele governe (rule) efetivamente a conduta dos destinatários, deve obedecer aos oito princípios da legalidade” (Barzotto, 2023, p. 58).

E é aqui que o sistema proposto por MacCormick é ineficiente – ele não consegue observar a moralidade interna do direito, uma vez que a decisão final do “bom agente moral” de MacCormick é sempre imprevisível e não necessariamente de acordo com a regra. O que deve prevalecer, na deliberação moral e também na jurídica, não é o precedente ou a lei, mas a decisão contextualizada. É nesse sentido que MacCormick advoga que a “o bom agente moral é o modelo que sistemas judiciais bem-desenhados visam institucionalizar” (MacCormick, 2008, p. 66). Acontece que esse sistema não respeita a moral interna do direito e implode o papel diretivo da legislação na medida em que a decisão, no final, sempre estará sujeita a uma avaliação para a qual a lei, aparentemente, não será um critério definidor, de clareza, consistência e estabilidade, mas apenas algo a ser considerado. O juízo final, contudo, assim como o do agente moral, pode revisar as interpretações anteriores e interpretar contextualmente... Até que ponto?

A relativização do princípio da legalidade por MacCormick em prol do lugar da argumentação jurídica, nesse sentido, viola os princípios da moral interna do direito, tornando-o ou ineficiente, ou arbitrário. De um modo ou de outro, a regra jurídica é relativizada e isso afeta a ordenação, a previsibilidade e a estabilidade que ela, antes de tudo, deveria promover. Por todas as razões apresentadas, consideramos que, no fim das contas, o “bom agente moral” que MacCormick tentou construir é inadequado tanto como modelo para a deliberação moral, quanto para o direito.

Agora, falando um pouco mais sobre esses oito princípios da legalidade de Fuller, Finnis afirmou que esses eles¹⁸⁰ são características fundamentais do “Estado de Direito”, apresentando-as da seguinte forma:

¹⁸⁰ Esses oito desideratas se relacionam com cinco características formais da lei, quais sejam: (i) a lei insere definição, especificidade, clareza e previsibilidade nas relações humanas por meio de um sistema de regras e instituições; (ii) o método jurídico primário de mostrar a validade de uma regra é por referência a um paradigma de criação de regra num tempo passado onde a regra x tenha sido criada e manutenção ou não revogação dessa regra de acordo com um paradigma atual ou, mesmo, previsto no tempo de criação; (iii) regras jurídicas regulam “não apenas a criação, a administração e a aplicação de tais regras, e a constituição, o caráter e a extinção das

[as regras do Estado de Direito] são prospectivas, não retroativas, e (ii) não é impossível obedecer a elas; e (iii) suas regras foram promulgadas, (iv), são claras e (v) coerentes entre si; (vi) suas regras são estáveis o bastante para permitir que as pessoas possam se guiar pelo conhecimento que têm do conteúdo delas; (vii) a feitura de decretos e mandados judiciais aplicáveis a situações relativamente limitadas é guiada por regras que foram promulgadas, são claras, estáveis e relativamente gerais; (viii) aquelas pessoas que têm a autoridade de fazer, administrar e aplicar as regras em caráter oficial (a) são passíveis de serem responsabilizadas pelo cumprimento de regras aplicáveis ao seu desempenho e (b) realmente administram a lei com consistência e de acordo com seu teor.

Sobre o último requisito, ele afirma ainda que:

O oitavo *desideratum* deveria nos lembrar que o que é chamado de modo frouxo de “sistema jurídico” **perdura no decorrer do tempo ordenando os assuntos de pessoas que também perduram no tempo**; portanto, não pode ser entendido tão simplesmente um conjunto de ‘regras’, quanto conteúdos de significado. Nenhum dos oito *desiderata* é meramente uma característica de um conteúdo de significado, ou mesmo da expressão verbal de um conteúdo de significado; **todos envolvem qualidades de instituições e processos [...]** A cada ponto vemos que o Estado de Direito envolve certas qualidades de processos que podem ser garantidos sistematicamente apenas pela instituição da autoridade judicial e seu exercício por pessoas profissionalmente equipadas e motivadas para agir de acordo com a lei. É óbvio que muito mais poderia ser dito sobre este aspecto institucional do Estado de Direito – daquilo que a experiência histórica mostrou ser outros *desideratos*, como a independência do judiciário, o caráter aberto dos trâmites judiciais, o poder dos tribunais de rever os processos e procedimentos não apenas de outros tribunais como da maioria das outras classes de funcionários, e a acessibilidade dos tribunais a todos, inclusive aos pobres. (Finnis, 2008, p. 264-265)

Para Finnis, então, o Estado de Direito é “uma virtude da interação e da comunidade humanas”, na medida em que “o governo da lei, e não dos homens” permite o tratamento dos indivíduos como agentes responsáveis: “os indivíduos só podem ser *eus* [...] se não forem forçados a viver suas vidas para a conveniência de outrem, mas lhes seja permitido, e sejam ajudados a criar uma identidade duradoura por ‘toda a vida’”. (Finnis, 2008, p. 266). Essa construção de identidade apenas pode acontecer no contexto de instituições, por isso que, entre outras razões, é relevante trabalhos que se disponham a contribuir para a expansão do conhecimento nessa área.

O conceito comum de instituição, assim como o conceito comum de lei é bastante desfocado. Como disse Finnis acerca do conceito comum de lei, trata-se de:

“um conceito que ‘nos’ permite entender os advogados quando eles falam a respeito de sofisticados sistemas jurídicos, e antropólogos quando eles falam de sistemas

instituições, mas também as condições sob as quais um indivíduo pode modificar a incidência ou a aplicação das regras; (iv) o pensamento jurídico traz previsão e previsibilidade à ordem de interações humanas pelo uso de uma técnica específica de tratar atos passados como dando hoje uma razão suficiente e excludente para agir de um modo estabelecido no passado; e, finalmente, (v) essa técnica é reforçada pelo postulado de que todo problema de coordenação presente foi previsto por algum ato jurídico do passado. Quanto mais os *desiderata* forem satisfeitos, tanto mais o serão também as características formais da lei, sendo o ponto principal dos *desiderata* a garantia aqueles sujeitos à autoridade de estarem livres de certas formas de manipulação, resguardando com dignidade sua autonomia.

jurídicos elementares, e tiranos e bandidos quando eles falam da organização e dos costumes de suas gangues, e teólogos e moralistas... Não há motivo para tentar explicar um conceito do senso comum que toma seus significados de seus vários contextos e é bem entendido por todos nesses contextos. **Meu propósito não tem sido explicar um ‘conceito comum’ desfocado, mas desenvolver um conceito para ser usado em uma explicação teórica de um conjunto de ações, disposições, inter-relações e concepções humanas que (i) constituem uma totalidade juntas como um conjunto em virtude de sua adaptação a um conjunto especificável de necessidades humanas consideradas à luz de características empíricas da condição humana, e (ii) são conseqüentemente encontradas em formas muito variadas e com graus muito variados de adequação a estas necessidades, e divergência deliberada e inconsciente delas, como a pessoa totalmente razoável as avaliaria.** Repetindo: a intenção não tem sido explicar um conceito, mas desenvolver um conceito que explica os vários fenômenos a que se faz referência (de um modo disperso) em uma conversa ‘comum’ a respeito da lei – e explica-los mostrando como eles condizem (total ou parcialmente) com requisitos permanentes da razoabilidade prática relevantes a esta ampla área do interesse e da interação humana. (Finnis, 2008, p. 271-272)

De igual maneira, nosso propósito também não foi apropriar-nos de um conceito desfocado e reduzi-lo para todos os cenários dialógicos. Antes, nosso objetivo foi o de construir, em um grau muito mais singelo do que o trabalho de um autor como Finnis, ou mesmo MacCormick e Hauriou, uma teoria capaz de desenvolver um conceito e uma compreensão da instituição no paradigma neoclássico da lei natural. Há muito ainda a ser explorado, tanto nesse paradigma, quanto nessa teoria. Ambos são temas interdisciplinares. Acreditamos que isso é assim porque são temas estabelecidos na terceira ordem da realidade – a ordem da conduta humana autodeterminada e autodeterminante e é justamente pela relevância e relação com essa ordem, tão significativa a construção de nossa identidade e formas de vida, que esses temas são tão importantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por objetivo apresentar uma teoria da instituição no paradigma neoclássico da lei natural. Nosso propósito principal era desenvolver um conceito de instituição, analisando seus elementos, causas e tipos, a fim de estabelecermos uma chave hermenêutica, uma ferramenta de pesquisa, que nos fornecesse um paradigma auxiliador na análise institucional de variadas espécies. A originalidade do tema repousa no fato de que nosso paradigma teórico, a teoria neoclássica da lei natural, a partir de Finnis, não aborda esse tema diretamente, de modo que o que propomos poderia ser uma contribuição ao escopo da teoria neoclássica.

Dado o silêncio de Finnis nesse tema, para alcançarmos nosso propósito, era então necessário buscarmos estudar autores que nos fornecessem um paradigma teórico, conceitos, elementos e meios de podermos construir a nossa própria reflexão acerca da instituição. Para esse diálogo, selecionamos o pai da teoria da instituição no direito, o francês Maurice Hauriou e o neoinstitucionalista escocês Neil MacCormick, contemporâneo de Finnis. Desse modo, trouxemos tanto o protagonista da abordagem institucional, quanto um autor inserido nos debates atuais da teoria do direito.

Dividimos o trabalho em quatro capítulos e, apesar de inicialmente não termos antevisto essa abordagem, encontramos na teoria de Hauriou, em particular em sua tipificação institucional, um caminho para melhor harmonizarmos a tese. Nesse diapasão, no primeiro capítulo dedicado a Maurice Hauriou, focamos no estudo da instituição-pessoa, que é onde se acha a sua ênfase. Além dessa visão de tipos, Hauriou também mostrou-se fundamental para compreendermos um pouco os elementos da instituição, sobretudo o papel fundamental da ideia diretriz, peça que tornou-se central em todo esse trabalho.

No segundo capítulo, exploramos a teoria do direito e a teoria moral de MacCormick. Seguindo a tipificação de Hauriou, arriscamos buscar compreender, ou melhor, extrair, os elementos da instituição-coisa dos trabalhos desse autor. Consideramos a abordagem bem sucedida, uma vez que o que MacCormick propôs como os elementos do conceito de direito – uma ordem normativa institucionalizada – podem ser generalizados para todo tipo de instituição-coisa.

O terceiro capítulo foi dedicado a uma breve exposição dos fundamentos principais da teoria neoclássica da lei natural, de modo que a construção da teoria institucional estivesse adequadamente embasada neste paradigma teórico.

O quarto e último capítulo é a nossa proposta teórica que culminou na seguinte definição de instituição: *instituição consiste em um arranjo normativamente ordenado e vinculante a seus integrantes, que pode ou não adquirir personalidade própria, vinculado a uma ideia diretiva da qual se derivam poderes e limitações, condicionados por finalidades e bens dela derivados e que perdura no tempo por sua associação implícita ou direta a bens humanos básicos e potencial de realização humana, sendo essa a principal razão de seu reconhecimento social disseminado.*

Buscamos apresentar os elementos, os tipos, as causas e uma análise sobre a possibilidade ou não de defendermos a existência de instituições naturais a partir do paradigma neoclássico da lei natural (uma discussão que não poderia faltar em uma tese nesse paradigma). Concluímos pela possibilidade de identificarmos instituições naturais, não desde uma perspectiva idealista, mas sim a partir de uma concepção robusta da razão prática, com conclusões estabelecidas desde a perspectiva do ponto de vista moral da razão prática atuando desobstruidamente.

Nesse sentido, uma tal perspectiva precisa observar o princípio da realização humana integral segundo o qual, *na medida em que está em seu poder, não permita que nada, mas apenas os princípios correspondentes aos bens básicos, molde seu pensamento prático na medida em que você encontra, desenvolve e usa suas oportunidades para perseguir a realização humana por meio de suas ações deliberadas.*

Ou ainda: *ao agir voluntariamente por bens humanos e evitar o que é oposto a eles, a pessoa deve escolher e desejar aquelas, e apenas aquelas, possibilidades cuja vontade é compatível com uma vontade voltada a realização humana integral.*

Buscamos ainda discorrer sobre o valor de uma teoria da instituição e contrapor os fundamentos éticos de MacCormick e Finnis, a fim de estabelecermos a vantagem de uma teoria embasada na tradição jusnaturalista aristotélica, em detrimento da tradição humeniana, que influencia os fundamentos do pensamento moral de MacCormick. Nesse contexto, buscamos demonstrar que a expectativa de MacCormick de que sua proposta de “bom agente moral” ser “o modelo que sistemas judiciais bem-desenhados visam institucionalizar” (MacCormick, 2008, p. 66) fracassa tanto na perspectiva moral, quanto na perspectiva jurídica, na medida em que falha na observância da moral interna do direito.

No fim das contas, a proposta de MacCormick, por sua influência humeniana, pressupõe uma concepção restrita da razão prática e de bens humanos, o que o impede de dar saltos mais altos em seu pensamento. Finnis, por outro lado, não se furta à inquirição ou

propositura do que considera serem os aspectos verdadeiramente realizadores da natureza humana. Uma concepção restrita não é capaz de fundamentar, razoavelmente, a oposição à arbitrariedade e, por isso, ela não é a melhor opção a ser adotada como fundamento de instituições se nelas desejamos resguardar direitos fundamentais – um dos principais limites do poder e da arbitrariedade.

É por essa razão que entendemos que qualquer análise de tipo institucional não pode deixar de fora sua perspectiva finalística, bem como o questionamento sobre as formas e modos como essa tal instituição está associada *a bens humanos básicos e potencial de realização humana*, uma vez que essa é *a principal razão de seu reconhecimento social disseminado*. Ao cabo, esse sempre será o papel da instituição e ela apenas sobreviverá enquanto, mesmo que debilmente, colaborar de algum modo para isto: à realização humana, em diferentes matizes e formas.

REFERÊNCIAS

- ANSCOMBE, G. E. M. On brute Facts. **Oxford Journals**. Oxford: Oxford University Press, v. 18, n. 3, p. 69-72, 1958.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia prática: ética, direito e justiça na perspectiva da filosofia clássica**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2023.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- BEAUD, Olivier. Hauriou et le droit naturel. **Revue d'histoire des facultes de droit**, n. 6, 1988. Disponível em < <https://univ-droit.fr/recherche/portail-de-la-recherche/revue-d-histoire-des-facultes-de-droit-de-la-culture-juridique/41639-revue-d-histoire-des-facultes-de-droit-et-de-la-science-juridique-6-1988>>. Acesso em 12/12/2023.
- BENGOETXEA, Joxerramon. Teoría Institucional del Derecho. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Núñez (Eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. Vol. 1. Universidad Nacional Autónoma de México: Mexico, 2015, pp. 207-223.
- BERMEJO, Juan Manuel Pérez. Estudio Preliminar: Hart, o el tempo recobrado. In: MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.
- BRODERICK, Albert (Ed.). **The French Institutionalists**: Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos. Cambridge: Harvard University Press, 1970.
- BULYGIN, Eugenio. Entrevista con Ota Weinberger. In: **Doxa**, vol. 11, p. 312-323, 1992. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10757/1/doxa11_14.pdf. Acessado em 03/04/2021.
- BUSTAMANTE, Lino Rodríguez-Arias. El Derecho Natural y sus Tendencias Actuales. In: **Persona y Derecho**. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, v.8, p. 195-207, 1981. Disponível em: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/11986>. Acessado em 05/04/2021.
- BUSTAMANTE, Lino Rodríguez-Arias. La Teoria de la Institución. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 9, n. 36, p. 15-22, 1972. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180579>>. Acessado em 07/04/2021.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 106. Belo Horizonte, 2013.
- CAJADO, Nazaré Silva. O poliamor e sua repercussão judicial. In: **Artigos IBDFAM**. 2017. Disponível em: < <https://ibdfam.org.br/artigos/1205/O+poliamor+e+sua+repercuss%C3%A3o+judicial>>. Acessado em: 29/12/2023.
- CORNU-THÉNARD, Nicolas. Le Modèle Romain Du Corps De Droit Administratif Dans La Pensée De Maurice Hauriou. **Revue Française d'Histoire des Idées Politiques**. N° 41, 2015/1, p. 209-229.

DE WILDE, Marc. The Dark Side of Institutionalism: Carl Schmitt Reading Santi Romano. In: **Ethics & Global Politics**. Routledge Taylor & Francis Group, 2018, pp. 12-24.

DEL MAR, Maksymilian. **The Smithian Categorical Imperative**: How MacCormick Smithified Kant. Manuscrito de apresentação na Universidade de Oxford. Universidade de Oxford, 2010. Disponível em: < <https://www.stafforini.com/jdg/mar.pdf> >. Acessado em 13/01/2024.

DEL MAR, Maksymilian; BANKOWSKI, Zenon (eds.). **Law as Institutional Normative Order**. United Kingdom: Ashgate, 2009.

FINNIS, John. **Aquinas: moral, political and legal theory**. New York: Oxford University Press, 1998.

FINNIS, John. **Fundamentos de Ética**. Tradução de Arthur M. Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FINNIS, John. **Human Rights and Common Good**. Oxford: Oxford University Press, 2011a.

FINNIS, John. **Intention and Identity**. Oxford: Oxford University Press, 2011b.

FINNIS, John. Is natural law theory compatible with limited government? In: **Natural law, Liberalism, and morality**, Robert George ed. Clarendon Press: Oxford, 1996, pp. 1-26.

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2^a ed. New York: Oxford University Press, 2011c.

FINNIS, John. Natural Law and Unnatural Acts. In: **The Heythrop Journal**: a quarterly review of philosophy and theology. Vol. XI, n. 4. B. H. Blackwell Ltd.: Oxford, oct.1970, pp. 365–387.

FINNIS, John. Personal integrity, sexual morality and responsible parenthood. In: **Anthropos**: rivista di studi sulla persona e la famiglia. Ano I, n. 1, Març. 1985. Città Nuova Editrice: Roma, 1985. p. 43-55.

FINNIS, John. **Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011d.

FINNIS, John. **Reason in action**. Oxford: Oxford University Press, 2011e.

FINNIS, John. Revisitando os fundamentos da razão prática. In: **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Org. Anderson Vichinkeski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira. São Paulo: Manole, 2010, pp. 201-230.

FINNIS, John. The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: some Philosophical and Historical observations. **American Journal of Jurisprudence** 42. 1998, p. 97-134. Disponível em: www.princeton.edu/~anscombe/articles/finnismarriage.pdf. Acesso em: 28/12/2015.

GEORGE, Robert P. FINNIS, John. Natural Law and the Unity and Truth of Sexual Ethics: A Reply to Gary Gutting. **The Public Discourse**. 2015. Disponível em: <http://www.thepublicdiscourse.com/2015/03/14635/>. Acessado em 25 de junho de 2018.

GEORGE, Robert P.; ELSHTAIN, Jean Bethke (org.). **The meaning of marriage**. New York: Scepter, 2010.

GEORGE, Robert P.; KEOWN, John (Eds.). **Reason, Morality, and Law**: The Philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GEORGE, Robert P.; LEE, Patrick. **Body-self dualism in contemporary ethics and politics**. New York: Cambridge University Press, 2008.

GEORGE, Robert P.; LEE, Patrick. **Conjugal Union**: what marriage is and why it matters. New York: Cambridge University Press, 2014.

GIRGS, Sherif; GEORGE, Robert P.; ANDERSON, Ryan T. **What is marriage?** Man and woman: a defense. New York: Encounter Books, 2012.

GIRGS, Sherif; GEORGE, Robert P.; ANDERSON, Ryan T. What is Marriage?. **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Boston, v. 34, n. 1, 2011. E-book.

GOYTISOLO, Juan Bms. Vallet de. La Perspectiva Del Derecho Natural y de su Función que Expone Georges Renard. In: **Verbo**. Núm. 369-370, 1998, pp. 841-862. Disponível em: <<https://fundacionspeiro.org/revista-verbo/1998/369-370/documento-1803>>. Acessado em: 09/04/2021.

GRAY, Christopher Berry. **The Methodology of Maurice Hauriou**: Legal, Sociological, Philosophical. Amsterdam: Rodopi, 2010.

GRISEZ, Germain. The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2 Question 94, Article 2. **Natural Law Forum**, 1965, p. 168-201.

GRISEZ, Germain; FINNIS, John; BOYLE, Joseph. **Nuclear Deterrence, Morality and Realism**. Claredon Press: Oxford, 1987a.

GRISEZ, Germain; FINNIS, John; BOYLE, Joseph. Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends. **Journal Articles**, 1987b, p. 99-151.

GROTI, Dinorá A. M. Evolução da teoria do serviço público. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. 1ª Edição. **Enciclopédia jurídica da PUCSP**. PUCSP: São Paulo, 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico#:~:text=A%20teoria%20do%20servi%C3%A7o%20p%C3%ABlico,setor%2C%20no%20decorrer%20da%20hist%C3%B3ria.>>>. Acesso em 12/01/2023.

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

HAURIOU, Maurice. **A Teoria da instituição e da fundação**: ensaio de vitalismo social. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

HAURIOU, Maurice. Il reste à conquérir les juges et l'opinion. **Commentaire**. N° 36, 1986/4, pp. 687-692. Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-commentaire-1986-4-page-687.htm>>. Acessado em: 09/04/2021.

HAURIOU, Maurice. The Interpretation of the Principles of Public Law. **Harvard Law Review**. Vol. 31, No. 6, 1918, pp. 813-821. Disponível em:

<https://www.jstor.org/stable/1327706?seq=1#metadata_info_tab_contents>. Acessado em: 09/04/2021.

HAURIOU, Maurice. **Tradition in Social Science**. Trad. Christopher Berry Gray. Amsterdam: Rodopi, 2011.

HUME, David. **An enquiry concerning the principles of morals**. Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1983.

JARDAT, Remi. Maurice Hauriou, Théoricien de l'Institution et Inspirateur de Statuts Mutualistes. **Revue internationale de l'économie sociale**. N° 312, 2009, pp. 70–83. em: <<https://www.erudit.org/fr/revues/recma/2009-n312-recma01040/1020937ar/>>. Acessado em: 09/04/2021.

LA TORRE, Massimo. Institutionalism Old and New. In: **Ratio Juris**. vol. 6. N° 2. Oxford: Basil Blackwell Ltd. 1993, pp. 190-201.

LAGO, Pablo Antônio. **Casamento entre indivíduos do mesmo sexo: uma questão conceitual, moral e política**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

MACCORMICK, Neil and; DE JONG, H.M. de Jong. Law, Institutions, and Facts. In: **Law and Philosophy (Special Issue)**. N° 17, 1998, pp.: 213–345.

MACCORMICK, Neil. A Moralistic Case for A-Moralistic Law? **Valparaiso University Law Review**. vol. 20, 1985, pp. 3–41.

MACCORMICK, Neil. Ainda sobre instituições. In: **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Org. Anderson Vichinkeski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira. São Paulo: Manole, 2010, pp. 254-270.

MACCORMICK, Neil. Argumentation and Interpretation in Law. **Ratio Juris**. Vol. 6, n° 1, 1993, pp. 16-29.

MACCORMICK, Neil. Comment. In: **Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart**. Ed. Ruth Gavison, 104–13. Oxford: Clarendon.

MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Stanford: Stanford University Press, 1981.

MACCORMICK, Neil. Hebert L. A. Hart: In Memoriam. **Ratio Juris**. Vol. 6, n° 3, 1993, pp. 337-338.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, Neil. Law as Institutional Fact. **Law Quarterly Review** 90. 1973, pp.102–29.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon, 1978.

MACCORMICK, Neil. Natural Law and the Separation of Law and Morals. In **Natural Law Theory**. Ed. Robert P. George. Oxford: Clarendon, 1992.

MACCORMICK, Neil. Norms, Institutions, and Institutional Facts. **Law and Philosophy**. N° 17, 1998, pp.: 301–345.

MACCORMICK, Neil. **Practical Reason in Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MACCORMICK, Neil. The Concept of Law and The Concept of Law. In: **The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism**. Ed. Robert P. George. Oxford: Clarendon, 1996, pp. 163–193.

MACCORMICK, Neil. The Ethics of Legalism. **Ratio Juris**. Vol. 2, nº 2, 1989, pp. 184-193.

MACCORMICK, Neil. The Ideal and the Actual of Law and Society. In: **Law, Values and Social Practices**. Ed. John Tasioulas. Aldershot: Dartmouth, 1997, pp. 15–37.

MACCORMICK, Neil. The Relative Heteronomy of Law. **European Journal of Philosophy**. 3:1. Oxford: Blackwell Ltda., 1995, pp. 69-85.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism**. 2ª ed. Holanda: D. Reidel Publishing Company, 1992.

MACCORMICK, Neil _____. Ainda sobre instituições e direitos. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. OLIVEIRA, Elton Somensi (Coord.). **Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. Barueri: Manole, 2010.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a filosofia do direito contemporânea**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, cap. 2 e 3.

MILLIARD, Eric. Hauriou et la Théorie de l'Institution. In: **Droit et Société**. Nº 30-31, 1995, pp. 381-412. Disponível em: < https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1995_num_30_1_1343>. Acessado em: 09/04/2021.

MILLIARD, Eric. Le Moment 1900-1925. Éléments Pour Une Généalogie De L'institution Chez Hauriou. In: **Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique**. 2012, pp. 359-371. Disponível em: <https://univ-droit.fr/docs/recherche/rhfd/pdf/032-2012/32-2012_p359-371.pdf>. Acessado em: 09/04/2021.

MILLIARD, Eric. Les Débats autour de la Personnalisation Juridique de la Famille. **Dunod**, 2000, pp.11-18. Disponível em <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00131681>>. Acessado em: 09/04/2021.

OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem Comum, Razão Prática e Direito: A fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2002.

POSTEMA, Gerald J. **Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World**. New York: Springer, 2011.

RENARD, Georges. **L'Institution: fondement d'une rénovation de l'ordre social**. Nancy: Flammarion, 1933.

RENARD, Georges. Les Théories de l'Institution: essai d'ontologie juridique. 1 vol. Paris: Recueil Sirey, 1930.

SÁNCHEZ, Santiago Carretero. **Sobre la Filosofía del derecho Moderna**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 192-194.

SCHMITZ, Julia. Le vitalisme dans la théorie de l'État de Maurice Hauriou. In : **Le droit constitutionnel et les sciences de la nature, de Bacon à Kelsen**. Toulouse : Presse de l'Université de Toulouse Capitole, 2018, p. 89-111. Disponível em <<https://books.openedition.org/putc/4079#:~:text=II%20%E2%80%93%20Le%20vitalisme%20th%C3%A9orique%20de,personnifi%C3%A9%20mais%20comme%20un%20r%C3%A9gime.>>>. Acesso em 12/01/2024.

SEARLE, John R. **The Making the Social World**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

TYBUSH, Francielle Benini Agne; MARTINS, Evilhane Jum; ALMEIDA, Nathália Tavares de Souza. Teoria Neoinstitucionalista de Neil MacCormick: a relação entre a ordem jurídica e a ordem moral. **Meritum**. Vol. 14, nº 1. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2019, pp. 229-255.

VEJA, José Melián. El iusnaturalismo comunitarista de Lino Rodríguez Arias Bustamante. In **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Nº4**. Espanha: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1999. Disponível em <https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/8050/2/0233586_00004_0024.pdf>. Acesso em 31/03/2021.

VIOLA, Francesco. **Le principe de subsidiarité: pour ou contre l'Etat**. Disponível em: https://www.academia.edu/3781591/Le_principe_de_subsidarit%C3%A9_pour_ou_contre_l_Etat. Acessado em: 03/04/2021.

WIECZOREK, Tomás. Institución y constitución en el pensamiento de Maurice Hauriou. **Revista Ágora filosófica**. V. 20, nº 2, 2020, pp. 132-166.

WITTE JR. J. **From sacrament to contract: Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition**. 2ª Edição. Lousville: Presbyterian Publishing Corporation, 2012