

EVOLUÇÃO DO POSITIVISMO COMO FILOSOFIA DO DIREITO DA SOCIEDADE COMPLEXA

EVOLUTION OF LEGAL POSITIVISM AS LEGAL PHILOSOPHY OF THE COMPLEX SOCIETY

JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO*

RESUMO

Discute-se a evolução do positivismo jurídico em três tendências, vez que não há espaço para examinar as escolas: legalismo, normativismo e realismo. Aproveitando as metodologias de descrição empírica, *dissoi logoi* e história das ideias, demonstra-se como as instâncias decisórias do direito se tornaram de difícil controle. Os resultados apontam que a pulverização dos significados comuns e as novas mídias comunicativas, com a correspondente exacerbação do individualismo ético, fazem com que, em um sistema jurídico já sobrecarregado, sobrecarreguem-se também as instâncias decisórias e aumente seu poder de arbítrio. Conclui-se que, como estratégias para o direito da sociedade complexa, restam a democratização das decisões, a pulverização do poder e o fortalecimento de instituições que sejam capazes de controlar essas fragmentações.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo Jurídico; legalismo, normativismo e realismo. História da Ideias. Sobrecargas do Direito na Sociedade Complexa.

ABSTRACT

The evolution of legal positivism is discussed in three trends, as there is no space to examine their schools: legalism, normativism and realism. With the methodologies of empirical description, dissoi logoi and history of ideas, it is demonstrated how the decision-making instances of law have become difficult to control. The results point that the pulverization of common meanings and new communicative media, with the corresponding exacerbation of ethical individualism, cause that, in an already overloaded legal system, the decision-making instances are also overloaded, and their discretionary power is increased. It is concluded that, as strategies for law in a complex society, there remain the democratization of decisions, the pulverization of power and the strengthening of institutions that are capable of controlling these fragmentations.

KEYWORDS: *Legal Positivism: legalism, normativism and realism. History of Ideas. Overloads of Law in the Complex Society.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Esclarecimento preliminar: aumento da complexidade social, pulverização ética e legitimação pelo procedimento juridicamente organizado. 2. Legalismo e generalidade da lei. 3. Normativismo e a moldura da criação do direito pelo judiciário. 4. Realismo e diferenciação entre texto e norma. 5. As instâncias decisórias do direito se tornam de difícil controle. 6. Conclusão.

* Professor Titular da Universidade Nove de Julho. Mestre, Doutor e Livre Docente pela Universidade de São Paulo. Professor Titular. E-mail: jmadeodato@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4290-7087>.

INTRODUÇÃO

Este texto pretende discutir a evolução do positivismo, enquanto perspectiva moderna da filosofia e da teoria do direito, mostrando as modificações de seus postulados, dos primórdios, na passagem entre os séculos XVIII e XIX, até os dias de hoje. Como não é possível estudar as inúmeras escolas, e menos ainda os autores nelas inseridos, sugerem-se aqui três grandes tendências para agrupá-las e possibilitar uma visão geral, quais sejam o legalismo, o normativismo e o realismo, cada uma das quais acompanha uma sobrecarga crescente das instituições jurídicas estatais. Claro que, dentro do legalismo, há escolas como a Exegese e a Jurisprudência de Conceitos e autores como Maurice Bugnet e Christian Wolff; da tendência normativista fazem parte a Jurisprudência dos Interesses de Rudolf von Jhering e a Teoria Pura de Hans Kelsen; e inserem-se no realismo os movimentos escandinavo de Axel Hägerström e Alf Ross e o norte-americano de Roscoe Pound e Jerome Frank, apenas para fornecer uns poucos exemplos. Todos com correspondentes no Brasil. Mas um estudo abrangente dessas escolas e autores não é o objetivo aqui.

Essa “evolução” não deve ser tomada na acepção corriqueira de “melhor”, porém como um processo social de mudança de menor para maior complexidade. O campo de reflexão se reduz à cultura ocidental, leia-se europeia, da qual o Brasil, ainda que com suas próprias características, constitui uma das periferias. Tenta-se demonstrar, a partir das interfaces entre a lei do Estado e as decisões dos conflitos concretos, como as instâncias decisórias do direito se tornaram pulverizadas e de difícil controle.

A complexidade social deve ser entendida como a “totalidade das possibilidades de experimentar e agir, cuja realização permite uma conexão significativa”.¹ O conceito é imaginado como um pressuposto teórico, pois a complexidade social não pode ser empiricamente percebida. O que se observa é sua redução, posto que há sempre mais possibilidades de conduta (“experimentar e agir”) e isso implica uma necessidade (compulsória) de seleção de alternativas. Essas seleções são empíricas, pois consistem na exteriorização das condutas escolhidas, e assim podem ser percebidas.

Por isso, a concepção de sistema deixou de se orientar pela unidade e passou a se concentrar na diferença. Assim como em outras construções epistemológicas contemporâneas, há um abandono da ontologia tradicional, no sentido de que o conteúdo de um significante linguístico só pode ser compreendido em relação a outros significantes do contexto, e não mais por uma relação direta com um suposto objeto (*ontos*). No campo da teoria do direito, por seu turno, os conceitos legais deixam de ser entendidos como portadores de um significado intrínseco, como no positivismo legalista, para só adquirirem esse

1 Luhmann, 1987, p. 6 e 31;

significado em uma relação comunicativa concreta diante de casos específicos. Assim, expressões legais como “dolo”, “culpa”, “responsabilidade civil” ou “matrimônio” não podem ser dissociadas dos conflitos em que seus significados são debatidos na argumentação.²

1. ESCLARECIMENTO PRELIMINAR: AUMENTO DA COMPLEXIDADE SOCIAL, PULVERIZAÇÃO ÉTICA E LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO JURIDICAMENTE ORGANIZADO

O jusnaturalismo, que pressupõe alguma homogeneidade ética, a filosofia segundo a qual o direito natural prevalece sobre o positivo, desaparece da esfera do direito efetivamente praticado. Permanece até hoje nas discussões ideológicas da esfera pública, como ocorre na determinação de sentido de expressões como “direitos humanos” ou “igualdade”, mas só o direito posto pode ser alegado e aplicado. Seu progressivo esvaziamento de conteúdo ético definido, do jusnaturalismo cósmico ao de conteúdo variável, não pode ser analisado aqui, mas há uma longa evolução antes do surgimento do juspositivismo. O que se percebe na história das ideias e da prática do direito é que a estrutura teológica internacionalista e uniformizada pela hierarquia católica vai se esgarçando no direito natural racionalista das igrejas protestantes e do absolutismo nacionalista e culmina no direito natural de conteúdo variável e supostamente empírico das primeiras democracias modernas e respectivos pensadores, como Locke e Rousseau.

Evidentemente observam-se ainda hoje autores de diversas tendências, mais ou menos abertamente jusnaturalistas, os quais tentam demonstrar um fundamento acima do direito positivo, mas suas análises concentram-se sobre o que acham que o direito deveria ser e não sobre como aparece empiricamente. Em outras palavras, são idealistas mesmo quando aparentam descrever a realidade. Seu ambiente intelectual vem de uma tradição que não existe mais e por isso, em qualquer de seus matizes, não conseguem explicar o direito contemporâneo. Dentre os mais claramente defensores do direito natural na atualidade está, por exemplo, John Finnis,³ mas o antipositivismo vai muito além disso, nos argumentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy. O presente texto afasta-se por completo dessa linha pela própria postura metodológica: aqui não se procuram argumentos para sustentar qualquer preferência ética (teorias normativas), mas sim compreender como essa sustentação evoluiu e passou a ser feita no direito ocidental contemporâneo (teorias empíricas).

Outro aspecto metodológico, o prisma da história das ideias, revela-se na tentativa de mostrar como a legitimação do direito positivo recebeu

2 Vesting, 2007, p. 57-61;

3 Finnis, 2011;

justificativas diferentes, porém sempre em uma evolução de maior para menor complexidade, a tendência mais nova derivando da mais antiga. O direito não tem um fundamento definido, seu fundamento processa-se, e a ideia posterior pode ser rasteada na anterior, pois as ideias mudam e são imprevisíveis porque “têm história” e não admitem fundamentos ontológicos: “Todos os conceitos nos quais se compõe semioticamente um processo inteiro escapam à definição; definível é somente aquilo que não tem história.”⁴

A menção a alguns autores antipositivistas deve-se a outro aspecto metodológico a ser ressaltado aqui, qual seja a técnica retórica do *dissoi logoi* (δισσοὶ λόγοι) ou “argumentos divergentes”, título de um tratado de autoria desconhecida, escrito entre os séculos V e IV a.C., que passou a designar, ainda na Antiguidade, o exercício de confrontar posições contraditórias para suspender quaisquer juízos normativos prévios e construir a própria tese de forma mais adequada e sem paixões.⁵

Apesar de uma indistigável ojeriza ao positivismo por parte do senso comum teórico de diversos setores da sociedade, leigos e jurídicos, deve-se lembrar que ele se constitui como teoria da democracia. Exatamente por negar postulados éticos indiscutíveis, o ceticismo positivista constrói o procedimento da decisão dentro do próprio direito, ainda que pagando o preço de abandonar conteúdos éticos estáveis num ambiente em que qualquer deles pode ser modificado por um novo procedimento.

Nessa esfera jurídica, a complexidade social é acompanhada de uma pulverização ética, pois diminuem os significados comuns no ambiente social e cada pequeno grupo, ou mesmo cada pessoa, passa a questionar e entender diferentemente expressões básicas para a comunicação de convivência, tais como justo, bom, honrado etc. Perdem importância na esfera pública, assim, ordenamentos como o religioso e o moral, os quais representavam núcleos éticos comuns na sociedade tradicional, e daí se tornam menos capazes de controlar complexidade. Como o direito é coercitivo e por isso mais independente de escolhas pessoais, passa a ser o principal redutor de complexidade ética. Mas, ao assumir esse papel, ele se sobrecarrega.

Na mesma direção, esse aumento na diferenciação entre os indivíduos faz com que o texto da lei passe a ser entendido também de diferentes maneiras. O legislador, a princípio soberano, perde importância e as autoridades responsáveis pela solução dos casos concretos começam a ser mais demandadas por decisões e exigências de legitimação.

4 Nietzsche, 1988, p. 317: „alle Begriffe, in denen sich ein ganzer Prozess semiotisch zusammenfasst, entziehen sich der Definition; definierbar ist nur Das, was keine Geschichte hat,”

5 Empiricus, 1985, p. 101 s.; Laëtios, 1977, p. 274;

Logo o judiciário se mostra inoperante para lidar com o número crescente de conflitos. Na doutrina, aparece a ideia de que todos os cidadãos, em maior ou menor grau, decidem e concretizam os textos jurídicos.⁶ Na prática, conciliação, mediação, arbitragem, inúmeras agências reguladoras, influências do direito internacional etc. vão pulverizar as instâncias decisórias tradicionais e enfraquecer o judiciário. As decisões tornam-se ainda mais imprevisíveis e aumenta o casuísmo. Esse caminho histórico vai ser explicado aqui.

Considerando os três elementos do conhecimento empírico, dentro dele o jurídico, quais sejam o significante, o significado e o fato juridicamente relevante, pode-se traçar um paralelo com as três grandes tendências positivistas colocadas neste artigo. O legalismo enfatiza os significantes do direito, suas expressões de linguagem, o texto da lei como fonte única do direito. O normativismo, recusando a ideia de que o texto legal é portador de um significado próprio, sugere uma “moldura” variável de significados para as fontes e constrói toda uma hermenêutica com tal fim. O realismo, cético sobre essas possibilidades, procura indutivamente compreender cada decisão e renuncia a generalizações que possam abranger todo o fenômeno jurídico, concentrando-se na individualidade de cada evento.

As atitudes epistemológicas são diversas. Diante de um problema como a pena de morte, por exemplo, o jusnaturalista diria que é justa ou injusta segundo o acordo ou desacordo com regras superiores válidas em si mesmas; o legalista observaria o significado literal e único do texto legal respectivo, estabelecido pelo legislador de acordo com as regras válidas do sistema; o normativista reconheceria a possibilidade de múltiplas interpretações e decidiria a questão em função dos critérios da hierarquia entre elas, diante da unidade do sistema jurídico; o realismo procuraria compreender e explicar a decisão que prevaleceu no caso, em termos de sua efetividade.

O fato é que toda forma de positivismo entende que o direito positivo realiza, em sentido bem literal, um conteúdo ético, uma opção axiológica específica. Esse conteúdo é fruto de uma luta, antagonismos sobre concepções morais a respeito de como o futuro deve ser. O direito se perfaz na moral dos vencedores. Não tem assim sentido dizer que o positivismo advoga a tese da separação entre direito e moral (*Trennungsthese*),⁷ a não ser que o conteúdo moral seja entendido como já definido de antemão, válido por si mesmo, o que o positivismo não aceita.

Importante observar que as três tendências analisadas a seguir não se substituíram umas às outras, diferentemente do que ocorre em teorias de ciências físicas e naturais. A depender da ocasião, as metodologias de cada uma

6 Häberle, 1997;

7 Alexy, 1992, p. 39;

podem se mostrar mais adequadas e elas se revezam e competem nas formas de argumentação e aplicação do direito segundo o caso específico, fazendo prevalecer ora a indução, ora a dedução, ora uma interpretação literal, ora uma teleológica, até *contra legem*. Assim, reflexos das formas mais iniciais do positivismo passam toda a atividade jurídica até os dias de hoje.

2. LEGALISMO E GENERALIDADE DA LEI

Três características básicas e estreitamente conectadas são aqui escolhidas para expor essa evolução do juspositivismo: a primeira é um fenômeno relacionado à complexidade crescente mencionada acima; a segunda é a proposição básica dos primeiros positivistas; a terceira, como abordaram seu principal problema ao instituir a separação e inibição recíproca de poderes.

A primeira característica é o crescente distanciamento entre o texto da lei geral e prévia e o entendimento que dele têm os indivíduos e grupos, movidos por interesses distintos. Não apenas expressões sempre vagas e ambíguas como “bem comum” e “interesse público” passam a ser problematizadas, como também conceitos legais tradicionalmente utilizados pelos poderes estabelecidos perdem sua referência objetiva e são relativizados, tais como “propriedade”, “legítima defesa” ou “boa” e “má fé”. Isso amplia a imprecisão do discurso a ponto de tornar duvidosa qual será e como será que aquela instância decisória – executiva, legislativa, judiciária – vai dizer o direito.

A segunda característica do positivismo emergente é postular o caráter soberano e geral da lei: ela não apenas está acima de quaisquer governos, mas é também geral e válida igualmente para todos. Procurava-se assim combater tanto a arbitrariedade do monarca quanto o voluntarismo dos diversos juízes, motivos de permanente insegurança para os cidadãos. Então o direito é criado pela legislação soberana, a lei é sempre dotada de generalidade e só ela cria o direito, cabendo ao executivo e ao judiciário aplicá-la, cada qual em sua esfera de competência.

A terceira faceta dessa evolução, quando o positivismo já questiona a separação de poderes pensada pelo legalismo, é o problema sobre se o juiz cria o direito ou somente o aplica, questão que vai se tornando cada vez mais importante. A proposta inicial, encampada pela École d'Exégèse francesa, era bem expressa pelo brocardo *in claris non fit interpretatio* (na clareza – da lei – não cabe interpretação), a qual, embora jamais tenha feito parte do direito romano clássico, foi estrategicamente apresentada em latim. Na formulação de Montesquieu: “Nas repúblicas, a própria natureza da constituição requer que o juiz siga a letra da lei” e “para isso ele precisa simplesmente abrir os olhos”. O judiciário deve ser *la bouche de la loi*.⁸

8 Montesquieu, [1758] 1995, VI, 3, p. 65;

O poder judiciário é pensado como aplicador dos comandos do legislador à diversidade dos casos concretos, numa atividade imparcial e desobrigada de constrangimentos políticos, tecnicamente especializada, até “científica”, agindo unicamente quando provocado. O legislativo e o executivo podem programar suas ações, o judiciário, jamais, porém ao poder executivo, literalmente, cabe somente a execução das leis no âmbito da administração pública. A Constituição da República Francesa de 1791 é imperativa nesse sentido, um monumento jurídico à separação de poderes, tudo sob o império da lei. Antes mesmo dessa Constituição e do Código de Napoleão, de 1804, contudo, o Código da Prússia (*Preussisches Allgemeines Landrecht*) fora promulgado com cerca de 19.000 artigos e uma proibição genérica de qualquer interpretação por parte do poder judiciário.⁹

Ressalte-se que o legalismo é um produto, na teoria do direito, da filosofia do iluminismo, caracterizada por uma extrema confiança na “razão” humana, entendida, de maneira relativamente reducionista, como uma espécie de “lógica”. As palavras de ordem eram *sapere aude, incipe!* ou “saber ouse, comece!”, pois o conhecimento fruto do raciocínio e da observação, em recusa à autoridade da religião, era considerado o caminho para a libertação dos sofrimentos humanos.

Isso traz reflexos poderosos na filosofia do direito, o qual passa a ser entendido como sinônimo de lei, daí a denominação de legalistas para esses juristas. Há uma frase, atribuída a Maurice Bugnet, que se tornou símbolo do período: *je ne connais pas le Droit Civil, j’enseigne le Code Napoleon* (eu não conheço o Direito Civil, eu ensino o Código de Napoleão), mesmo que pesquisas posteriores tenham demonstrado que ele nunca a escreveu, nem em suas anotações privadas. Talvez a tivesse dito em sala de aula, mas nenhum documento o atesta.¹⁰

No campo político, o legalismo incorpora o princípio da maioria, sem as restrições metafísicas – ainda que alegadamente empíricas – de Jean-Jacques Rousseau ou Georg Friedrich Hegel, por exemplo. Sim, pois enquanto a Vontade Geral ou o Espírito Objetivo, últimos exemplos de um jusnaturalismo pretensamente empírico, de conteúdo variável, não se mostram passíveis de aferição, a maioria surge como conceito politicamente manuseável. A efetivação da ideia da maioria começa com várias restrições como os votos censitário, capacitário ou familiar, mas a pouco e pouco vai se ampliando a despossuídos, analfabetos, mulheres, menores, consagrando o sufrágio universal. Claro que o processo foi relativamente lento: um iluminista como Immanuel Kant, além de suas restrições à capacidade das mulheres, ainda enfatiza a desigualdade

9 Sobota, p. 45-60;

10 Bonnacase, 1924, p. 30;

e distingue cidadãos ativos e passivos no voto e na administração da coisa pública.¹¹

O resultado, porém, foi claro no processo de esvaziamento de conteúdo ético nos fundamentos do direito positivo, ou seja, na identificação entre o legal e o legítimo: justo é aquilo que a maioria, por meio da lei soberanamente articulada pelos representantes do povo, diz que é justo.

Outro aspecto importante do legalismo, parte da perspectiva iluminista, é a teoria da única decisão ou resposta correta: os juízes só divergem por erro, pois a lei só tem um significado, do qual seu texto é portador indiscutível. O erro pode ser técnico, quando o juiz não compreende corretamente a lei ou o fato, ou ético, quando ele deliberadamente, por má-fé, foge ao texto da lei. Assume-se que a lei tem sentido e alcance claros e distintos, os quais podem ser percebidos por qualquer intérprete, executivo ou judicial, e por isso as decisões concretas não criam direito, são meras subsunções lógicas a partir da lei. Como o texto só tem um sentido, não há consciência da distinção entre significantes e significados: por isso o conhecimento do direito só tem dois elementos: a lei (entendida como significante e significado único) e o fato.

Na técnica jurídica, os legalistas não desenvolveram maiores preocupações hermenêuticas, pois a interpretação é sempre declaratória e o método a ser aplicado é o literal, com suas variantes sintáticas, etimológicas, filológicas.

Na técnica política de elaboração do direito, concentraram sua atenção na validade da lei e das decisões, vale dizer, o direito é criado por autoridade competente, mediante rito de elaboração específico. O conteúdo ético material passa a ser subordinado, mero resultado desse procedimento, assim como é ignorado o problema da efetividade do direito e o costume jurídico perde sua importância anterior: não cabe questionar se o direito produzido pelo Estado é obedecido por seus destinatários, porque isso é visto como óbvio.

Todas essas características são corolários umas das outras e formam um todo relativamente coerente, apesar das naturais divergências entre os legalistas. Essa forma de encarar o direito permanece viva, como se vê no art. 2º da Constituição Brasileira de 1988, que traz a figura da “separação de poderes”, determinada como uma das quatro cláusulas pétreas constitucionais pelo art. 60, § 4º, III, embora a criação de regras jurídicas genéricas por tribunais e agências reguladoras, dentre outras instâncias, há muito venha-lhe mostrando a obsolescência.

11 Kant, 1870, p. 154;

3. **NORMATIVISMO E A MOLDURA DA CRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUDICIÁRIO**

Essa tendência é assim denominada porque a lei deixa de identificar a única fonte de regras jurídicas para ser apenas uma de suas espécies e regras individuais como sentenças e contratos, além de regras gerais outras, como a jurisprudência e os tratados internacionais, passam também a ser vistos como criadores de direito. O conceito central do direito não é mais a lei, mas sim a norma jurídica, que se expressa pela lei e mais outras tantas fontes.

Grupos de juristas como a *Freirechtsschule* e a *Historische Schule*, na Alemanha, e a *Libre Recherche du Droit*, na própria França, já criticam a Escola da Exegese e o movimento codificador do legalismo em seu nascedouro. Um novo modelo lança mão de metáforas como “pirâmide” ou “estrutura escalonada” de “normas jurídicas” e é dirigido pela ideias básicas de unidade e hierarquia, segundo as quais as regras inferiores dependem das superiores, que lhes determinam o procedimento de criação e a validade. Por isso contratos e costumes, embora não criados pelo Estado, podem ser aceitos como fontes do direito, desde que não contrariem a lei, a qual, por sua vez, subordina-se à constituição.

A concepção dessa tendência sobre o ser humano caracteriza-se por maior desconfiança na razão como via para solucionar os problemas, considerando ingênuo o iluminismo. A ênfase na vontade como fator decisivo nas decisões jurídicas permite considerar sua antropologia como romântica, no sentido de voluntarista, e assim mais irracionalista, o que vai ter notáveis reflexos na hermenêutica jurídica.¹²

No campo político, atacam-se dois pilares básicos do legalismo: a separação de poderes, pois nem só o legislador cria o direito, e o princípio da maioria, que precisa ser controlado para evitar que a lei seja continuamente revista, ao sabor de novas maiorias.

Nas críticas à separação de poderes, o normativismo rejeita a atribuição de competências exclusivas ao legislativo, para criar, e ao judiciário, para aplicar o direito.¹³ Sua visão é que, dentro do sistema escalonado, qualquer norma cria direito, seja lei, contrato, sentença, em relação àquelas que lhe são inferiores, e aplica direito, em relação àquelas que lhe são superiores. Um Código Penal, por exemplo, aplica a Constituição, que comanda sua elaboração pelo Congresso Nacional, mas também cria direito novo, pois antes dele a normas que determinam as diferenças entre o homicídio e o roubo, por exemplo, não existem. O mesmo ocorre quando um juiz condena alguém a uma pena de 12 anos de reclusão por homicídio: a sentença aplica o código penal e ao mesmo

12 Brewer, 1987;

13 Frank, 1949, p. 100 s.;

tempo cria norma individual, antes inexistente, para aquele caso. Em resumo, porque as normas superiores determinam as competências de elaboração das inferiores, estas são sempre aplicação daquelas. E esta aplicação constitui sempre algo de novo no ordenamento jurídico, logo, implicam criação de direito.

Abandonar a generalidade como característica essencial do direito não faz somente a sentença ser vista como norma, mas abarca também as decisões concretas da administração e os contratos particulares. A doutrina normativista sugere então separar as normas jurídicas em genéricas e individualizadas.¹⁴ A resistência a essa mudança de perspectiva é exemplificada pela inserção de conceitos como “norma jurídica individual legislada” e de lei em sentido “formal” e em sentido “material” (estas as leis gerais, “propriamente” ditas), para explicar leis que concedem pensões ou títulos de cidadania.¹⁵

Nas críticas ao princípio da maioria, os normativistas procuram sugerir mecanismos para dificultar a eterna revisão de decisões por novas maiorias, impondo-lhes limites. Na Constituição brasileira, são exemplos os limites de prazo para projetos de código (art. 64, § 4º), o quórum qualificado para emendas constitucionais (art. 60, § 2º), o caráter excepcional de sessões conjuntas da Câmara e do Senado (art. 57, § 3º). Ou impedir quaisquer futuras modificações em decisões já tomadas, ou até propostas nesse sentido, como é o caso das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º).

No plano da técnica jurídica, o normativismo chega a seu apogeu na teoria de Hans Kelsen, apontado por muitos como o jurista mais importante do século XX, que propõe a teoria da moldura (*Rahmentheorie*) para ilustrar sua concepção hermenêutica sobre como se processa uma decisão de caso concreto. O texto da lei, a jurisprudência e a doutrina, dentre outros componentes, constituem o espectro dentro do qual a decisão deve ocorrer. Porém, dentro da moldura, é impossível determinar qual será a única decisão viável, por conta dos fatores irracionais envolvidos, tais como a personalidade do decisor, o momento histórico, as pressões sociais... Então, num caso de parricídio, diante do Brasil atual, estão fora da moldura, de um lado, a crucificação, a pena de morte ou a prisão perpétua; de outro, não estão na moldura do possível a pena de 5 anos de reclusão ou a descriminalização da conduta sob o argumento de que filho só mata pai por culpa deste.

A consequência é que toda aplicação do direito pressupõe interpretação e argumentação, pois não há sentido no brocardo *in claris cessat interpretatio*. Apesar disso, a crença em alguma racionalidade, herdada do legalismo, fez os normativistas desenvolverem todo um edifício teórico em torno da hermenêutica jurídica, estruturando métodos teleológico, genético, lógico, e formas de

14 Kelsen, 1979, p. 179-180;

15 Aftalión & Vilanova, 1994, p. 657;

interpretação extensiva, restritiva, retificadora etc., no intuito de controlar a decisão, mantendo-a “dentro” da moldura.

Finalmente, um aspecto relevante do pensamento normativista é a atenção que começa a dar à efetividade como característica do direito positivo. O problema da conduta *contra legem*, quando os súditos ignoram de forma contumaz os comandos do Estado, que pretende o monopólio do direito, já ocupava o debate da Escola do Direito Livre (*Freirechtsschule*), adversária preferida de Kelsen. Talvez influenciado pela controvérsia, ele mesmo sugere que o fato de a norma jurídica ter sido estabelecida segundo os cânones do sistema (validade) não é suficiente, sendo necessário um mínimo de efetividade (*Wirksamkeit*).¹⁶

Note-se que o normativismo pode ser dita a tendência ainda hoje dominante na práxis do direito. Continuando nos exemplos do direito brasileiro, ninguém duvida de que o poder judiciário não apenas cria direito no caso concreto, mas também normas de caráter geral, como se leis fossem, indo muito além de Kelsen e ensejando o surgimento do positivismo realista, que será visto a seguir. No vácuo de um poder legislativo omissivo, eliminou a prisão do depositário infiel (Recurso Extraordinário, RE 389.808/PR), autorizou a pesquisa com células-tronco (Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 3.510/DF), considerou entidade familiar as uniões homoafetivas (ADI 4.277/DF e Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 123/RJ), proibiu as vaquejadas (ADI 4.983/CE) e muitos casos mais.

Porém o mundo real tem ido além disso. O mesmo argumento e a mesma figura de retórica foram invocados para decisões contrárias, como a separação de poderes, alegada para justificar a decisão pela qual o Supremo Tribunal Federal negou-se a preencher omissões constitucionais, por meio de mandado de injunção, e ignorada pelo mesmo tribunal, ao decidir que era competente para conceder efeitos gerais (*erga omnes*) em ação direta de inconstitucionalidade, sem necessidade de Resolução do Senado (art. 52, X, da Constituição), na prática “revogando” sozinho a lei por ele próprio declarada inconstitucional.

O realismo jurídico surge da tentativa de entender esses fenômenos. Ao invés de invectivar contra eles, combatendo-os como irracionais ou fruto de ativismo judicial, procura superar as dificuldades dos modelos anteriores para explicá-los, ao lado de outros fenômenos recentes, como a significativa rebeldia de instâncias inferiores para com os comandos das superiores, além do problema cada vez mais nítido dos conflitos e relações hierárquicas entre os direitos nacionais e as regulações internacionais.

Recusa assim o debate entre as fórmulas tradicionais normativistas e seus adversários, chamados neoconstitucionalistas e pós-positivistas, os quais,

16 Kelsen, 1979, p. 123;

muitas vezes, defendem critérios de racionalidade hermenêutica supostamente superiores àqueles efetivamente aplicados pelos poderes estabelecidos, de forma semelhante ao jusnaturalismo anterior. As teorias do consenso tampouco parecem satisfatórias, pois tomam uma atitude mais prescritiva, sobre o que seus autores sugerem para melhorar o ambiente, do que filosófica ou cientificamente descritivas.¹⁷ Os países do capitalismo ocidental periférico desenvolveram sociedades complexas cujos problemas suas estruturas jurídicas subdesenvolvidas não conseguem resolver, é certo, mas uma volta aos modelos tradicionais dificilmente orientará soluções adequadas.

No fundo o debate é anacrônico. Dentre outros problemas, esquece que a criação do direito foi pulverizada e não se encontra mais estruturada na separação tradicional de poderes. São as fontes do direito criadas e aplicadas por órgãos fora de legislativo, executivo e judiciário que fornecem as normas jurídicas mais importantes para o dia a dia da população. São funcionários terceirizados, mediações e instâncias alternativas os responsáveis pelo controle jurídico na sociedade complexa, para os quais as perspectivas do positivismo realista dirigem sua atenção.

4. REALISMO E DIFERENCIAÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA

Do ponto de vista da teoria do conhecimento, o positivismo realista não acredita na possibilidade de conhecimento científico dos fatos, concentra-se na descrição analítica dos procedimentos decisórios e parte assim de uma antropologia cética diante do ambiente.¹⁸

Para clareza terminológica, é preciso lembrar que o movimento começa com o chamado realismo escandinavo, com Axel Hägerström, Karl Olivecrona e Alf Ross, autores que reúnem influências do positivismo lógico e da tendência sociológica no direito, enfatizando o fato como principal elemento do conhecimento jurídico. Outro grupo de juristas são reunidos sob a denominação de realismo jurídico norte-americano, oriundos da filosofia do pragmatismo, os quais também realizam a transição entre o normativismo e o realismo propriamente dito, concentrando-se sobre a atividade judicial (*judge-made law*) no caso concreto: direito é aquilo que a decisão do caso diz que é direito.

Nos termos de um texto curto como este, não é possível detalhar as diferenças entre as diversas escolas e sua evolução, evidentemente, motivo pelo qual vai-se aqui tentar reunir suas características comuns, tais como se encontram hoje apresentadas.

O primeiro aspecto importante é a concepção de procedimento, criada pelo esvaziamento de conteúdo ético do legalismo exegético e depois adotada por

17 Herzog, 1989;

18 Churchland, 2012;

praticamente todas as tendências contemporâneas na filosofia do direito, em seu distanciamento de perspectivas ontológicas. Para os chamados pós-positivistas, com preocupações primordialmente éticas sobre a ideia de justiça, as regras do procedimento não dependem da positivação circunstancial do direito, porém são determinadas por instâncias superiores, como a “racionalidade”, pretendem-se demonstráveis para todos.¹⁹ O procedimento da moldura normativista, por seu turno, é guiado por regras positivadas no sistema jurídico, como aquelas dos códigos de processo e dos tribunais, seus textos estão previamente fixados por regras legisladas válidas e dependem de autoridades competentes e ritos específicos, ainda que não exclusivamente.

Já o procedimento realista consiste dos caminhos que foram efetivamente trilhados para chegar à decisão, os quais só podem ser conhecidos *a posteriori*, isto é, depois de se terem realizado na experiência. Compõe-se das regras que se impuseram ao longo do processo, independentemente do que as regras positivadas na lei dissessem a respeito. Um exemplo recente na história do Brasil ilustra a diferença.

O sistema jurídico declarou que uma Presidente da República, retirada do cargo por suposto crime de responsabilidade fiscal, manteria sua “habilitação para exercício de função pública”, esta foi a decisão que se efetivou na realidade. Observe-se, contudo, o que prescreve o procedimento previamente positivado na Constituição do país:

Art. 52, Parágrafo Único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, **com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.**²⁰

Não importando o que se avalie sobre a posição política ou moral da decisão, o procedimento, na perspectiva realista, mostra que o texto fixado foi deixado de lado em prol de uma regra não escrita nem previamente conhecida, do tipo: “à guisa de consolação, os direitos políticos serão mantidos no caso”.

Outra característica importante do realismo jurídico, tal como aqui entendido, é que o princípio da maioria é mantido apenas como um *topos* retórico, um lugar comum sem conteúdo definido, o qual é preenchido segundo as circunstâncias casuísticas, uma espécie de carta branca de alta maleabilidade adaptativa. O debate hermenêutico perde seu caráter silogístico e daí a decisão não decorre das regras, é tomada antes e só depois o sistema de textos vai servir de justificativa, escolhidos os mais adequados à decisão tomada. Sem querer lhe atribuir essas conclusões, é por isso que Müller vai dizer que o texto

19 Alexy, 1978;

20 O inciso I trata do impedimento do Presidente da República. Destaque em negrito acrescentado aqui;

da lei, criado pelos poderes estatais, é apenas um “dado de entrada” para a concretização da norma jurídica, ou seja, a generalidade é uma característica do texto, não da norma.²¹

Juristas que aumentam esse olhar desconfiam de qualquer relação entre o texto da lei e a norma decisória, pois os pressupostos textuais alegados na decisão, quando existem, são argumentos inconsistentes, dirigidos a uma plateia predominantemente desatenta, num ambiente discursivo no qual somente interesses circunstanciais interessam e a questão do conhecimento jurídico perde todo o sentido. A decisão toma por base normas, sim, isso é inescapável, mas essas normas pouco tem a ver com o sistema legal racionalmente pré-fixado.

O realismo chama atenção para a vagueza e a ambiguidade do discurso, assim como para a fragilidade do texto na sociedade complexa, e mostra a necessidade de instituições que de alguma maneira controlem a fragmentação do consenso. Diferentemente do normativismo, não considera a dedução a partir de textos e técnicas hermenêuticas a forma mais adequada para lidar com a decisão, mas procura entender os conflitos jurídicos a partir de cada caso, pois essas deduções supostamente racionais não são procedimentos para encontrar a decisão, mas sim para apresentá-la.²² A decisão toma base em normas, sim, mas não naquelas explicitadas no ordenamento jurídico, ainda que os próprios agentes envolvidos no processo decisório não tenham consciência disso. Não há decisão correta, há decisão efetiva, uma narrativa dominante que se estabelece a partir da intersubjetividade.²³ O realismo parece explicar mais adequadamente como um mesmo fato, por exemplo, a relação homoafetiva, diante dos mesmos textos, o Código Civil de 2002 e a Constituição, não foi julgada entidade familiar em 2002 e o foi em 2011, no direito brasileiro, resultando em decisões diametralmente opostas.

O que se chama de “norma” consiste na decisão de cada caso, individualizada em torno dos conteúdos semânticos emprestados por todos os partícipes daquela relação jurídica, dentre os quais os textos alegados constituem um dos elementos. Essas premissas textuais da decisão, quando existem, formam estruturas fragmentárias que funcionam como “justificativas” posteriores. As premissas efetivas, como preconceitos, ideologias e preferências de valor desempenham a função mais importante.²⁴

Juristas mais tradicionais consideram o positivismo realista um fator desagregador que instauraria insegurança no sistema jurídico e visaria destruir de vez o marco civilizatório da separação de poderes. Os realistas se defendem alegando que apenas observam essa insegurança que efetivamente existe no

21 Müller, 1994, p. 251 s.;

22 Schlieffen, 2012, p. 379 („Darstellung der Herstellung“);

23 Steiner, 1989;

24 Brown, 1987;

direito da sociedade complexa, mormente nos países subdesenvolvidos como o Brasil, e que a tarefa da ciência e da filosofia do direito não é lamentar o que detecta, mas sim compreender e explicar seus objetos de investigação, o que pode ser mais construtivo do que arrogâncias morais de fundo ideológico.

5. AS INSTÂNCIAS DECISÓRIAS DO DIREITO SE TORNAM DE DIFÍCIL CONTROLE

Em sociedades menos complexas, vale dizer, relativamente tradicionais, a linguagem é entendida de modo mais homogêneo, inclusive, obviamente, os textos legais. Essa homogeneidade é apoiada pelas demais ordens éticas, como a moral e a religião, as quais ensejam mais acordo na interpretação jurídica, pela maior semelhança social. Nas sociedades complexas, a dessemelhança entre os membros sobrecarrega a ordem jurídica, que, por ser a única coercitiva, termina por ser responsável isolada pelo controle da linguagem.

No mesmo sentido, sociedades menos complexas não separam nitidamente os diversos ordenamentos éticos, os quais aparecem conectados, fazendo difícil distinguir um ilícito jurídico de uma transgressão religiosa, vez que em um mesmo corpo de regras aparecem diretrizes hoje separadas. “Não matar” e “honrar pai e mãe” estão juntas no Decálogo de Moisés, por exemplo.

Nessas formas de organização social, o direito dirige-se primariamente a conflitos graves, como no âmbito do direito penal comum ou de crimes de lesa-pátria. Após a moderna emancipação do direito, este passa a regular situações antes reservadas a esferas normativas de caráter íntimo, criando figuras como o “débito conjugal”.²⁵

Veja que cada grupo social possui estruturas familiares, convicções morais, costumes ou divindades diferentes, o direito é o único ambiente ético comum, o que o sobrecarrega, provoca crises de legitimação recorrentes e institucionaliza uma mutabilidade com a qual o Estado – que o monopoliza – tem dificuldade de lidar. Tal monopólio universaliza a jurisdição ao ponto de Hans Kelsen, um dos mais importantes analistas do direito estatal moderno, afirmar que a expressão “direito estatal” configura uma redundância, pois não se pode separar o direito e o Estado.²⁶

Ao lado desta sobrecarga do direito como única ordem normativa comum a toda a sociedade, o chamado “mínimo ético comum”, a falta de homogeneidade na interpretação enfraquece a onipresença dos textos legais e provoca um crescimento de importância do judiciário na tarefa de controlar os conflitos concretos e assim também uma sobrecarga de difícil controle,

25 Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro, art. 1566, II;

26 Kelsen, 2000, p. 289;

ensejando fenômenos como a falta de uniformidade decisória e o chamado ativismo ou protagonismo judicial.

Já na passagem dos séculos XIX e XX se consolidara o Estado moderno na maioria dos países europeus, centro cultural do Ocidente, estendendo-se até as periferias, como o Brasil. As ideias centrais de unidade do ordenamento jurídico, liberdade individual, liberdade política e nação eliminam a pouco e pouco os estamentos sociais e o poder jurisdicional da Santa Madre Igreja.²⁷

Diferentemente do controle mais homogêneo das ordens normativas coordenadas presentes nas sociedade pré-modernas, o controle na sociedade complexa passa a ser exercido por meio de critérios formais sem conteúdo ético definido, tais como exterioridade e coercitividade, dentre outros, substituindo a escassez de consenso. O direito se procedimentaliza e seu conteúdo ético está sempre sujeito a novas modificações por meio de novos procedimentos. A legitimidade do direito é agora uma questão de competência da autoridade e adequação de rito, pois o justo estatal é o resultado do procedimento.²⁸

Depois da sobrecarga do direito e do judiciário, assiste-se hoje a uma pulverização das instâncias decisórias que fogem inclusive ao controle estatal e enfraquecem seu monopólio na produção do direito. Um exemplo de instrumento eficaz nessa pulverização recente é fornecido pelo desenvolvimento da computação, como aqueles sistemas para decidir casos, baseados em matemática de probabilidades, que se denominam algoritmos.

A ideia de algoritmos é antiga na história da matemática. Consistem em programações de decisões, encadeadas em uma série, que pretendem não ser ambíguas e trabalhar com uma linguagem formal, não influenciada por juízos éticos, o que reduz sua imprecisão em comparação com a linguagem natural. A novidade atual é que as complexas tabelas para aplicações práticas de algoritmos a todo tipo de problema tiveram um grande salto com o mundo informatizado da *internet*. As ferramentas computacionais trouxeram muito mais rapidez e alcance aos algoritmos e essa eficiência foi imediatamente cooptada nas estratégias de decisão.

A discussão é grande hoje, com repercussões práticas no direito e na política, e conceitos como anonimato e transparência reclamam mais acordo sobre seus significados, pois são estratégias opostas, que tanto podem ser vistos como garantia da lisura do processo decisório, como vias para arbitrariedades. Na controvérsia, já surgem casos de aplicação de algoritmos declarados ilegais pelos tribunais.²⁹

Se é adequado a programar decisões, nada mais óbvio do que utilizar algoritmos para obter decisões jurídicas. O problema é que, mesmo em

27 Jellinek, 1911, p. 45-63;

28 Luhmann, 1983.

29 Diário La Ley, 10 de julho de 2022.

se concordando com essa metodologia, os algoritmos não decidem com a objetividade que se esperaria de um procedimento matemático. De fato nem chegam perto desse antigo ideal.

6. CONCLUSÃO

Mais do que embates entre maneiras diversas de pensar, essa evolução reflete as mudanças sociais vertiginosas dos tempos atuais. A pulverização dos significados comuns da linguagem e as novas mídias comunicativas,³⁰ com a correspondente exacerbação do individualismo ético, vão fazer com que, dentro de um sistema jurídico já sobrecarregado, sobrecarregue-se também a atividade criadora de todo tipo de julgador, mormente o juiz do Estado, e aumente seu poder de arbítrio, tão temido pelos exegetas do século XIX.

Ao lado disso, o juiz não é mais entendido como imparcial ou neutro, vez que dele se espera uma efetivação de direitos subjetivos que há muito deixaram de ter caráter meramente declaratório e de respeito passivo, como os direitos fundamentais individuais, mas passaram a exigir efetivação dentro da luta política, como é o caso dos direitos à saúde e ao meio ambiente. Isso faz o judiciário assumir também um papel político, como se percebe na superexposição de juízes nos meios de comunicação, de que o Brasil atual é um exemplo beirando o absurdo.

Esse aumento de funções e responsabilidades não tem mostrado um judiciário à altura, muito pelo contrário. Mesmo em países com menos problemas estruturais do que o Brasil, a discussão vem chamando atenção para o perigo de uma “moral do judiciário” e advertindo sobre a inviabilidade de este poder exercer o papel de “superego da sociedade órfã”.³¹ Tornar o juiz mais adstrito ao texto da lei e fiscalizar suas decisões, mais à francesa, tem sido apontado como caminho viável, num interessante olhar de volta, embora em outro contexto, à aurora do positivismo. O crescimento mais recente de mediação, arbitragem e outros procedimentos extrajudiciais de controle de conflitos também aponta para as disfunções que atormentam os que precisam da atuação do judiciário. No Brasil, com uma estrutura judicial anacrônica e mal administrada, fatores externos dificultam ainda mais o quadro, tais como a impunidade e a corrupção que acompanham a aplicação seletiva das regras jurídicas.

Como estratégias para o direito da sociedade complexa, restam a democratização das decisões, apesar de observada sua lerteza na prática, a pulverização do poder e o fortalecimento de instituições que sejam capazes de controlar as fragmentações. No cerne da evolução do positivismo aqui colocada

30 Vesting, 2018;

31 Maus, 1989.

estão certamente as tentativas de estabelecer limites, ou seja, o problema do critério e de seus paradigmas de “racionalidade”.

REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique & VILANOVA, José (com la colaboración de Julio Raffo). **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994;

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation** – die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978;

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg/München, Alber, 1992;

BONNECASE, Julien. **L'École de l'Exégèse en droit civil** — les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustre représentants. Paris: Boccard, 1924;

BREWER, Scott. Figuring the law: Holism and tropological inference in legal interpretation. In: *The Yale Law School Journal*, vol. 26, n. 97, pp. 823-243, 1987;

BROWN, Richard Harvey. **Society as text** – Essays on rhetoric, reason and reality. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1987;

CHURCHLAND, Patricia. **Braintrust**: what neuroscience tells us about morality. Princeton: Princeton University Press, 2012;

DIARIO LA LEY. Primera sentencia europea que declara ilegal un algoritmo de evaluación de características personales de los ciudadanos (<https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMS-bH1czUwMDAyNDa3NDJUK0stKs7Mz7M1MjACC6r15aekhrG425bmpaSmZealpoCUZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUp6qIJuXnZ6OYFA8zAQCFsdrYwAAAA==WKE>). Acesso em 10 de julho de 2022.

PIRICUS, Sextus. **Grundriß der pyrrhonischen Skepsis**. Eingeleitet und übersetzt von Malte Hossenfelder. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985;

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. Oxford: Oxford University Press, 2011;

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. London: Stevens & Sons, 1949;

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997;

HERZOG, Don. **Happy Slaves** – A critique of consent theory. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1989;

JELLINEK, Georg. Die Entstehung der modernen Staatsidee. Vortrag gehalten im Frauenverein zu Heidelberg am 13. Februar 1894, in JELLINEK, Georg. **Ausgewählte Schriften und Reden**, Bd. 2. Berlin: O. Häring, 1911, p. 45-63;

KANT, Immanuel. **Zur Grundlegung der Metaphysik der Sitten**. Berlin: L. Heimann, 1870;

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich, 2000;

KELSEN, Hans. **Allgemeine Theorie der Normen**. Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979;

LAËRTIOS, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1977.

LEI n° 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro**.

LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987.

MAUS, Ingeborg. Justiz als gesellschaftliche Über-Ich – Zur Funktion von Rechtsprechung in der “vaterlosen” Gesellschaft. In: FAULSTICH, Werner; GRIMM, Gunter (orgs.). **Sturz der Götter? Vaterbilder im 20. Jahrhundert** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989;

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brede et. **De l’Esprit des Lois**. Paris, Gallimard, 1995;

MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. Berlin, Duncker & Humblot, 1994;

NIETZSCHE, Friedrich. Zur Genealogie der Moral – Eine Streitschrift. In: COLLI, Giorgio/MONTINARI,azzino (orgs.). **Friedrich Nietzsche Kritische Studienausgabe** - in fünfzehn Bände, vol. 5. Berlin: Walter de Gruyter, 1988, pp. 245-424;

SCHLIEFFEN, Katharina von. Subsumption als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile. In: GABRIEL, Gottfried; GRÖSCHNER, Rolf. **Subsumption** – Schlüsselbegriff der juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, pp. 379-419;

SOBOTA, Katharina. Don’t mention the norm! In: *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 10, n. 4, pp. 45-60, 1991;

STEINER, George. **Real presences** – Is there anything in what we say? London/Boston: Faber and Faber, 1989;

VESTING, Thomas. Die liberale Demokratie und das Andere der Kultur (und der Medien). In:

AUGSBERG, Ino; LADEUR, Karl-Heinz. **Politische Theologie(n) der Demokratie** – Das religiöse Erbe des Säkularen. Wien: Verlag Turia + Kant, 2018;

VESTING, Thomas. **Rechtstheorie**. München, Verlag C. H. Beck, 2007.

Recebido em: 01/12/2021.

Aprovado em: 14/07/2022.