

# O DIREITO FORMAL-RACIONAL NA TEORIA JURÍDICA: ENTRE O DESENCANTAMENTO DO MUNDO E A SUPERSTIÇÃO<sup>1</sup>

*FORMAL-RATIONAL LAW IN JUSTICE THEORY: BETWEEN DISENCHANTMENT WITH THE WORLD AND SUPERSTITION*

*Luís Fernando Sgarbossa<sup>2</sup>*

*Geziela Iensue<sup>3</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem por escopo desenvolver uma discussão – sem qualquer pretensão exaustiva ou concludente – sobre possíveis sobrevivências “supersticiosas” ou “irracionais” na teoria jurídica contemporânea, a despeito do suposto caráter formal-racional do direito moderno, e seu impacto no conhecimento científico do direito. Ao final, o artigo pretende demonstrar diversos paralelismos entre o pensamento comumente considerado irracional pela perspectiva científicista e as crenças que ainda hoje permeiam o campo jurídico e que dominam, em boa medida ainda, as concepções predominantes sobre o direito.

**Palavras-Chave:** direito formal-racional; teoria da justiça; interpretação

## ABSTRACT

This paper aims to develop a discussion, without any pretense to conclude or exhaust the theme, on the potential remnants of “superstitions” and “irrationalities” in contemporary legal theory, even as modern law claims to be formal and rational, and its impact on scientific knowledge. In conclusion the paper aims to show several parallels between thought

<sup>1</sup> Trabalho submetido em 23/06/2017, pareceres de análise em 16/02/2018, 23/02/2018 e 14/08/2018 e aprovação comunicada em 13/11/2018.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS/CPTL. E-mail: lfsgarbossa@uol.com.br.

<sup>3</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS/CPTL. E-mail: igeziela@gmail.com.

commonly seen as irrational by the scientific perspective and the beliefs that still today surround the legal field and dominate, to a great degree, the predominant conceptions in law.

**Key-words:** formal rational law; theory of justice; interpretation

## SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O desencantamento do mundo e o advento do direito formal-racional. 3 O ápice da concepção formal-racional do direito na teoria jurídica. 4 O direito e o irracional: o mito, a magia, a religião a superstição. 5 Conclusão

## 1 INTRODUÇÃO

*“Legal concepts [...] are supernatural entities which have no verifiable existence except to the eyes of faith”*

*(Cohen, M.S.)*

O presente artigo tem por escopo desenvolver uma discussão – sem qualquer pretensão exaustiva ou concludente – sobre possíveis sobrevivências “supersticiosas” ou “irracionais” na teoria jurídica contemporânea, a despeito do suposto caráter formal-racional do direito moderno, e seu impacto no conhecimento científico do direito.

Tal discussão se fará necessariamente em um ponto de intersecção entre a Teoria do Direito e outras disciplinas das áreas das Ciências Humanas e Sociais, tais como a Filosofia, a História, a Sociologia e Antropologia.

O enfoque se dará especificamente no aspecto da desmistificação que tais disciplinas podem aportar à compreensão do direito, problematizando-se o propalado caráter formal-racional do direito contemporâneo (considerado em boa medida uma mistificação em si) em face de possíveis influências “irracionais” no campo da teoria e da prática jurídicas.

Nesse sentido, pretende-se, em um primeiro momento, recordar brevemente a concepção formal-racional de direito sustentada por Weber, amplamente difundida e de grande importância acadêmica, bem como as concepções de direito e de sistema jurídico sustentadas por Kelsen, em virtude de tratar-se da forma mais desenvolvida de tal concepção no campo específico da Teoria do Direito.

Após tal incursão inicial, pretende contrapor a visão do desencantamento e racionalização do mundo e do direito e a correlata visão estatista e formalista do direito, à visão calcada nas origens místicas, mágicas e religiosas do direito, e na (possível) sobrevivência de tais elementos na Teoria Jurídica contemporânea, a despeito de suas vestes formais e racionais, notadamente a partir do pensamento de autores como Hägerström, Olivecrona, Kantorowicz, Ross e outros.

Ao final, o artigo pretende demonstrar diversos paralelismos entre o pensamento comumente considerado irracional pela perspectiva científicista e as crenças que ainda hoje permeiam o campo jurídico e que dominam, em boa medida ainda, as concepções predominantes sobre o direito.

Pretende-se sustentar não ser possível uma concepção adequada do direito e, conseqüentemente, uma Teoria Jurídica adequada, sem levar em consideração tais elementos, ocultos pela excessiva idealização e racionalização do objeto pelas perspectivas predominantes.

## 2 O DESENCANTAMENTO DO MUNDO E O ADVENTO DO DIREITO FORMAL-RACIONAL

A concepção contemporânea do fenômeno jurídico, tanto por parte das Ciências Humanas e Sociais em geral quanto da Teoria Jurídica em particular, tende a partir da premissa do caráter formal-racional e positivo-estatal do direito contemporâneo, em contraposição ao caráter material-irracional e ideal do direito das sociedades simples, tradicionais ou do direito pré-moderno.

No campo da Filosofia e da Teoria do Direito, após longo arco histórico de influência do pensamento jusnaturalista, esta concepção conheceu seu ocaso, iniciado por volta do século XVII e finalizado por volta do século XX (BOBBIO, 2006) tendo sido substituída pelo pensamento jurídico positivista, desde então hegemônico.<sup>4</sup>

O positivismo jurídico, nascido a partir das concepções filosófico-políticas que remontam a Hobbes, desenvolvido por autores como Bentham, Austin e refinado por autores como

4 A referência aqui feita é à concepção paradigmática ou ortodoxa do direito, não se desconhecendo a importância das concepções jusnaturalistas – não-paradigmáticas e heterodoxas – de autores como Del Vecchio, Radbruch, Fuller e Finnis, entre outros. Veja-se: DEL VECCHIO, 1933; RADBRUCH, 1944; FULLER, 1969; FINNIS, 2011.

Kelsen e Hart, supostamente pôs fim às concepções jusnaturalistas, por ele tachadas de metafísicas, tendo a pretensão de abordar o direito como fato, ou seja, em sua positividade.

Mesmo no âmbito de outras Ciências Humanas e Sociais, vicejaram concepções do direito imbuídas de estatismo e racionalismo, que não apenas rejeitavam as concepções jusnaturalistas como, também, reduziam todo o direito ao direito das sociedades politicamente organizadas e, corriqueiramente, ao direito oficial-estatal, fechando os olhos para o direito passível de existir em sociedades simples (SACCO, 2007) assim como ao direito surgido espontaneamente no âmbito da sociedade – o direito consuetudinário – ou reduzindo-o a um papel secundário ou subsidiário (BOBBIO, 2006).

Assim, na Antropologia, por exemplo, durante longo tempo vicejou a concepção estatista e oficialista sustentada por autores como Radcliffe-Brown, antes que fossem superadas por visões como as sustentadas por Malinowski e, depois dele, de Hoebel, Llewellyn, entre outros (GRANDE, 1996).

Por outro lado, também na Sociologia desenvolveram-se teorizações importantes sobre o direito, que evidenciaram e sublinharam determinadas características do direito moderno, notadamente seu caráter estatal/oficial, racional e formal (TREVES, 2004).

Aqui, é evidente a referência ao pensamento de Weber (2004b) e de sua Sociologia do Direito.<sup>5</sup> Para o exame da temática de que se ocupa o presente estudo, parece fundamental, portanto, resgatar alguns dos principais aspectos do pensamento de Weber sobre o particular para, após, problematizar a concepção de direito nele presente a partir de outras perspectivas.

As teorizações de Weber sobre o direito inserem-se, evidentemente, no arco mais amplo de suas concepções sobre o processo de desencantamento do mundo (WEBER, 2004a). Como ensina aquele autor – e, de modo semelhante, outros, como Frazer – durante um largo período histórico as concepções sobre o mundo transitaram da explicação mágica ou religiosa – i.e., “irracional” – para a explicação científica – “racional” (WEBER, 2004a).

Do mesmo modo, os processos de dominação política passaram a basear-se cada vez mais na legitimação legal-racional, e menos na legitimação carismática ou tradicional (WEBER,

---

5 Ressalve-se, com Treves, que os aspectos aqui sucintamente abordados são apenas parte da Sociologia do Direito de Weber e, ainda, que se deve recordar tratar-se de tipos ideais, em consonância com a metodologia da Sociologia Compreensiva do autor. (TREVES, 2004).

2004b). Os processos são paralelos no pensamento weberiano, como se sabe, inserindo-se no referido processo de desencantamento do mundo.<sup>6</sup>

Weber ensina que o direito surge na modernidade no ocidente ao longo do processo histórico constitui um direito distinto dos até então vigentes. Especialmente em função de imperativos correlatos à economia capitalista embrionária/emergente, notadamente de segurança jurídica exigida pelas transações comerciais, suplantaram-se os direitos de tipo pré-moderno.<sup>7</sup>

Como é sabido, o sociólogo identifica quatro tipos ideais de direito, a saber, o direito material e irracional, o direito material racional, o direito formal irracional e o direito formal racional (TREVES, 2004).

O tipo ideal do direito material e irracional corresponde ao sistema no qual o legislador ou juiz decidem com base em seu arbítrio, sem se pautar seja por normas seja por precedentes (seria o sistema da “justiça de cádi”). O direito material e racional, por sua vez, corresponde ao sistema no qual o legislador ou juiz decidem com base seja em um livro sagrado (como o Corão), seja em imperativos éticos, critérios utilitaristas ou máximas políticas (WEBER, 2004b).

O tipo ideal do direito formal e irracional corresponde ao sistema no qual o legislador ou juiz formalizam suas decisões, embora o façam com fundamento em normas que fogem à razão, como as oriundas de revelações e oráculos, entre outros. Por fim, o direito formal e racional corresponde ao sistema no qual o legislador ou o juiz formalizam suas decisões e o fazem com base em normas ou precedentes e em conceitos abstratos criados pelo pensamento jurídico (TREVES, 2004).

De acordo com Weber, ao longo do desenvolvimento histórico do direito são paulatinamente superados os sistemas jurídicos com caracteres materiais e irracionais, dando lugar tais sistemas formais e racionais (WEBER, 2004b).<sup>8</sup>

---

6 O processo de racionalização do mundo, que abrangerá o direito, relaciona-se, evidentemente, a uma concepção de racionalidade instrumental no sentido de relações sociais pautadas pela previsibilidade dos efeitos e pela adequação de meios em relação aos fins (TREVES, 2004).

7 Não se farão aqui referências a outros desenvolvimentos abordados pelo autor, como a transição do costume para a convenção e desta para o direito consuetudinário e legislado (TREVES, 2004).

8 Inserem-se nesse contexto de racionalização do direito, a substituição das ordálias e dos juízos de Deus por sistemas de prova racional, por exemplo. GILISSEN, 1986; HESPANHA, 2005.

O autor evidencia, ainda, os inconvenientes de um sistema jurídico fragmentário e/ou baseado em critérios subjetivos ou arbitrários, como a percepção subjetiva de justiça, no que diz respeito à segurança no tráfico de bens, especialmente (TREVES, 2004).<sup>9</sup>

Assim, a teoria weberiana historia o surgimento de um sistema jurídico que denomina de formal-racional em a substituição dos sistemas materiais/irracionais preexistentes (WEBER, 2004b).

No processo de racionalização que leva do direito pré-moderno ao direito formal-racional, concepções de justiça material são substituídas por uma concepção de justiça formal – ou justiça como legalidade –, processo este que certamente encontra-se ligado à noção de que o que apraz ao soberano a lei faz vigorar, concepção voluntarista do direito que será desenvolvida pelo positivismo jurídico (BOBBIO, 2006).

Desse modo, sob tal sistema, firma-se um dos dogmas do positivismo, traduzível na expressão “lei é lei” (*Gesetz ist gesetz*), a exigir de aplicadores e executores da lei a submissão ao direito oficial, sem questionamento do mesmo a partir de seu conteúdo, o que se vincula, naturalmente, a questões relativas ao formalismo jurídico, intimamente relacionadas aos temas tratados no presente estudo (BOBBIO, 2006).

O processo histórico examinado por Weber em sua Sociologia do Direito, aqui muito superficialmente sumarizado, culminaria, em suma, em uma ampla racionalização das relações sociais envolvendo a dominação política e o direito.

A dominação racional-formal, baseada na crença na legalidade, substitui amplamente (embora não totalmente) as dominações carismáticas e tradicionais, passando a ser aquela crença o fundamento de legitimação em que se baseia a autoridade (WEBER, 2004b).

O direito torna-se essencialmente formal, podendo assumir qualquer conteúdo, indiferentemente de ser tal conteúdo reputado pelos destinatários como moral, amoral ou imoral (ou, falando-se de um valor particularmente ligado ao Direito até então, o valor do justo ou injusto).

A violência converte-se em autoridade a partir da legitimação decorrente da crença na legalidade (conformidade ao ordenamento). Ao mesmo tempo, a observância do direito pode

---

9 Não por acaso, entre os séculos XII e XIII, tanto no continente europeu quanto na Inglaterra, verifica-se um processo de substituição do direito fragmentário por um direito uniforme. Embora de tal processo tenham se originado dois sistemas jurídicos distintos, ambos atendem aos mesmos reclamos de uniformidade e segurança jurídica, sendo inclusive homônimos – *jus commune* no continente europeu, *Common Law* na Inglaterra.

ser inspirada em motivos completamente prudenciais, repousando na racionalidade de tipo instrumental que induz o agente a evitar a sanção (aspecto este conexo à visão sancionista, que influencia fortemente a concepção positivista de direito no pensamento de Bentham, Austin e Kelsen, entre outros).

Como evidencia Weber (2004b), tal processo histórico modificou significativamente as características do direito, suas fontes e mesmo as instituições e as técnicas destinadas à aplicação do direito e à execução das sanções.

Evidentemente este não foi, de modo algum, o único aporte da Sociologia para o Direito, havendo inúmeros outros, bastante diversos. Basta lembrar, por exemplo, as concepções sociologistas de Ehrlich (1986), entre outros. De todo modo, as concepções sobre o direito formal-racional sustentadas por Weber exerceram forte influência, conectando-se à concepção predominante do direito durante o século XX, que perdura grandemente até a atualidade.

Nesse contexto, convém examinar brevemente o ápice da concepção formal-racional do direito, consubstanciada no campo da Ciência Jurídica no positivismo normativista, para, após, problematizar alguns aspectos da Teoria do Direito elaborada com base na referida noção formal-racional de direito.

### **3 O ÁPICE DA CONCEPÇÃO FORMAL-RACIONAL DO DIREITO NA TEORIA JURÍDICA**

O processo de racionalização do direito estudado pela Sociologia Compreensiva weberiana e o advento do positivismo jurídico acarretaram mudanças significativas no âmbito da Teoria do Direito, como não poderia deixar de ser.<sup>10</sup>

Várias foram as contribuições que permitiram tal desenvolvimento, que culminou nas concepções predominantes sobre o direito na teoria jurídica contemporânea.

Poderiam ser recordadas, entre outras, as contribuições de Kant, que em sua *Metafísica dos Costumes* elaborou uma das primeiras teorias do direito modernas, com significativo grau de elaboração e sistematização. Além dele, teriam que ser mencionados expoentes do

<sup>10</sup> Obviamente fatores políticos e econômicos da maior relevância foram as causas primeiras de tais modificações. Basta mencionar o advento do Estado moderno por volta do século XVI e o surgimento do modo de produção capitalista, aproximadamente no mesmo período.

positivismo jurídico inglês, como os já mencionados Bentham e Austin, cujas concepções igualmente influenciaram a teoria jurídica posterior, inclusive a de Hart.

Obviamente diversas foram as orientações do positivismo jurídico, adotando este os mais variados matizes, podendo revelar-se como modo de abordagem, teoria do direito ou ideologia do direito (BOBBIO, 2006) e subdividindo-se entre variadas correntes, tão distintas entre si como o positivismo analítico, o realismo sociológico, o realismo psicologista ou o positivismo normativista (TREVES, 2004).

De todas as propostas de compreensão científica do direito formal-racional sob o marco do positivismo jurídico, no entanto, nenhuma talvez ainda tenha sido mais influente (ainda) do que a concepção normativista de Kelsen.<sup>11</sup>

Tal concepção, apesar das inúmeras críticas a ela endereçadas, teve o mérito de constituir uma tentativa bastante sofisticada de rigorosa explicação do direito a partir dos pressupostos filosóficos e lógico-dedutivos adotados por seu autor.

Assim, a despeito da importância de outras teorias sobre o direito, e de suas inegáveis contribuições, parece ser apropriado metodologicamente utilizar-se da denominada Teoria Pura do Direito para ilustrar a teoria jurídica paradigmática ainda hoje, para, depois de estabelecida esta premissa, passar a questionar alguns aspectos centrais da visão normativista e da concepção formal-racional do direito a ela subjacente em aspectos relacionados à sua (pretensa) racionalidade.

Como é sabido, Kelsen tem o mérito fazer avançar a Teoria do Direito para além de uma teoria da norma jurídica, como fora até então, desenvolvendo expressamente uma das primeiras teorias amplas e coerentes do ordenamento jurídico (BOBBIO, 2006).<sup>12</sup>

Tal teoria, como se sabe, parte de algumas distinções basilares, como a distinção entre causalidade e imputação (afetas respectivamente às Ciências Naturais e “normativas”), e de ser e dever (KELSEN, 2003), ostentando nítida influência neokantiana. Divide-se, ainda, em estática jurídica – teorizando sobre as normas jurídicas e suas sanções, e aspectos correlatos – e em dinâmica jurídica – examinando o processo de criação e aplicação progressiva do direito.

11 Pode parecer equivocado associar os pensamentos antagonistas de Weber e de Kelsen, mas, como aponta Treves, a posição de Weber aproxima-se da de Kelsen, em muitos sentidos, mais do que da de outros defensores da sociologia como Ehrlich e Kantorowicz. TREVES, R., *op. cit.*

12 Joseph Raz considera ser possível identificar uma teoria do ordenamento subjacente às concepções de autores como Bentham e Austin, embora implícita (RAZ, 1986).



Na seara da estática jurídica a ênfase recai sobre a sanção, elemento essencial à normatividade do direito na visão kelseniana, sendo as normas consideradas como ligando antecedentes de fato a uma autorização para a utilização da força por parte dos órgãos competente, adotando assim a forma de um imperativo hipotético-condicional (o clássico “*se A então deve ser B*”) e assemelhando-se a interpretação-aplicação do direito a um processo lógico-dedutivo (silogismo).

No âmbito da denominada dinâmica jurídica, o normativismo jurídico procura explicar o direito a partir da noção de estrutura escalonada do ordenamento jurídico, abrangendo tanto o processo de criação e aplicação do direito em graus sucessivos quanto o fundamento de validade das normas jurídicas e de seus atos de aplicação (vinculando-se, assim, a uma teoria da observância<sup>13</sup>).

No ápice da estrutura normativa escalonada, a visão kelseniana concebe uma norma fundamental, outrora denominada hipotética – concepção expressamente abandonada pelo próprio autor em escrito publicado postumamente (KELSEN, 1986). Tal norma não positiva, mas pressuposta, teria a função de servir de elemento unificador do sistema jurídico (BOBBIO, 2006), proporcionando o fechamento do sistema jurídico e supostamente evitando o problema posto pela Lei de Hume para a explicação positivista da normatividade do direito.<sup>14</sup>

Outra função importantíssima do construto teórico em comento é a manutenção da pretendida “pureza” da teoria jurídica desenvolvida pelo autor, evitando-se o expediente, inconcebível para o intento do autor, de se recorrer a categorias políticas, sociológicas ou outras para concluir a explicação científica do sistema jurídico.<sup>15</sup>

O conceito-chave da teoria jurídica normativista é, evidentemente, a noção de validade. De tal conceito decorre e depende toda a explicação dos processos de dinâmica jurídica, i.e.,

13 Como é sabido, para Dworkin a teoria da observância (que compreende a teoria da obediência e a teoria da aplicação) é parte integrante da Teoria Geral do Direito, ao lado da teoria da legislação e da teoria da decisão judicial, integrantes da parte normativa da referida teoria geral. (DWORKIN, 2002).

14 Tal problema, como é sabido, decorre da concepção desenvolvida pelo filósofo escocês e amplamente difundida no sentido de que de um ser não se pode deduzir nenhum dever, de modo a se fazer necessária que uma norma tenha sempre como fundamento de validade do ato que a põe outra norma, questão esta que não poderá aqui ser discutida.

15 Perspectiva diversa de encontra, já, em trabalhos importantes, como os de Hart, 2009 e Raz, 1986

dos processos de criação e aplicação do direito – as cadeias de validade de que nos fala Raz (1986) –, bem como de uma miríade de noções que são derivadas justamente daquela noção.

É assim com base na noção de validade que Kelsen sustenta a concepção das normas jurídicas como um esquema que permite a interpretação do sentido subjetivo do ato de acordo com seu sentido objetivo (KELSEN, 2003).

É, ainda, com base na noção de validade, que o austríaco discute a consequência do conflito entre normas jurídicas de diferentes escalões e suas consequências, posicionando-se em favor da anulabilidade das normas irregulares (logo inválidas), como as normas inconstitucionais e ilegais (KELSEN, 2003).

A noção de validade é essencial, ainda, para sustentar o dever de obediência ao direito, assim como a aplicabilidade de suas normas, e para tentar compreender as complexas relações estabelecidas entre eficácia (social) e validade (KELSEN, 2003).<sup>16</sup>

São amplamente conhecidas as críticas endereçadas pelos mais variados autores às concepções do positivismo normativista, notadamente a noções como a distinção entre ser e dever (HART, 2009), como a da norma fundamental pressuposta (HART, 2009; RAZ, 1986) ou, ainda e especialmente, a noção de validade (ROSS, 2000).

Hart, por exemplo, sustenta a completa desnecessidade da pressuposição de uma norma não-positiva para a explicação da validade do sistema jurídico (HART, 2009). Ross, por sua vez, ataca fortemente a noção abstrata de validade, que trata como um elemento tão metafísico quanto as antigas noções jusnaturalistas, para propugnar sua substituição, em uma teoria do direito que se pretenda científica, pela noção de vigência, no sentido por ele adotado (ROSS, 2000).

Não é o caso de repisar as críticas já feitas ao positivismo normativista, em boa medida bastante conhecidas. O importante é observar que, a despeito de tais críticas, diversas noções abstratas, puramente conceituais, metafísicas – como a noção de validade – continuam a ser essenciais para a explicação e tentativa de compreensão dos sistemas jurídicos pela Teoria do Direito, além de se revelarem conceitos operativos na aplicação do direito por parte dos órgãos dela incumbidos.<sup>17</sup>

16 Observe-se que a teoria de Kelsen não se identifica com uma teoria idealista, e tampouco com uma teoria realista, ambas consideradas pelo autor como extremos inaceitáveis, seja por desconsiderarem as relações entre eficácia e validade, seja por reduzirem a noção de validade à de eficácia (KELSEN, 2003).

17 A crítica feita pelo realismo jurídico quanto a conceitos como os de validade, direito subjetivo e outros

Diante de tal fato, resta problematizar alguns aspectos subjacentes à concepção formal-racional do direito, representada, aqui, pela concepção normativista predominante. Para tal fim, pretende-se investigar mais de perto certas concepções jurídicas em comparação com manifestações de pensamento “irracional”, como o pensamento mágico, religioso ou supersticioso, por exemplo, para tentar concluir se seria ainda apropriado sustentar que o direito moderno repousa em uma racionalidade puramente formal.

Em suma, no próximo tópico se buscará investigar a eventual proximidade e quiçá sobrevivência (no sentido antropológico da expressão) de concepções “irracionais” – i.e., mágicas, religiosas ou supersticiosas – à base de concepções jurídicas abstratas.<sup>18</sup>

#### **4 O DIREITO E O IRRACIONAL: O MITO, A MAGIA, A RELIGIÃO E A SUPERSTIÇÃO**

Investigar a existência de crenças mágicas, religiosas ou supersticiosas permeando, de algum modo, um direito pretensamente formal e racional é algo que talvez possa parecer despropositado à primeira vista, na medida em que as concepções racionalistas e iluministas influenciam fortemente nossa noção atual de direito (ZENO-ZENCOVICH, 2011).<sup>19</sup>

O objetivo do presente tópico, no entanto, é o de demonstrar possíveis conexões e tentar lançar as bases para a compreensão sobre em que sentido tal investigação pode apresentar um propósito.

Em epígrafe a um escrito seu, o professor mexicano Tamayo y Salmorán recorda passagem de Kantorowicz na qual este autor evidencia paralelismos bastante evidentes entre a dogmática jurídica e a teologia ortodoxa, comparando o legislador a Deus, e a casta privilegiada dos juristas aos teólogos – ambos reveladores das intenções dos primeiros ao

---

é por demais conhecida para que se justifique ser aqui retomada. Basta recordar que muitos consideram noções corriqueiras no direito, como as de “ordem pública”, “bem comum”, “justiça” ou “boa-fé” praticamente como fórmulas mágicas (ZENO-ZENCOVICH, 2011, p. 01-23).

18 Não se realizará aqui, no entanto, nenhum esforço conceitual para extremar os campos do mito, da magia, da religião e da superstição, e suas correlações. Sobre o tema da transição da magia à religião e do mito à teologia, confira-se SACCO, 2007.

19 Segundo Rodolfo Sacco, não apenas a relação entre direito e sobrenatural é antiga e persistente durante longo tempo como se encontraria presente ainda hoje, de modo explícito, no continente africano, por exemplo, onde o direito sempre ostentou caracteres divinos ou sacros, e implícito nos outros continentes (SACCO, 2007).

vulgo/profano (TAMAYO Y SALMORÁN, 1980). Outras metáforas seriam possíveis, como, por exemplo, a que colocaria os primeiros na posição de deuses olímpicos e os últimos na de sacerdotes ou oráculos.

Certamente este não é o único autor a traçar tal paralelo entre os dogmas religiosos e a dogmática jurídica. O vínculo, aliás, encontra-se patente, desde logo, na etimologia e na semântica do próprio vocábulo dogmática. Tampouco este é o único paralelo passível de ser traçado.<sup>20</sup>

As próprias conceptualizações weberianas sucintamente examinadas acima evidenciam os diferentes estágios de um processo histórico que se origina da criação carismática de normas por parte de profetas jurídicos, como anciãos e magos a um sistema de instituição sistemática do direito e de administração profissional da justiça por juristas especializados (TREVES, 2004).<sup>21</sup>

Segundo Rodolfo Sacco, a despeito das diferenças existentes do direito praticado no século V. a.C. relativamente ao direito praticado 50.000 ou 500.000 anos antes, “a relação entre sobrenatural e direito, especificamente a incidência do mágico e do sacro sobre o poder jurídico, ultrapassa o período das sociedades com poder difuso” (SACCO, 2007, pp. 121-122).

As semelhanças e analogias entre direito, de um lado, e magia, religião ou superstição, de outro, são numerosas.<sup>22</sup> Do mesmo modo que na religião e na mitologia deuses ou seres sobrenaturais criam realidades, mundos e seres apenas com palavras, também assim parece ocorrer no ideário jurídico.

20 Do mesmo modo que o direito comumente é acessível apenas para alguns iniciados e inacessível ao cidadão comum, o pensamento supersticioso também possui seus “oficiais”, como o adivinho, o mago, a bruxa, e assim por diante ZENO-ZENCOVICH, 2011, p. 01-23; SACCO, 2007.

21 Assim, como ensina Weber, o desenvolvimento das qualidades formais do direito se dá a partir de uma combinação entre formalismo magicamente condicionado e irracionalidade condicionada por revelações no direito primitivo passando por fases intermediárias, como a racionalidade material condicionada por motivos teocráticos, até chegar a formas mais racionais de direito WEBER, 2004. Gilissen igualmente afirma que o direito das sociedades arcaicas encontrava-se impregnado de crenças religiosas e sobrenaturais (GILISSEN, 1986).

22 Ao colocar a religião aqui, juntamente com a magia e com a superstição, nada há de laicismo, concebido em sentido próprio como visão depreciativa da atitude religiosa. A oposição de fundo é entre a racionalidade e a “irracionalidade” do mítico, místico, mágico e religioso. Ao fazer esta observação, tampouco há qualquer inspiração evolucionista que implique depreciação do pensamento mítico ou mágico.

É Tamayo y Salmorán quem, em outro estudo, chama a atenção para a utilização das palavras no campo jurídico. Adicionalmente ao uso ilocucionário da linguagem – os juristas praticam atos com palavras –, o autor mexicano chama a atenção para o fato de que, com palavras, os juristas e outras pessoas criam e transformam um mundo ideal – que não obstante é considerado real –, “criando” as “entidades” que os povoam, praticamente em um exercício daquilo que chama de “demiurgia jurídica”, em alusão evidente ao demiurgo platônico (TAMAYO Y SALMORÁN, 1993).

Na esteira do pensamento de Olivecrona, aquele autor recorda que o universo conceitual jurídico, integrado por noções misteriosas e esotéricas, como as de “direitos”, “obrigações”, “faculdades”, “poderes”, entre outros, não se referem a realidades empiricamente verificáveis, a despeito de parecerem efetivamente reais no imaginário geral e no dos juristas em particular (TAMAYO Y SALMORÁN, 1993).<sup>23</sup>

Para o autor, o fenômeno em questão poderia ser representado pelo brocardo latino “*verbum ex machina et homo dixit: fiat ius, et ius factum est*” – ou seja, nessa visão, são as palavras que, como num passe de mágica, transformam a realidade. O autor observa que no direito, como no pensamento mágico, verifica-se ser amplamente difundida a crença de que certas palavras, pronunciadas em certas circunstâncias por certos indivíduos, afetam a realidade e, por vezes, atingem inclusive o passado (TAMAYO Y SALMORÁN, 1993).<sup>24</sup> Afirma o professor mexicano que

Os direitos, obrigações e outros entes jurídicos são considerados ‘efeitos’ de frases sacramentais. Não é assombroso? Falamos como se o discurso jurídico tivesse o incrível poder de estabelecer uma relação genética entre certas fórmulas e os ‘efeitos’ jurídicos, daí ‘demiurgia’. Costuma ser habitual pensar que os direitos e os deveres são criados, que os direitos são transmitidos e que as faculdades são conferidas. Mas o extraordinário do caso é que esta ‘criação’,

23 Recorde-se, aqui, representando todos os autores realistas, céticos quanto aos conceitos metafísicos da dogmática jurídica, Ross, em seu clássico texto “Tû-tû” (ROSS, 2004).

24 Nas palavras do autor: “Certas frases são proferidas diante de um notário, na presença de testemunhas e “abracadabra”! a propriedade imóvel foi transmitida, alguém se converteu, realmente, em proprietário e outrem deixou de sê-lo. Apenas com a pronúncia de certas palavras, a ‘propriedade’ (o que quer que isso seja) ‘transmigrou’ de um indivíduo para outro. Assim, dizendo palavras (constem por escrito ou não), são demiurgicamente ‘criados’ os ‘entes’ jurídicos. Certos indivíduos declaram algo e “zaz”! ‘cria-se’ uma sociedade anônima, um município ou um Estado (ou corpo político).” TAMAYO Y SALMORÁN, 1993, pp. 199-200. Tradução livre do autor.

‘transmissão’ o ‘atribuição’ são realizados mediante declarações verbais. Quando usamos esta linguagem parece que nos movemos em uma ‘realidade’ similar à do mundo sensível conhecido (TAMAYO Y SALMORÁN, 1993, p. 200) (tradução livre do autor).

O mesmo autor chama a atenção para o fato de que Hägerström, tendo estudado profundamente o direito grego e o direito romano em suas fontes históricas, constatou o estreito vínculo entre tais sistemas jurídicos e o pensamento mágico e religioso (TAMAYO Y SALMORÁN, 1993).<sup>25</sup>

Como ensina o professor mexicano, “Hägerström constatou que os antigos conceitos romanos, tais como *ius, dominium, possessio*, etc., não são outra coisa senão conceitos mágicos.”<sup>26</sup> (TAMAYO Y SALMORÁN, 1993). Evidencia ainda que Hägerström sustentava ser equivocada a visão que atribuía um caráter mágico apenas ao antigo direito bárbaro, defendendo ponto de vista segundo o qual tanto a força do *ius privatum* quanto a do *ius publicum* romanos repousavam sobre regras firmemente conexas com ideias mágicas (TAMAYO Y SALMORÁN, 1993).

Hespanha, por sua vez, identifica como características do Direito Romano no período arcaico (753-130 a.C.), entre outras, o caráter sacro do direito, os ritos e fórmulas mágicas e a natureza oracular do discurso jurídico, oriundo dos pontífices (HESPANHA, 2005).

Ou seja, o pensamento de Hägerström (e de inúmeros outros autores) evidencia as relações genéticas e profundas entre o direito e o pensamento pré-moderno que costuma atualmente ser rotulado como irracional, o que fornece uma importante pista para investigações sobre a ora proposta.<sup>27</sup>

25 Aliás, convém recordar que na mitologia grega clássica, Diké ou a justiça não era ninguém menos do que a deusa filha de Zeus, o que parece uma metáfora perfeita para o vínculo que se evidencia. De um ponto de vista antropológico e histórico, basta rememorar a identidade originária do chefe religioso e do chefe político ou, posteriormente, os vínculos entre ambos. Sobre o tema ver, entre tantos, CLAESSEN, 1979 (especialmente o Capítulo V, intitulado “a política e o sagrado”); HOEBEL; FROST, 2006 (especialmente os capítulos 17 e 18, mas igualmente os capítulos 19 a 21); SACCO, 2007. (especialmente o item 3 do capítulo 6 e, naturalmente, o capítulo 9). Entre os autores brasileiros, remete-se a MELLO, 2005 (especialmente capítulos XIV e XV).

26 Tradução livre do autor. Observa Olivecrona que também Jhering e Summer Maine chegaram próximos das teses de Hägerstrom. TAMAYO Y SALMORÁN, 1993, pp. 199-200. Gilissen considera, no entanto, que em alguns casos, como na visão de Summer Maine, exagerou-se na relação entre direito e religião (GILISSEN, 1986).

27 A relação entre direito e sobrenatural é bastante evidente, podendo ser ilustrada, por exemplo, nos meios jurídicos sobrenaturais utilizados principalmente em sociedades simples. Hoebel e Frost

Tamayo y Salmorán evidencia, ainda, que a mesma noção de que encantamentos, fórmulas, conjurações podem afetar a realidade parece encontrar-se presente, embora em vestes racionalizadas, no pensamento jurídico, que, desse ponto de vista, pode ser muito mais “primitivo” (com a devida vênia pela carga ideológica evolucionista da expressão) do que o legado racionalista e iluminista permitiria permitir perceber.

Lembre-se, ainda, por relevante, que a legitimação é, de acordo com Weber, o processo de conversão da violência em autoridade (2004b). Desse ponto de vista, um mesmo curso de ação que sob a lei hipotética A possa ser considerado ato ilícito e, conseqüentemente, manifestação de violência ilegítima, convola-se, como que magicamente, com a entrada em vigor de uma lei hipotética B, em ato de autoridade em termos weberianos, i.e., em ato de violência legítima.

A autoridade e o correlato (presumido) dever de obediência repousam, assim, sobre a simples crença do indivíduo na legitimação legal-racional e na “validade” da lei, podendo ser tão supersticiosa quanto qualquer outra crença.

O paralelo sobre o modo quase supersticioso como da crença na “validade” do direito deriva a crença em um dever de obediência do destinatário das normas jurídicas na teoria jurídica contemporânea possui evidente paralelo com o modo como o poder mágico ou religioso do xamã ou sacerdote legitimava o poder político da sociedade laica e fundava o dever de obediência ao mesmo (SACCO, 2007).

Com efeito, ensina Zeno-Zencovich (2011) que parece existir uma indissociabilidade do direito relativamente à magia e à religião, tanto a partir de uma perspectiva antropológica como histórica.<sup>28</sup> Abordando diversos aspectos de interconexão entre direito e pensamento supersticioso (“irracional”), observa o autor que

O primeiro e mais óbvio são os rituais que regem os procedimentos judiciais, e que, através das eras, se transformaram em regras de procedimento, embora ainda mantenham elementos de magia: as togas, as vestes talares, as perucas, o

---

recordam entre tais meios o recurso à adivinhação, à maldição condicional, aos juízos de Deus e, ainda, ao juramento HOEBEL; FROST, 2006. Sobre a temática, veja-se ainda SACCO, 2007, que recorda que, entre outras coisas, a magia permite provar os fatos. Recorde-se que os juízos de Deus foram utilizados em certos lugares da Europa pelo menos até meados do século XVI, mesmo após o Concílio de Latrão, em 1215, e que o juramento sobre a bíblica, por exemplo, ainda é utilizado em alguns sistemas jurídicos contemporâneos.

28 Também este autor recorda as origens mágico-religiosas do antigo Direito Romano e dos direitos germânicos.

martelo ou o cetro cerimonial que são envergados e utilizados pelos diversos atores do jogo judicial possuem um sentido simbólico profundo que é incorporado por eles e transferido às partes dos procedimentos e à comunidade (ZENO-ZENCOVICH, 2011, p. 11).<sup>29</sup>

Ele observa, ainda, que originalmente, a *juris-dição* originalmente era arcana e esotérica, sendo o veredicto proferido a partir de motivos não explicitados nem racionalizados – praticamente um oráculo délfico – durante largo arco temporal, sobrevivendo a prática da motivação das decisões apenas nos séculos XVIII e XIX (ZENO-ZENCOVICH, 2011).<sup>30</sup>

É Zeno-Zencovich que chama a atenção para outro interessante paralelo, a saber, aquele existente entre direito e superstição, na medida em que ambos acabam por se revelar como sistemas normativos, regulando o comportamento humano e (supostamente, de acordo com a crença de quem crê) conectando condutas e consequências.

Do mesmo modo como as pessoas presumivelmente conhecem as normas jurídicas e suas consequências (uma ficção em muitos casos), podendo evitá-las ou buscá-las, conforme o caso, no âmbito das crenças supersticiosas as pessoas que nelas creem conhecer aquilo que atrai boa ou má-sorte – de um trevo de quatro folhas a quebrar um espelho –, normalmente tentando buscar ou evitar tais condutas (ZENO-ZENCOVICH, 2011).<sup>31</sup>

Pode-se observar, ainda, que o formalismo, tão familiar aos juristas, também se encontra presente nas crenças supersticiosas – assim como em rituais mágicos e religiosos –, e uma

---

29 Tradução livre do original em inglês. Como lembra o autor, outros elementos ritualísticos estão presentes nos atos processuais.

30 O mesmo se aplica ao júri, com seu profético “sim” ou “não”, tomado em segredo, como nos lembra Zeno Zencovich. Afirma ele a existência de “uma crença amplamente difundida de que essa seria inclusive a forma mais aceitável de justiça. De nenhum modo racional, mas com base principalmente em sentimentos, crenças, paixões, tomando o lugar que nas mais antigas formas de drama pertence ao coro, que se situa como intérprete entre os deuses e o destino do indivíduo” ZENO-ZENCOVICH, 2011, p. 12. Tradução livre do autor.

31 Há que se observar, portanto, que a superstição não pode ser considerada completamente irracional, sendo inspirada, inclusive, em sua própria concepção de causalidade. Como observa Zeno-Zencovich, “a força da superstição encontra-se em sua lógica post hoc ou ergo propter hoc, que tenta explicar que de outro modo poderia parecer inexplicável. Seria um erro imaginar que essa poderia ser uma ideia aceitável no passado, e não nos tempos atuais, tecnológica e cientificamente dominados.” ZENO-ZENCOVICH, 2011, p. 15. Tradução livre do autor. Hoebel e Frost evidenciam que o recurso a meios sobrenaturais é mais comum em sociedades mais complexas (agropastoris) e mais raro em sociedades mais simples (caçadores e coletores), atribuindo isso à maior complexidade das relações sociais nas últimas e a necessidade do recurso ao sobrenatural para provar fatos, por exemplo, se torna premente (HOEBEL; FROST, 2006).



vez que algo que é tido como atrativo de má-sorte ocorre, não raro se crê que ritos mais ou menos elaborados podem afastar o mal resultante (ZENO-ZENCOVICH, 2011).

Nesse sentido, o fenômeno da legislação simbólica pode estar muito mais próximo do pensamento supersticioso do que à primeira vista poderia parecer, funcionando a legislação como uma espécie de amuleto.<sup>32</sup>

O processo legislativo pode, assim, ser visto como objeto de superstição, sendo comumente passível de ser interpretado como criador de sensações de ordem ou de segurança.<sup>33</sup> Este aspecto poderia estar vinculado, talvez, como a tendência à expansão das normas jurídicas (inflação legislativa), que na atualidade chegam a regular os mínimos aspectos da vida cotidiana, segundo Zeno-Zencovich (2011).

O autor observa, inclusive, que o crescente clamor por regulação jurídica para as mais variadas situações frequentemente podem estar baseados em falsas compreensões da realidade – donde decorre sua proximidade com a superstição, comumente associada à falsa compreensão dos fenômenos que visa explicar ou controlar (ZENO-ZENCOVICH, 2011).<sup>34</sup>

Assim, resta evidenciado que as sociedades modernas creem no direito como meio de afastar “feitiços indesejáveis” (mazelas ou males sociais), de maneira mais ou menos ampla (ZENO-ZENCOVICH, 2011).<sup>35</sup>

Um aspecto crucial que é objeto de ponderação é o fato de que a visão racionalista do direito é uma crença, assim como as crenças supersticiosas. Desse modo, torna-se possível

---

32 Sacco sustenta ter ocorrido a permanência do pensamento mágico no âmbito jurídico em todos os continentes, ainda que de modo implícito (SACCO, 2007).

33 “Muitas comunidades sentes fortemente a necessidade de serem dirigidas, os indivíduos precisam saber que aquilo que fazem é certo, e temem estar violando alguma regra (desconhecida para eles). A legislação, assim como outras regulações, preenchem um vazio o *horror vacui* e cria uma zona de conforto. Viver de acordo com as regras tem um efeito assecurador, e imuniza contra (re)ações negativas daqueles que detêm o poder de sancionar e de punir.” ZENO-ZENCOVICH, 2111. Note-se que no raciocínio evidencia-se um aspecto que evidencia forte aproximação da observância da lei com certas práticas supersticiosas, em situações como aquelas nas quais a punição dificilmente sobreviria, e ainda assim a crença na lei e nos eventuais efeitos adversos do descumprimento da mesma possui efeito sobre o comportamento do destinatário.

34 O autor compara a legislação que atende a clamor social em momentos de crise, em certos casos, apesar da formalidade de aparência perfeitamente racional do “ritual legislativo”, a unguentos mágicos aplicados por um charlatão. ZENO-ZENCOVICH, 2011.

35 “O sobrenatural pode oferecer ao direito auxílios de todo tipo: pode legitimar o poder, pode ditar ou sugerir o conteúdo da norma, pode oferecer motivos para temperar a norma, pode proporcionar a comprovação do fato, pode indicar onde estão o certo e o errado.” SACCO, 2007, p. 212. Tradução livre do autor.

analisar o direito não necessariamente como uma forma de crença supersticiosa em si mesmo, mas como o resultado de crenças supersticiosas, em diferentes medidas (ZENO-ZENCOVICH, 2011).

Recorda Tamayo y Salmorán que o próprio Hägerström evidenciou que considerava místico ou mágico o poder conferido pelo direito por constituir uma capacidade de controlar pessoas ou coisas, embora sem fundamento na realidade empírica (TAMAYO Y SALMORÁN, 1993).

Evidentemente tal visão pode ser objetada. Pode-se sustentar, por exemplo, que a crença jurídica em um direito de propriedade, por mais abstrato e metafísico que tal conceito possa ser, ganha concretude empírica quando se torna possível acionar tribunais e outros aparelhos estatais para, com o uso da força, se necessário for, fazer prevalecer as prerrogativas do proprietário.

Não obstante, se isso é verdadeiro para grande parte das normas jurídicas, não é necessariamente verdadeiro para todas, como demonstra o velho e tormentoso problema da relação da validade das normas jurídicas com sua eficácia. Basta pensar em casos possíveis e talvez provavelmente comuns nos quais um indivíduo cumpre uma norma por uma crença (falsa) da possibilidade de sofrer uma sanção.

Isso pode se dar por várias razões. A norma pode até realmente existir (ou viger) formalmente, mas a autoridade pode já não mais aplicá-la, ou raramente fazê-lo. Ou ainda a norma pode ter sido revogada e o indivíduo não ter conhecimento disso.

De qualquer modo, se a cumpre, ainda que com base em uma ação prudencial de base evidentemente racional, age baseado em uma falsa crença, do mesmo modo que o supersticioso ajusta seu comportamento com base em crenças consideradas falsas de um ponto de vista científico para evitar consequências indesejáveis decorrentes de uma falsa concepção de causalidade, segundo o mesmo ponto de vista.<sup>36</sup>

Em suma, parece possível afirmar que a ampla difusão do racionalismo propagado pelo Iluminismo no século XVII e a associação dos juristas com a prestigiosa ideia de ciência, com o conseqüente advento de uma ideia de Ciência Jurídica ao longo do século XVIII, tal

<sup>36</sup> Recorde-se, nesse ponto, que não são poucos os autores que reconhecem a importância do cumprimento espontâneo das normas jurídicas para a manutenção de qualquer ordem jurídica. BOBBIO, 2006. E, possivelmente, um grande número de normas atualmente existente que pretende regular a vida em sociedade inclusive em seus pormenores, como observa Zeno-Zencovich, pode revelar-se, de fato, puramente simbólico, pela impraticabilidade de fiscalização e aplicação minimamente razoável – e não puramente aleatória – de sanções.

associação pode ocultar algo muito antigo e plausivelmente ainda presente no fenômeno jurídico, embora de modo oculto.<sup>37</sup>

## 5 CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu explorar parte das complexas relações que parecem poder existir entre direito e crença (inclusive a “irracional” ou “supersticiosa”) e, neste sentido, evidenciar possíveis limites da concepção legal-racional de direito, amplamente difundida.

Uma das conclusões de Zeno-Zencovich em seu estudo sobre direito e superstição é que a persistência da última no campo jurídico, mesmo tendo transcorrido três séculos do início do esforço iluminista (ZENO-ZENCOVICH, 2011).

Isto pode se dar, talvez, em virtude do fato de que o direito moderno opera em parte como a superstição, a magia a religião, ao atender a necessidades psicológicas humanas inatas, como o desejo de segurança (de modo análogo com o que ocorre com a ciência, que atende em boa medida a fundamental necessidade humana de compreensão do mundo).

Se tal constatação for correta, isso provavelmente significa que dificilmente se verificará a completa depuração de tais elementos do direito. Adaptando-se ensinamento de Jerome Frank (1932), o elemento humano é ineliminável do direito.

As indagações como as feitas no presente trabalho não se prestam a mero diletantismo, mas buscam proporcionar um aprofundamento na compreensão do próprio direito, investigando, em última análise, o quão racional pode ser o direito (ZENO-ZENCOVICH, 2011).

Visam, ainda, evidenciar que não se pode exagerar na ideia de racionalização do direito, pois parece plausível sustentar a existência de um elemento ineliminável de “irracionalidade” no mesmo, desde suas origens a seus fundamentos até os dias atuais, como demonstra o fenômeno quase supersticioso da legislação simbólica.

Isso sugere a necessidade de uma revisão da Teoria do Direito para que esta seja capaz de fugir aos excessos da racionalização e formalização na concepção de seu objeto, e para, assim, aprofundar a compreensão humana sobre o mesmo.

---

37 Oportuno recordar que nada menos do que o terceiro principal sistema jurídico contemporâneo em termos de abrangência, a “*Shar'ia*” ou Direito Muçulmano, é direito de cunho religioso (SACCO, 2007).

Além disso, a compreensão dos elementos irracionais presentes em todos os aspectos da vida humana, inclusive no direito, pode repercutir na regulação jurídica de âmbitos importantes da vida, problematizando conceitos racionalistas, como os representados no direito romano-germânico pela figura do *bonus paterfamiliae* e em seu equivalente do *Common Law*, o “*reasonable man on the Clapham omnibus*” – correspondentes aproximados do *homo oeconomicus* da teoria microeconômica contemporânea (ZENO-ZENCOVICH, 2011).

Talvez muito mais do que possa parecer, o homem do direito contemporâneo seja, ainda, em boa medida, o antigo *homo mysticum* (TAMAYO Y SALMORÁN, 1993), e talvez muito da atitude do destinatário das normas atual seja, em boa medida, semelhante à do supersticioso.

É possível que a vivacidade com que ainda grassam na teoria jurídica os conceitos abstratos, ideais, metafísicos – apesar de todos os aportes proporcionados seja por disciplinas como a Antropologia, a História ou a Sociologia, seja por abordagens como as realizadas pelas diversas vertentes do realismo jurídico – sejam uma evidência dessa possibilidade.

A frequência com que é possível encontrar hipostasiamentos no pensamento jurídico atual talvez seja um indicativo do quão ficcional seja a concepção racionalizada do direito, sustentada pela ortodoxia da Teoria do Direito, estando esta, portanto, a reclamar uma revisão.

## REFERÊNCIAS

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Trad. Maurício de Andrade. Barueri, Manole: 2005.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico, o**: lições de filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CLAESSEN, Henri J. M. **Antropología Política**: estudio de las comunidades políticas. Trad. Guillermo F. Margadant. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1979.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Principios generales del Derecho, los**. Trad. Juan O. Morales. Barcelona: Bosch, 1933.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Tradução de René E. Gertz. Brasília, DF: UnB, 1986.
- FINNIS, John. **Natural Law & Natural Rights**. 2 ed. Nova Iorque: Oxford, 2011.
- FRANK, Jerome. Mr. Justice Holmes and Non-Euclidean Legal Thinking. **Cornell Law Review**, v. 17, n. 4, jun. pp. 568-603, 1932.
- FULLER, Lon L. **Morality of Law, the**. New Haven: Yale, 1969.
- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. António Manuel Hespanha; L. M. Macaísta Malheiros. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- GRANDE, Elisabetta. L'apporto dell'Antropologia alla conoscenza del diritto. **Rivista Critica del Diritto Privato**, anno XIV, n. 3, , set. p. 467-500, 1996.
- HART, Herbert L. A. **Conceito de Direito, o**. Trad. Antonio de O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- HOEBEL, E. Adamson; FROST, Everett L. **Antropologia Cultural e Social**. Trad. Euclides Carneiro da Silva. São Paulo: Cultrix, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José F. Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MELLO, Luiz Gonzaga de. **Antropologia Cultural: iniciação, teoria e temas**. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- MORRISSON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofía del Derecho**. [s.t.]. 2 ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1944.

RAZ, Joseph. **Concepto de Sistema Jurídico**, el. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1986.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tû-Tû**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia giuridica**. Milão: Il Mulino, 2007.

\_\_\_\_\_. **Anthropologie Juridique: apport à une macro-histoire du Droit**. Trad. Paris: Dalloz, 2008.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. Introducción a la Ciencia del Derecho y a la interpretación jurídica: la jurisprudencia romana. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, ano XIII, n. 39, set./dez. pp. 821-869, 1980.

\_\_\_\_\_. Language del derecho y demiurgia jurídica (entre actos ilocucionarios y actos mágicos). **Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, n. 13. pp. 195-225, 1993.

TREVES, Renato. **Sociologia do Direito: origens, pesquisas e problemas**. Trad. 3 ed. Barueri: Manole, 2004.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. v. 1. Trad. Regias Barbosa; Karen E. Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2004.

\_\_\_\_\_. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. v. 2. Trad. Regias Barbosa; Karen E. Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2004.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. The Dark Side of The Force: superstition and/as law. **Comparative Law Review**, v. 2, n. 2. pp. 01-23, 2011.