

# ORDEM FLUIDA E JUSTIÇA ESTÁVEL: ENSAIO DE UMA TEORIA IMPURA DO DIREITO

Daniel Vieira Gonçalves  
Daniel Vieira Gonçalves,  
Universidade do Estado de  
Mato Grosso, <https://orcid.org/0000-0001-8823-735X>

André Trapani Costa  
Possignolo  
Universidade do Estado de  
Mato Grosso, <https://orcid.org/0000-0002-9453-362X>

Data de submissão:  
08/02/2021  
Data de aceite:  
03/05/2021

## Smooth order and stable justice: Essay of a impure theory of law

### RESUMO

O presente artigo busca responder de que modo seria possível conjugar ordem e justiça na aplicação do Direito. Seguindo uma metodologia analítica, a primeira seção busca delinear o que não seria Direito com o fito de fornecer diretrizes para a definição de um conceito próprio, na segunda seção, do que viria a ser Direito e de como o elemento humano influi na manifestação social do fenômeno jurídico. Constatou-se que, não obstante o Direito consista em um instrumento social que visa a instaurar e manter a ordem mediante a invocação, em maior ou menor grau, de preceitos de justiça, não raro a manutenção da ordem social e a efetivação material da justiça são pontos que se encontram em posições diametralmente opostas, o que justifica um estudo sobre o tema. Com base na literatura estudada, verificou-se que a figura humana autorizada, no caso, a autoridade competente, ao fixar o direito-norma, e o intérprete autêntico, ao proferir o direito-decisão, é capaz de desenvolver o verdadeiro Direito, ao mesmo tempo justo e estável, quando suas atuações jurígenas são conformadas pelos participantes não autorizados mediante uma atuação política (não jurídica) de constrangimento das arbitrariedades, uma vez que, quer se queira, quer não, o motivo último de toda decisão é o olhar esbugalhado da górgona do poder — em outras palavras, um ato volitivo do decisor.

**Palavras-chave:** Autoridade Competente. Intérprete autêntico. Dogmática jurídica. Teoria da Decisão.



## Abstract

This paper seeks to find a possible combination between order and justice in the application of Law. The research follows an analytical methodology. The first section seeks to outline what would not be Law in order to provide guidelines to be used in the second section, in which the paper proposes an original concept of what would become Law and about how the human element influences the social manifestation of the legal phenomenon. The results shows that, despite of Law consisting in a social instrument that aims to establish and maintain order through the invocation, to a greater or lesser extent, of precepts of justice, often the maintenance of social order and the material realization of justice are in diametrically opposite positions, which justifies a study on the subject. The studied literature made it possible to find that the authorized human figure—in this case, the competent authority, when setting the norm-law, and the authentic interpreter, when uttering the decision-law—is able to develop the true Law, by at the same time fair and stable, when their legal actions are shaped by unauthorized participants through a political (non-legal) action to constrain arbitrariness, since, like it or not, the ultimate reason for every decision is the wide-eyed gaze of the Gorgon of power—in other words, a volitional act by the decision maker.

**Keywords:** Competent authority. Authentic interpreter. Legal dogmatic. Decision theory.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a influência humana na manifestação do fenômeno jurídico no ambiente social, buscando aferir de que modo o ser humano interage com a ordem jurídica na busca pela obtenção de um resultado justo<sup>1</sup>.

Para tal fim, executar-se-á uma pesquisa de natureza teórica e cunho bibliográfico-documental em virtude das fontes utilizadas, a saber, as “contribuições de diversos autores sobre determinado assunto”<sup>2</sup>.

Dessarte, busca-se extrair, analiticamente, um conceito próprio de Direito a fim de se compreender em que consiste o fenômeno jurídico, de que modo ele é produzido e como ele se manifesta a fim de se aferir o impacto do elemento humano no equilíbrio entre a manutenção da segurança jurídica e o exercício justo da equidade.

<sup>1</sup> Adiantando a discussão principal, neste trabalho adota-se um conceito objetivo de Justiça, que consiste no referencial ético de uma dada coletividade (GRAU, 2008; FERRAZ Jr., 1972; TELLES Jr., 1973).

<sup>2</sup> FINCATO; GILLET, 2018, p. 51.

## O primeiro passo para se entender o que é Direito é delimitando aquilo que não é Direito.

Para tanto, inicialmente procurar-se-á estabelecer o que não é Direito, delineando-se um conceito negativo (seção 1) a partir da análise dos conceitos Moral Social e Antidireito (subseção 1.1) à luz da necessidade de Ordem e de Justiça que o Direito reclama para si (subseção 1.2).

O intuito dessa exposição inicial é a de possibilitar a construção de um conceito de Direito (seção 2) que contemple, dialogicamente, os âmbitos do ser e do dever-ser referente às distintas manifestações do fenômeno jurídico e à interferência antrópica como elemento flexibilizador da ordem jurídica, posto que responsável pela introdução da justiça no ordenamento (subseção 2.1), e o modo pelo qual se deve dar essa atuação para que o sistema jurídico seja, ao mesmo tempo, justo e estável (subseção 2.2).

### 1 CONCEITO NEGATIVO DE DIREITO

O primeiro passo para se entender o que é Direito é delimitando aquilo que não é Direito<sup>3</sup>. Portanto, nesta primeira seção, buscar-se-á delimitar aquilo que não é Direito e o porquê de não o ser a fim de se possibilitar a definição do Direito, *a contrario sensu*, na seção subsequente.

#### 1.1 Moral Social, Direito e Antidireito

Frequentemente invocado como uma manifestação moral do fenômeno jurídico, o chamado direito natural se apresenta como uma das incógnitas do pensamento jurídico. Outrora validado como sendo um aspecto da natureza, a própria vontade divina ou um fruto da razão humana, a discussão acerca da invalidade do pretense Direito vivido e sentido, mas não anunciado, ganhou força com o advento do juspositivismo e a unificação das instâncias produtoras do Direito, durante a Era Moderna, pelo Estado<sup>4</sup>.

Para Telles Jr.<sup>5</sup>, o termo direito natural possui carga semântica distinta daquela à qual usualmente se encontra conectado. É que, para o

<sup>3</sup> LYRA Filho, 2017.

<sup>4</sup> Por não se tratar do tema central deste artigo, servindo apenas de substrato teórico, não se abordará a discussão acerca da evolução do pensamento jurídico. Para maiores detalhes, cf. Melo (2013).

<sup>5</sup> TELLES Jr., 1974.

**Cumpra ressaltar que nem todo direito positivo será direito natural, seja porque desde a origem não corresponde ao referencial ético da coletividade, seja porque essa não correspondência deu-se de forma superveniente com a evolução da sociedade.**

autor, o “conjunto de primeiros e imutáveis princípios da moralidade”<sup>6</sup> consistiria na Moral Social, não no que normalmente se denomina direito natural.

Isso porque, nas suas palavras,

[i]nsistir em conferir [... aos primeiros e imutáveis princípios morais] o nome de Direito Natural é permanecer aferrado a velhas concepções, a preconceitos que tiveram sua razão de ser num tempo em que uma incipiente Ciência do Direito ainda confundia Moral e Direito, não conseguindo distinguir, com rigor, a norma jurídica. [...]

*Um Direito natural é sempre o Direito positivo de uma sociedade.*<sup>7</sup>

Cumpra ressaltar que nem todo direito positivo será direito natural, seja porque desde a origem não corresponde ao referencial ético da coletividade, seja porque essa não correspondência deu-se de forma superveniente com a evolução da sociedade<sup>8</sup>. Dessarte, estar-se-á a falar de direito natural toda vez que se tratar de “normas em que a inteligência governante da sociedade consigna os movimentos humanos que podem ser oficialmente exigidos, e os que são oficialmente proibidos, de acordo com o sistema ético reinante”<sup>9</sup>.

E, a fim de obedecer a essas normas, os movimentos humanos encontram-se delimitados dentro do meio social<sup>10</sup>. Haveria, nesse sentido, determinados movimentos, determinadas quantidades de energia, que podem se manifestar ou não, e movimentos oficialmente exigíveis ou proibidos, movimentos regrados pelo Direito, aqueles que conferem essência à sociedade<sup>11</sup>.

Uma vez que essa delimitação é efetuada por meio das normas jurídicas, os *quanta* humanos são por ela regrados. O que se exige, ou o que se proíbe, pelas vias oficiais são *quanta* de energia humana liberadas não de uma vez, mas sim em porções discretas — cada *quantum* consiste em um movimento que não pode deixar de se manifestar para que a sociedade seja o que é.

<sup>6</sup> TELLES Jr., 1974, p. 280.

<sup>7</sup> TELLES Jr., 1974, p. 281, grifos do autor.

<sup>8</sup> TELLES Jr., 1974.

<sup>9</sup> TELLES Jr., 1974, p. 282.

<sup>10</sup> TELLES Jr., 1974.

<sup>11</sup> TELLES Jr., 1974.

No limiar da matéria, há uma quantidade mínima de perturbação que, quando atingida, torna impossível ao observador não notar a partícula, sob pena de se ignorar a sua própria essência — são os objetos quânticos, corpúsculos de matéria percebidos pelas agitações que emitem ao adquirir ou liberar energia<sup>12</sup>.

Relembra Telles Jr.<sup>13</sup> que essas liberações e aquisições de *quanta* pelos elétrons, os famosos saltos, não são simples passagens de uma órbita para a outra, posto que modificam as nuvens eletrônicas no interior de cada átomo. A emissão e a absorção de *quanta* pelos elétrons sacodem o átomo, modificando a sua estrutura global.

Entendendo o átomo como uma sociedade de partículas quânticas, Telles Jr.<sup>14</sup> comenta que os saltos são regidos por leis de probabilidade, o que implica dizer que, fora os saltos impossíveis, os possíveis nem sempre são realizados, sendo só mais ou menos prováveis — ainda que, nos átomos mais densos, por vezes sejam executados os saltos proibidos, a mostrar que a infração de regras de conduta não ocorre apenas no âmbito antrópico do fenômeno jurídico<sup>15</sup>.

Na sequência, Telles Jr.<sup>16</sup> aponta que a sociedade humana, à semelhança da sociedade atômica, também possui movimentos exigíveis e movimentos proibidos, necessitando-se, para que os primeiros sejam feitos e, os segundos, vedados, de liberação de energia humana — liberação essa que se deve dar de forma comedida, discreta, conforme os limites impostos pelas exigências do movimento em si.

Essa movimentação humana, que acontece nos campos de influência de cada componente da sociedade, constitui interações recíprocas resultantes do encontro de *quanta* humanos — sendo essa, para o autor, a definição quântica de relações jurídicas.

É dizer: toda relação jurídica é uma relação quântica.

Nesse sentido, expõe o autor que:

[e]m cada relação jurídica, movimentos comedidos de uns propiciam movimentos comedidos de outros. Esses movimentos são comedidos, em razão de dois fatores. Primeiro, porque são, somente,

<sup>12</sup> TELLES Jr., 1974.

<sup>13</sup> TELLES Jr., 1974.

<sup>14</sup> TELLES Jr., 1974.

<sup>15</sup> TELLES Jr., 1974.

<sup>16</sup> TELLES Jr., 1974.

**[...] uma vez que os seres humanos são objetos quânticos para o Direito, as suas relações jurídicas são interações quânticas e o Direito é a “ordenação quântica das sociedades humanas”, o que se aplica às classes inferiores (atômico, molecular, celular, histológico etc.) se estende à instância humana.**

os movimentos autorizados pelas normas jurídicas. São, apenas, os movimentos produzidos por quem tem o Direito Subjetivo de produzi-los. Segundo, porque em cada relação jurídica, Direitos Subjetivos de uns e de outros se confrontam e, depois, se compõem, limitando-se reciprocamente, a fim de que deles resultem movimentos convenientes para uns e outros.

*As, interações, nas relações jurídicas, são quânticas, porque as ações correlatas, de que elas se constituem, não são quaisquer ações, mas, precisamente, as ações que as normas jurídicas autorizam e quantificam.<sup>17</sup>*

O direito objetivo, sob esse prisma, é o ordenador de algumas interações humanas, especialmente aquelas necessárias para assegurar que a sociedade seja aquilo que ela precisa ser, “um meio a serviço dos fins humanos”<sup>18</sup>, mediante a garantia de que para cada direito corresponderá uma obrigação.

Dessarte, uma vez que os seres humanos são objetos quânticos para o Direito, as suas relações jurídicas são interações quânticas e o Direito é a “ordenação quântica das sociedades humanas”<sup>19</sup>, o que se aplica às classes inferiores (atômico, molecular, celular, histológico etc.) se estende à instância humana.

Nesse sentido, pode-se dizer que:

em matéria de ordenação, por meio do Direito, *tudo é possível*. Assim como a proteína reguladora deve ser considerada como um produto especializado em “engineering” molecular, assim também o Direito deve ser considerado como um produto de uma inteligência especializada em “engineering” social. Assim como nenhuma imposição química decide da atuação das referidas proteínas, assim também nenhuma imposição *absoluta* determina o Direito. Assim como essas proteínas se dirigem com autonomia, em conformidade com os interesses fisiológicos da célula, assim também o Direito, livre de imposições *absolutas*, se pode dirigir pelos interesses reais da sociedade, de acordo com os sistemas de referência efetivamente vigorantes. Pode o Direito não se sujeitar a não ser aos fins que a sociedade almeja.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> TELLES Jr., 1974, p. 284-285, grifos do autor.

<sup>18</sup> TELLES Jr., 1974, p. 285, grifos do autor.

<sup>19</sup> TELLES Jr., 1974, p. 285.

<sup>20</sup> TELLES Jr., 1974, p. 285, grifos do autor.

Desse exposto, conclui Telles Jr.<sup>21</sup> que as leis humanas, assim como os demais regramentos da sociedade cósmica, são leis de probabilidade, sendo o ordenamento jurídico o ramo da ordenação universal que vige a nível humano. Desse modo, assim como a Física é incapaz de dizer qual percurso será escolhido por um elétron, a Ciência do Direito também é impotente para anunciar qual será o proceder de um homem ou de um grupo humano. O que lhe compete, isso sim, é dizer qual trajetória é mais provável de ser seguida em virtude de ser a mais consentânea com o referencial ético em vigor — cabendo ao direito objetivo apenas preconizar esse proceder.

Não raro, porém, o direito objetivo não reflete o referencial ético da coletividade que rege, fato que se daria em virtude de normas entortadas “pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido”<sup>22</sup>.

A vontade dos dirigentes estatais, continua o autor, é a de que Direito e lei sejam identificados como uma sinonímia perfeita, o que nem sempre é o caso. Não por outro motivo, o conceito de Antidireito, como proposto por Lyra Filho<sup>23</sup>, muito se assemelha ao que Telles Jr.<sup>24</sup> chama de Direito Artificial, cabendo ao jurista, no exercício do seu mister, ter em mente que o interesse público nem sempre se coaduna com o interesse social<sup>25</sup>.

A noção de Antidireito, enquanto negação do Direito, abre espaço para a discussão do Direito injusto, do Direito contrário ao entendimento social. Para Telles Jr.<sup>26</sup>, isso pode se dar quando a sociedade evolui e o direito objetivo deixa de corresponder aos anseios do sistema ético da coletividade — o chamado anciloseamento das estruturas jurídicas — ou quando a autoridade competente impõe àqueles que governa um direito objetivo dissonante do seu sistema ético de referência.

Quando isso acontece, diz o autor que o direito objetivo passa a ser um Direito artificial, isto é, um direito que “não exprime a realidade

<sup>21</sup> TELLES Jr., 1974.

<sup>22</sup> LYRA Filho, 2017, p. 4.

<sup>23</sup> LYRA Filho, 2017.

<sup>24</sup> TELLES Jr., 1974.

<sup>25</sup> GRAU, 2008.

<sup>26</sup> TELLES Jr., 1974.

**Assim como partículas e antipartículas subsistem no mundo quântico por um breve espaço de tempo antes de se anularem e produzirem energia, Direito e Antidireito coexistem em uma eterna luta dialética e dialógica em que as normas jurídicas são continuamente questionadas pelas diversas classes e grupos sociais a fim de se obter o conjunto normativo mais justo para todos.**

biótica da sociedade”<sup>27</sup>, forçando o aparecimento de interações humanas à sua margem.

A exclusão dos marginalizados pela classe produtora do Direito oficial é uma das principais consequências do Antidireito<sup>28</sup>. No entanto, não se deve pensá-lo como um mal em si mesmo, uma vez que a sua existência — em um contexto dialético — é não só esperada como necessária.

É dizer, assim como partículas e antipartículas subsistem no mundo quântico por um breve espaço de tempo antes de se anularem e produzirem energia, Direito e Antidireito coexistem em uma eterna luta dialética e dialógica em que as normas jurídicas são continuamente questionadas pelas diversas classes e grupos sociais a fim de se obter o conjunto normativo mais justo para todos.

Nesse sentido:

Justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. Mas até a injustiça como também o Antidireito (isto é, a constituição de normas ilegítimas e sua imposição em sociedades mal organizadas) fazem parte do processo, pois nem a sociedade justa, nem a Justiça corretamente vista, nem o Direito mesmo, o legítimo, nascem dum berço metafísico ou são presente generoso dos deuses: eles brotam nas oposições, no conflito, no caminho penoso do progresso, com avanços e recuos, momentos solares e terríveis eclipses. Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.<sup>29</sup>

Como se vê, ainda que a existência do Antidireito se verifique em um ambiente de imperfeição da realidade humana, não se pode perder de vista o contexto de busca pela autmelhoria social que marca a

<sup>27</sup> TELLES Jr., 1974, p. 280.

<sup>28</sup> LYRA Filho, 2017.

<sup>29</sup> LYRA Filho, 2017, p. 91



essência humana — a qual não se conforma, mas sim se irrequieta e se torna irresignada ante aquilo que lhe contraria.

## 1.2 Segurança Jurídica e Direito Pressuposto

Uma vez que, na subseção antecedente, foram apresentados os conceitos de Moral Social e de Antidireito, nesta, far-se-á a exposição dos motivos pelos quais ambos os conceitos não se enquadram na categoria Direito.

Se o interesse dos detentores do poder é convencer a todos de que Direito e lei são sinônimos, “não havendo Direito a procurar além ou acima das leis”<sup>30</sup>, negando juridicidade às normas da sociedade civil, é pelo modo de se encarar o Direito — enquanto *ordem* estabelecida ou ordem *justa* — que se distinguem as correntes positivista e iurisnaturalista, respectivamente<sup>31</sup>.

É notório que o embate entre Segurança e Justiça é antigo no meio jurídico<sup>32</sup>. Malgrado o Direito consista em um instrumento social que visa a instaurar e manter a ordem mediante a invocação, em maior ou menor grau, de preceitos de justiça, não raro a manutenção da ordem social e a efetivação material da justiça se encontram em posições diametralmente opostas.

É que, apesar de o conceito de Direito encontrar-se impregnado de ideais de justiça e de ordem social, não há espaço para idealismo. Justiça e ordem social, muito das vezes, não correspondem a uma mesma coisa, ainda que intimamente ligadas, sendo totalmente possível que instituições e institutos que asseguram a ordem social sejam considerados injustos, bem como que arranjos sociais de justiça sejam inaplicáveis por não se adequarem aos requisitos exigidos pelas normas que regem uma dada sociedade.

Eis, portanto, um embate comum na relação ordem social e justiça: enquanto a Justiça provoca revoluções sociais que afundam a estabilidade social, os institutos da Ordem Social obstaculizam a ascensão dos ideais de Justiça.

<sup>30</sup> LYRA Filho, 2017, p. 4.

<sup>31</sup> LYRA Filho, 2017.

<sup>32</sup> LYRA Filho, 2017; GRAU, 2008; FERRAZ Jr., 1972.

**Malgrado o Direito consista em um instrumento social que visa a instaurar e manter a ordem mediante a invocação, em maior ou menor grau, de preceitos de justiça, não raro a manutenção da ordem social e a efetivação material da justiça se encontram em posições diametralmente opostas.**

O motivo dessas inconsistências, conforme Grau<sup>33</sup>, seria a busca de cada direito por um equilíbrio entre cidadão e sociedade em virtude da pretensão do sistema jurídico de proteger e garantir a liberdade de cada indivíduo por ele regido mediante a subordinação dessa mesma liberdade ao interesse coletivo.

Por essa senda:

[d]e um lado, reconhecemos que o direito expressa um processo de estabilização de expectativas que não podem ser instáveis, que têm, ao contrário, de ser pressupostas como invariantes. Afirmar um direito instável é tão absurdo como construir com pedras fluidas. Por outro lado, sabemos, também, que desde o momento em que, por uma razão ou outra, haja desacordo quanto à solução normativa de um conflito, surge o problema da regra justa. A questão da justiça introduz na estrutura do direito um momento de flexibilidade.<sup>34</sup>

Sob esse prisma, a norma jurídica seria dotada de legitimidade quando sua essência correspondesse àquilo que o todo social consente a partir de suas experiências empíricas<sup>35</sup>. Desse modo, “[a] legitimidade é um conceito material, ao passo que a legalidade é um conceito formal”<sup>36</sup>, podendo-se dizer, no bojo dessa subdivisão, que é legítimo o direito posto consentâneo com o direito pressuposto — entendendo como direito pressuposto as manifestações da vontade de cunho jurídico que se verificam no âmbito da sociedade civil, reconhecidas ou não pelo direito positivado, e que condicionariam, em tese, a sua elaboração<sup>37</sup>.

Toda a questão, segundo Grau<sup>38</sup>, se resume a descobrir de que modo e em que momento o legislador exercita autoridade, o que demanda entender a relação Autoridade-Poder: a autoridade se edifica sobre a base de poder legítimo, sendo certo que a *auctoritas* dispensa a *potestas*, mas o inverso não pode ser verdadeiro — até porque a *potestas* sem *auctoritas* não é nada além de mera força.

Nesse sentido, não é o direito que alicerça a autoridade, mas sim a autoridade que o fundamenta. Não por outro motivo, apenas o

<sup>33</sup> GRAU, 2008.

<sup>34</sup> FERRAZ Jr., 1972, p. 100.

<sup>35</sup> GRAU, 2008.

<sup>36</sup> GRAU, 2008, p. 86, grifos do autor.

<sup>37</sup> GRAU, 2008.

<sup>38</sup> GRAU, 2008.

poder revestido de autoridade produz direito legítimo — uma vez que o poder sem autoridade é, *de per si*, ilegítimo.

Dizer que é legítimo o direito produzido com autoridade significa entender como legítimo o direito que expressa a cultura da sociedade a partir da qual foi forjado e que estabelece as diretrizes que esse mesmo todo social pretende seguir: são os ditames sociais que legitimam o direito posto e não o contrário<sup>39</sup>.

E essa legitimidade do direito posto, que não se confunde com a legalidade, deriva da autoridade que, a despeito do que muitos apontam, não encontra fundamento na *volonté générale*, muito menos na regra da maioria, mas sim nos padrões histórico-culturais construídos ao longo dos tempos e que se concretizam na atuação das forças materiais de produção<sup>40</sup>.

Dessarte, a autoridade em que se funda o direito legítimo, por assim dizer, não é aquela em que se supõe ouvida a vontade social momentânea, mas sim a daquele legislador que, captando os padrões histórico-culturais da sociedade à qual pertence, é capaz de reconhecer as aspirações sociais e o interesse social existentes.

Nesse sentido, a ilegitimidade dos textos normativos pode decorrer de duas razões<sup>41</sup>: ou o poder é ilegítimo, o que macula *ab ovo* o direito que dele deriva, ou o exercente do poder não possui autoridade, isto é, apesar de ser o detentor legítimo do poder, o seu exercício se encontra eivado — é dizer, o comando que emite não está de acordo com os padrões histórico-culturais dos destinatários.

Nesse último caso, em que falta autoridade no momento de produção da norma jurídica (leia-se, texto normativo), seria possível distinguir dois tipos de ilegitimidade: falar-se-ia de uma ilegitimidade originária quando o texto normativo, desde a sua criação, se encontra desvinculado da realidade social pré-existente e de uma ilegitimidade superveniente quando o texto normativo, originalmente criado conforme a realidade social, torna-se avesso ao direito pressuposto em virtude do “dualismo *imobilidade relativa das normas de direito posto x progressão contínua das realidades sociais*”<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> GRAU, 2008.

<sup>40</sup> GRAU, 2008.

<sup>41</sup> GRAU, 2008.

<sup>42</sup> GRAU, 2008, p. 92, grifos do autor

Como se vê, a legitimidade do direito posto é tema controverso, mormente em face da dinamicidade que caracteriza a vida social. Para Ferraz Jr.<sup>43</sup>, essa relação dinâmica se dá porque os juízos de valor que fazem referência às normas jurídicas são postulados, isto é, valores não determinados em si mesmos, cujo conteúdo depende da verificação e da comparação com outras variáveis em um processo de avaliação.

Sistemas jurídicos tendem a simplificar o conflito que se apresenta, a fim de escolher entre algumas poucas possibilidades, pois a simplificação, ao neutralizar os aspectos mais dissonantes mediante a utilização de uma dada perspectiva ideológica, permite a aparição do consenso para o julgador — afinal, a escolha de um ponto de vista, ainda que seja uma atitude valorativa, permite a fixação de parâmetros para se tomar uma decisão, evitando assim raciocínios circulares e regressivos *ad aeternum* típicos da valoração de valores sem um objeto imediato<sup>44</sup>.

A valoração ideológica, nome dado pelo autor a essa escolha,

atua no sentido de que a função seletiva do valor na orientação da ação se torna consciente e é, então, utilizada para valorar outros valores. Em outras palavras, a valoração ideológica cria a possibilidade de se estimarem as próprias estimativas, selecionar as seleções, em última análise, valorar os valores. Nesta medida, a valoração, de certo modo, se descredita como tal, pois a ideologia estabelece condições para que os valores variem conforme as necessidades e possibilidades da ação, ao garantir o consenso daqueles que precisam manifestar os seus valores, assegurando-lhes a possibilidade de expressão, mas, ao mesmo tempo, estabelece uma instância que neutraliza a valoração, na medida em que ela *perverte* o valor, retirando-lhe a reflexividade infinitamente regressiva e circular.<sup>45</sup>

A rigidez introduzida pela valoração ideológica, como se vê, não perde de vista o justo; antes, busca conciliar segurança e justiça. Tal propriedade, inserta no princípio da inegabilidade dos pontos de partida<sup>46</sup>, será mais bem debatida na próxima seção, já se podendo

<sup>43</sup> FERRAZ Jr., 1972.

<sup>44</sup> FERRAZ JR., 1972.

<sup>45</sup> FERRAZ Jr., 1972, p. 105.

<sup>46</sup> FERRAZ JR., 1980.

adiantar que, sendo a decisão um ato volitivo, *à la* Kelsen<sup>47</sup> (1998), a dinâmica na estabilidade decorre do fato de que é o intérprete quem fixa os dogmas a partir dos quais se conduzirá.

## 2 CONCEITO POSITIVO DE DIREITO

Conforme preceitua Grau<sup>48</sup>, “[o] conhecimento do fenômeno jurídico reclama, como se vê, seja ele concebido como *norma*, como *ordenamento* e como *decisão*”. É dizer, toda norma utilizada pelo intérprete (juiz, rei, legislador, senhor, tribunal etc.) para emitir uma decisão remete a uma ordem institucional.

Vê-se, desse modo, que o direito positivo é mais do que a norma posta e, dando sequência ao raciocínio, é possível concluir que o Direito não é mera representação da sociedade, como se externa a ela, mas sim um aspecto funcional do todo.

À luz desse entendimento, torna-se possível compreender a crítica tecida por Grau<sup>49</sup> a alguns kelsenianos: consoante o ex-ministro do STF, o mérito de Kelsen não consiste no seu objeto de pesquisa, mas sim naquilo que deixou de estudar.

Para Grau<sup>50</sup>, Kelsen, à medida que afirma ser todo e qualquer direito uma forma de controle e de dominação da sociedade, não se revela apologista do direito, mas sim um ferrenho crítico formal, visto que

[a] função do direito, para Kelsen, é a de permitir a realização de fins sociais que não podem ser atingidos senão através dessa forma de controle social — o direito não é um fim; é um meio; quais sejam esses fins, isso varia de sociedade para sociedade: esse é um problema histórico, não um problema que possa interessar à teoria do direito<sup>51</sup>.

Nota-se, portanto, que toda teoria pura do direito é, ao fim e ao cabo, uma teoria carente de elementos políticos, divorciada do jurídico, posto que “uma ordem jurídica sem o político resulta carente de impulso, morta; uma *ciência* do direito permanece fragmentária se reproduz um corpo sem coração”<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> KELSEN, 1998.

<sup>48</sup> GRAU, 2008, p. 19, grifos do autor.

<sup>49</sup> GRAU, 2008.

<sup>50</sup> GRAU, 2008.

<sup>51</sup> GRAU, 2008, p. 30.

<sup>52</sup> GRAU, 2008, p. 33, grifos do autor.

**E, no Direito, a questão política — ou não jurídica — *par excellence* é a justiça. No papel de fundamento-mor do Direito, a justiça possui dois momentos de interação no fenômeno jurídico: a sua gênese enquanto norma e a sua criação enquanto decisão. À luz de uma teoria pura, a justiça estaria, respectivamente, no conteúdo axiológico do *Grundakt* e na carga valorativa do intérprete ao fixar a moldura e pintar o quadro.**

E, no Direito, a questão política — ou não jurídica — *par excellence* é a justiça. No papel de fundamento-mor do Direito, a justiça possui dois momentos de interação no fenômeno jurídico: a sua gênese enquanto norma e a sua criação enquanto decisão. À luz de uma teoria pura, a justiça estaria, respectivamente, no conteúdo axiológico do *Grundakt*<sup>53</sup> e na carga valorativa do intérprete ao fixar a moldura e pintar o quadro.

Em assim sendo, adotar como premissa que Kelsen<sup>54</sup> está certo demanda do estudioso do direito — em seu mister de deslindar a essência do fenômeno jurídico, que é ordem e justiça — a propositura de uma Teoria Impura do Direito. Isso porque, sendo o Direito tanto a regra jurídica e a decisão dela decorrente quanto a ordem institucional desenvolvida para positivizar a regra e aplicar a decisão, o que distingue o que é jurídico dentre tantas manifestações normativas da moral social consiste no modo pelo qual o Direito é criado e efetivamente se materializa no mundo dos fatos.

Nesse sentido, esta seção apresentará os dois momentos da interação humana na manifestação do fenômeno jurídico — a fixação do direito-norma pela autoridade competente e o proferimento do direito-decisão pelo intérprete autêntico — e como eles se complementam na criação do verdadeiro Direito, igualmente justo e estável.

## 2.1 A parametrização objetiva do justo e o Direito Pressuposto encarnado

*Ab initio*, caberia questionar se seria possível definir o Direito, porquanto o fenômeno jurídico se manifeste distintamente em cada sociedade. Quanto a isso, Grau<sup>55</sup> considera que a definição não deve se dar sobre cada direito, mas sim sobre o Direito em si — isto é, àquilo que Pontes de Miranda<sup>56</sup> se refere como “direito em geral, objetivo, no que apresenta de autônomo e de uno”.

<sup>53</sup> Fala-se do *Grundakt*, e não da *Grundnorm*, porque esta, conforme Kelsen (1998, p. 152), por ser forma pura, despida de qualquer conteúdo material, “não exerce qualquer função ético-política mas tão-só uma função teórico-gnoseológica”.

<sup>54</sup> KELSEN, 1998.

<sup>55</sup> GRAU, 2008.

<sup>56</sup> MIRANDA, 2005b, p. 109.

**Desse modo, conceituar o Direito consiste em buscar o que há de comum na sua estrutura. E a estrutura do sistema jurídico, como apontado por Grau e trazido anteriormente, possui três facetas: Norma, Decisão e Instituição. Dito isso, é preciso entender de que modo se manifesta o Direito em cada âmbito dessa tríade.**

Sobre o tema, aponta Pontes de Miranda que

*é possível exista no fenômeno jurídico algo que seja necessário ao homem e não possa ser elidido, mas isto não quer dizer que se exprima em preceitos abstratos invariáveis ou em regras particulares [...]. Assim, não é nos conceitos, — crime, contratos, direitos subjetivos, — que devemos procurar o que *persiste* no direito, mas no próprio conceito de direito, que, processo de adaptação, se realiza entre um *maximum* e um *minimum* de concessão ao indivíduo e ao grupo social.<sup>57</sup>*

Desse modo, conceituar o Direito consiste em buscar o que há de comum na sua estrutura. E a estrutura do sistema jurídico, como apontado por Grau<sup>58</sup> e trazido anteriormente, possui três facetas: Norma, Decisão e Instituição. Dito isso, é preciso entender de que modo se manifesta o Direito em cada âmbito dessa tríade.

Enquanto Norma, em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que o Direito se manifesta como um comando prescritivo, dado por alguém que detenha competência para tanto, que determina, ou reprime, uma certa conduta.

É importante ressaltar que a *ratio essendi* da norma positivada é regular relações sociais humanas, uma vez que compete à autoridade competente o estudo dessas interações, porquanto sejam elas que

*nos devem dar as normas que as regulem: ou porque, nos movimentos normais da adaptação, há regras, ou porque, estudadas tais relações, e por intermédio delas conhecido o estado do mecanismo social, são as que se fazem mister para tornar normais aqueles movimentos.<sup>59</sup>*

Para este artigo, o ponto principal do estudo da norma não se encontra na estrutura deontica da norma, posto que esse é o objeto da Teoria Pura do Direito, mas sim no que ela representa — o aspecto não jurídico da norma, próprio da teoria impura que aqui se propõe. Nesse sentido, discorre Pontes de Miranda que

[o] conteúdo da regra jurídica é, na maioria das vezes, econômico ou moral, quer dizer: o interesse individual ou coletivo, o útil e o bom numa das suas modalidades, — a do egoísmo ou a do altruísmo, a feição própria do indivíduo ou a do organismo total. Não há dúvida que, para

<sup>57</sup> MIRANDA, 2005a, p. 97, grifos do autor.

<sup>58</sup> GRAU, 2008.

<sup>59</sup> MIRANDA, 2005b, p. 318–319.

**Depreende-se, desse modo, porque o Direito não é — e nem pode ser — mera excreção estatal. Em verdade, porquanto consista em um fenômeno social, o Direito não se encontra apenas na esfera do jurídico, mas também na instância do político (ou não jurídico).**

formular regra, é de mister reduzi-la ao verbalismo humano, pelo processo de substituir aos elementos econômicos ou morais elementos lógicos que lhes correspondam no mundo espiritual; mas aí não se dá a transfusão, a alquimia, a que parecem render preito certos escritores: por maior que possa ser a intelectualização do sistema e a eficácia deste, não deixará de ser simbólico e somente simbólico o valor dele.<sup>60</sup>

A norma, portanto, consiste em um signo moral e ou econômico reduzido verbalmente a uma proposição abstrata de caráter geral, cuja relevância para este artigo consiste no fato de o conteúdo da norma — isto é, a sua parte aplicável e interpretável — se tratar de mera opção política tomada pela autoridade competente.

Dessarte,

[a] positivamente representa, assim, uma legalização do câmbio do Direito. Assim, por exemplo, a rescisão de um contrato de locação de imóveis pode ser proibida, de novo permitida, dificultada etc. O Direito continua resultando de uma série de fatores causais, muito mais importantes até que a decisão, como valores socialmente prevalecentes, interesses de fato dominantes, injunções econômicas, políticas etc. Ele não nasce da pena do legislador. No entanto, a decisão do legislador, que não o produz, tem a função importante de escolher uma possibilidade de regulamentação do comportamento em detrimento de outras que, apesar disso, não desaparecem do horizonte da experiência jurídica, mas ficam presentes, à disposição, toda vez que uma mudança se faça oportuna.<sup>61</sup>

Depreende-se, desse modo, porque o Direito não é — e nem pode ser — mera excreção estatal. Em verdade, porquanto consista em um fenômeno social, o Direito não se encontra apenas na esfera do jurídico, mas também na instância do político (ou não jurídico).

Explica-se assim a postura crítica de Pontes de Miranda<sup>62</sup> face à criação, pelo legislador, de norma jurídica sem matéria social, já que, sendo o dado puramente psíquico, não encontraria, na realidade fática, forma que se lhe ajustasse e, quando encontra algo que o preencha, dificilmente não haverá contradição na subsunção, posicionamento também adotado por Telles Jr.<sup>63</sup>, para quem a norma

<sup>60</sup> MIRANDA, 2005a, p. 130.

<sup>61</sup> FERRAZ Jr., 1980, p. 87.

<sup>62</sup> MIRANDA, 2005a.

<sup>63</sup> TELLES Jr., 1974.



jurídica consistiria não em uma invenção, mas sim na descoberta — pela inteligência — das interações necessárias para cada circunstância social.

O mister do legislador — mais relevante autoridade competente, tendo-se em vista a posição hierárquica ocupada pelas leis, malgrado não seja a única — consistiria, desse modo, no juízo valorativo que realiza, não na criação do Direito, o qual já existe muito antes da escolha legislativa.

Seu papel, dessarte, é o de estabelecer um parâmetro objetivo do referencial ético coletivo a fim de se publicizar as regras do jogo. Não se trata, como se vê, de criação do direito, mas sim da sua transmutação: por força da sua caneta, o legislador converte o direito de fato — isto é, a justiça aplicada na sociedade, ou melhor, o que o legislador apreende como justo a partir das suas experiências empíricas — em uma tábua objetiva de valores.

Por certo, estará o leitor a se perguntar: mas não seria a conversão da justiça em direito posto? É um questionamento válido, sobre o qual se discorre a seguir. Por ora, porém, pode-se dizer que não, afinal, conforme Pontes de Miranda<sup>64</sup>, “a definição legal apenas representa a *opinião do legislador* sobre o que, com os recursos do momento, melhor define o objeto de que se trata. Não é preciso dizer mais quanto à provisoriedade de tal caracterização”.

Nesse sentido,

[s]e o século XIX ingenuamente entendeu a positivação como uma relação causal entre a vontade do legislador e o Direito como norma legislada e posta, o século XX aprendeu rapidamente que o Direito Positivo não é criação da decisão legislativa (relação de causalidade), mas surge da imputação da validade do Direito a certas decisões — legislativas, judiciárias, administrativas. Isso significa que o Direito prescinde, até certo ponto, de uma referência genética aos fatos que o produziram — um ato de vontade historicamente determinado — de tal modo que sua positividade passa a decorrer da experiência atual e corrente, que se modifica a cada instante e que determina a quem se devem endereçar sanções, obrigações, modificações.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> MIRANDA, 2005a, p. 118, grifos do autor.

<sup>65</sup> FERRAZ Jr., 1980, p. 87.

Vê-se, portanto, que o grau de leitura social exigido para se fixar o referencial ético coletivo (o direito-norma) é distinto daquele necessário para a correta pronúncia do direito-decisão, segunda faceta do fenômeno jurídico. No primeiro caso, exige-se uma análise histórico-cultural da sociedade; no segundo, uma avaliação atual da situação concreta à luz do que fora estabelecido.

A correlação entre norma e decisão seria, portanto, a de um momento pretérito que se pretende presente constante em face de uma conjunção fático-jurídica vigente mais ou menos vinculada ao que fora determinado, porquanto exista uma relativa autonomia dos panos de fundo<sup>66</sup> do intérprete quanto ao referencial ético contínuo.

Não por outro motivo,

[q]uando formula a lei, obedece o legislador ao *dictum de omni et nullo* dos lógicos para ser entendido, isto é, o que afirma ou nega do todo, afirma ou nega de cada parte. Mas só observa isso como processo de expressão, como meio, porquanto: pode haver casos particulares, ainda não computados na classe e quiçá ainda não existentes, que mais tarde se tenham de inserir, o que subordina ao *tempo* o valor do enunciado; pode desaparecer algum dado singular, ou nunca ter existido na classe, o que inibe, a respeito dele, a elaboração silogística.<sup>67</sup>

É importante notar que a exigência axiológica feita pelo desejo de justiça, enquanto instância valorativa, demanda a constante atualização do referencial utilizado a fim de acompanhar a sociedade viva que pretende regular — afinal, “[n]ão há princípios de justiça, que assentem fora do mundo dos fenômenos e das contingências; o que há são fenômenos e contingências que necessariamente se produzem nas sociedades”<sup>68</sup>.

Trata-se, desse modo, conduta simplista e reveladora da infância de um povo o “aplicar a lei porque está na lei, o resolver pelo sentido literal”<sup>69</sup>, sendo necessário levar a sociedade a amadurecer social e politicamente no que concerne à resolução dos seus problemas,

<sup>66</sup> O conceito de pano de fundo é utilizado por Oliveira (2009) para aludir ao referencial ético próprio do intérprete autêntico, contemporâneo ao conflito social, cuja articulação é responsável pelas escolhas decisórias durante a aplicação do Direito — é o aspecto político (ou não jurídico) da interpretação, que “confere sentido às coisas e que confere, no caso das regras, a possibilidade do seu correto cumprimento” (OLIVEIRA, 2009, p. 24).

<sup>67</sup> MIRANDA, 2005a, p. 126, grifos do autor.

<sup>68</sup> MIRANDA, 2005b, p. 97.

<sup>69</sup> MIRANDA, 2005a, p. 102.

**Se é preciso conjugar a segurança jurídica com a necessidade de justiça durante a aplicação do direito, a função do intérprete autêntico, enquanto titular institucional responsável pela dogmática jurídica, é a de possibilitar “que, com a sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem conseqüências perturbadoras”.**

amadurecimento científico que, por óbvio, tem de ocorrer em um contexto uniformizador, sob pena de se promover a desordem social. E esse ambiente só existe enquanto viabilizado pela Dogmática Jurídica, que consiste no “momento em que a experiência jurídica se põe como efetivo sistema jurídico”<sup>70</sup>.

Se é preciso conjugar a segurança jurídica com a necessidade de justiça durante a aplicação do direito, a função do intérprete autêntico, enquanto titular institucional responsável pela dogmática jurídica, é a de possibilitar “que, com a sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem conseqüências perturbadoras”<sup>71</sup>.

Na próxima subseção, abordar-se-á a dogmática jurídica, parte da ciência do Direito que zela pela nomofilaquia do sistema jurídico — isto é, pela uniformização das decisões — no intuito de demonstrar de que modo ela auxilia no controle da criação do direito pelo intérprete autêntico bem como até que ponto ela é capaz de influir no processo decisional.

## 2.2 Dogmática Jurídica e panos de fundo

A Dogmática Jurídica, enquanto ramo da ciência jurídica voltado à decidibilidade, constitui-se como pensamento científico tecnológico, o qual não se deve confundir com a técnica jurídica utilizada no âmbito dos processos judiciais e extrajudiciais<sup>72</sup>, uma vez que o pensamento científico tecnológico

possui algumas características do pensamento científico stricto sensu, na medida em que parte das mesmas premissas que este, no entanto, seus problemas têm uma relevância prática — possibilitar decisões — que exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia fixa seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos.<sup>73</sup>

A cristalização de dogmas e a própria dogmática, por muito tempo, foram vistas como uma “prisão para o espírito”<sup>74</sup>. Em verdade,

<sup>70</sup> FERRAZ Jr., 1980, p. 94.

<sup>71</sup> FERRAZ Jr., 1980, p. 88.

<sup>72</sup> FERRAZ Jr., 1980.

<sup>73</sup> FERRAZ Jr., 1980, p. 89, grifos do autor.

<sup>74</sup> FERRAZ Jr., 1980, p. 96.

o que ocorre é o inverso, uma vez que o exercício da dogmática “não se exaure na interpretação do estabelecido, mas interpreta a sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação”.<sup>75</sup>

É que o conceito jurídico

é estéril como qualquer outro conceito, e perigoso, porque pode levar ao mal como ao bem. Com ele consegue-se a solução acertada, mas pode chegar-se apenas a enganos; não é conteúdo, é meio; é o fim que lhe dá a fecundidade, e para acertar depende de ser conferido com o real<sup>76</sup>.

A impossibilidade de se estabelecer um sentido unívoco para as regras, jurídicas ou não, decorre “da compreensão básica de que uma regra, ainda que simples, não pode e nem tem como controlar sua própria interpretação”<sup>77</sup>.

É nesse sentido, portanto, que exsurge a Dogmática Jurídica. No entanto, antes de explicar a sua função na aplicação do Direito, cumpre ressaltar que a Dogmática não é um fenômeno comum a todas as sociedades. Conforme Ferraz Jr.<sup>78</sup>, ainda que toda sociedade possua um sistema jurídico — bem como um sistema econômico, um sistema político, dentre outros sistemas — não são todas as sociedades que desenvolvem uma Dogmática Jurídica.

Enquanto espécie de conhecimento científico tecnológico, a Dogmática Jurídica apenas surge em meios sociais que possuam “uma organização interna em que exista a possibilidade de se decidir de modo vinculante sobre questões jurídicas em oposição a questões de fato”<sup>79</sup>.

Portanto, é nítido que:

[n]ão seria social a aplicação da lei, se não houvesse entre a norma viva (dado) e a aplicada (julgado) o veículo social (costume, jurisprudência), ainda que, após a permanência individual (ditame do legislador), se comunique, se socialize pela linguagem, fenômeno caracteristicamente social. O que naquele período pessoal se diminui ou se aumenta ao

<sup>75</sup> FERRAZ Jr., 1980, p. 96.

<sup>76</sup> MIRANDA, 2005, p. 107.

<sup>77</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 21.

<sup>78</sup> FERRAZ Jr., 1980.

<sup>79</sup> FERRAZ Jr., 1980, p. 98.

**A ciência do direito trabalha com conceitos. Tais conceitos, porém, não são aqueles extraídos das regras de direito, mas sim conceitos cujo objeto é o mesmo das normas jurídicas, a saber, a coexistência humana e, portanto, as próprias relações sociais.**

dato, cumpre ao intérprete corrigir; se o legislador, pela expressão, inicia a socialização, é ao doutrinador e principalmente ao juiz que incumbe ultimá-la. Em vez de se limitar a induzir da lei, o que não satisfaria, induzirá das realidades, e a regra escrita apenas lhe serve de guia. [...] Não é o dado conceptual que se quer, mas — o que é bem diferente — o dado concreto e imediato<sup>80</sup>.

Assim sendo, limitar a ciência jurídica à criação de conceitos jurídicos é menosprezá-la, uma vez que sua função é a de estudar a norma tal qual as demais ciências: mediante o estudo e a indução de relações. O conceito é fruto da expressão contida na norma, não a norma em si. Nesse sentido, “[o] processo para extrair cientificamente as normas não é pensá-las (elaboração arbitrária), mas a pesquisa das relações, que são as realidades sociais, de modo que se possa saber o que é e o que *deve ser* considerado geral”<sup>81</sup>.

A ciência do direito trabalha com conceitos. Tais conceitos, porém, não são aqueles extraídos das regras de direito, mas sim conceitos cujo objeto é o mesmo das normas jurídicas, a saber, a coexistência humana e, portanto, as próprias relações sociais. Por isso, procurar o objeto desses conceitos científicos

nas regras jurídicas seria fácil, se todas tivessem o mesmo valor, se todas fossem realmente regras, quer dizer, se o direito vigente fosse o direito escrito; porém isto não se dá, de maneira que o melhor processo é pesquisá-las diretamente nas relações sociais, fixado, por conveniência prática, o sistema ou princípio em que se revela a concepção geral do mecanismo jurídico<sup>82</sup>.

Exsurge, aqui, um ponto importante acerca do fenômeno jurídico, repetido em maior ou menor grau em toda a literatura compulsada: a norma positiva de direito não consiste na única manifestação normativa existente em um dado ordenamento jurídico.

O Direito não é mero conjunto de normas. Em verdade, o Direito é um nível da linguagem coletiva, uma instância do sistema social, dotado de regras gramaticais próprias na hora de se enunciar as suas pronunciações, representando e dinamizando os conflitos sociais<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> MIRANDA, 2005a, p. 103.

<sup>81</sup> MIRANDA, 2005a, p. 106, grifos do autor.

<sup>82</sup> MIRANDA, 2005a, p. 106–107.

<sup>83</sup> GRAU, 2008.

O surgimento do Direito, inclusive, está sempre relacionado à resolução de problemas sociais: é esse seu mister, a sua vocação.

No entanto, o jurista não se ocupa diretamente com o conflito social. Conforme Grau<sup>84</sup>, o conflito, enquanto um acontecimento social, se manifesta de modo multifacetado nas mais diversas áreas do convívio humano — um divórcio, *v.g.*, pode desencadear consequências pessoais, econômicas, morais, jurídicas, dentre outras, todas referentes à esfera social a que os ex-cônjuges pertencem.

O sistema jurídico trabalha com litígios, entendidos como os momentos do conflito dotados de juridicidade — isto é, de relevância jurídica — em que ocorre uma “*oposição de pretensões jurídicas*”<sup>85</sup> limitada pelo pedido feito no bojo da demanda e desenvolvido não pelas partes do conflito, mas sim por seus representantes.

A justiça, nesse contexto, se apresenta como uma solução construída pelo intérprete autêntico em consonância com o ordenamento jurídico que, não se podendo mais reformular (leia-se, coisa julgada), representa a resolução final do litígio *sub iudice* — sendo irrelevante se esse resultado findou ou não o conflito social porventura existente.

Vê-se aqui, portanto, que a composição operada pelo Direito consiste em mero teatro do conflito que se desenvolve no amplo campo social, nada além de uma releitura jurídica daquilo que se supõe estar a acontecer — porquanto, muito das vezes, ocorre de o litígio *sub iudice* não possuir conflito<sup>86</sup>.

Essa transfiguração do conflito social em litígio jurídico dá-se por meio da Dogmática Jurídica, a qual, imiscuindo-se na relação norma/realidade, recria o conflito ôntico em um plano deontológico de um modo virtual, posto que, ao considerar, na equação, a necessidade prática de se tomar uma decisão exequível, “consegue fazer com que sejam fatos só aqueles que ele próprio [o Direito] reconhece como juridicamente relevantes”<sup>87</sup>.

Desse modo, a Dogmática Jurídica, com o fito de obter um resultado não apenas conforme a teoria, mas também adequado e

<sup>84</sup> GRAU, 2008.

<sup>85</sup> GRAU, 2008, p. 24, grifos do autor.

<sup>86</sup> GRAU, 2008.

<sup>87</sup> FERRAZ Jr., 1980, p. 98.

exequível na prática, possibilita ao intérprete autêntico a garantia de estabilidade da solução que alcança ao final do seu raciocínio técnico-jurídico mediante a atribuição de um caráter de inegabilidade aos seus pontos de partida — ou, em termos kelsenianos, à sua moldura<sup>88</sup>.

Assim, longe de prender o intérprete, a Dogmática Jurídica permite que ele seja livre para alcançar uma decisão que seja consentânea com o referencial ético coletivo — parametrizado pela autoridade competente e materializado a partir dos seus panos de fundo — ao impor a aceitação presumida dos pontos de partida da interpretação<sup>89</sup>.

Ocorre, no entanto, que “[s]eguir uma regra deixa sempre um espaço para o engano decorrente de uma compreensão incorreta”<sup>90</sup>. Não por outro motivo, o estabelecimento da moldura pelo intérprete é um verdadeiro horizonte de eventos do universo jurídico em uma Teoria Pura do Direito, momento a partir do qual se torna necessária uma Teoria Impura do Direito, uma vez que, conforme Oliveira<sup>91</sup>, é impossível, cientificamente, estabelecer de antemão o conteúdo da pintura — ou, inclusive, o material e as dimensões da moldura.

Nesse sentido,

o que uma concepção intelectualista da ‘regra-como-representada’ deixa de lado, o que esta concepção não consegue perceber, é a existência insuperável de um obstáculo ontológico entre a regra e sua aplicação, entre o universal e o particular [...] A impossibilidade de deduzir o particular do universal decorre da própria realidade e, nesse sentido, não pode ser superada por uma ciência. A aplicação das regras é, antes de tudo, uma questão de prudência<sup>92</sup>.

Partindo-se para uma conceituação, pode-se dizer que, enquanto “ato de conhecimento, o resultado da interpretação de uma norma só pode ser a fixação da moldura do direito, isto é, a explicitação das várias possibilidades de aplicação da norma jurídica”<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> KELSEN, 1998

<sup>89</sup> FERRAZ Jr., 1980.

<sup>90</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 23.

<sup>91</sup> OLIVEIRA, 2009.

<sup>92</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 24.

<sup>93</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 25.

**Desse modo, ainda que a imortal górgona do poder mantenha arregalados os seus olhos petrificantes, seu potencial jurígeno estará desviado por tantos espelhos que, ao final, nem mesmo temporariamente poderá ela paralisar a sociedade.**

Contudo, a escolha do caminho adequado, por mais que sujeita ao constrangimento epistêmico, “um mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno [... capaz de] derrotar a subjetividade particularista”<sup>94</sup>, não deixa de ser, em último grau, um ato volitivo do intérprete. Vê-se, assim, que

o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo não é um problema do direito natural apenas. É um problema da teoria do direito. É um problema da *Teoria Pura do Direito* e o próprio Kelsen, quando reflete sobre a interpretação, não oculta o fato de ter se deparado com o olhar da Górgona do poder. O ato de vontade, a definir o sentido específico da interpretação autêntica, é a expressão desse olhar e, em certo sentido, a *Teoria Pura do Direito* é um esforço fadado ao fracasso pela anulação da força desse olhar petrificante. Mas, ao fim de seu trabalho, o que resta é uma moldura que não se fecha. O que resta é um direito que não se aplica senão por meio de uma vontade que nem o direito e nem a ciência são capazes de controlar [...] uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, que é uma maneira kelseniana de dizer que o que resta é a incerteza, é o poder, é o olhar esbugalhado da Górgona<sup>95</sup>.

Em assim sendo, a mitigação do voluntarismo nas decisões só poderá se dar com a efetiva realização do constrangimento epistêmico pelos intérpretes não autênticos do direito em um trabalho político (ou não jurídico, ainda que a serviço do direito) de nomofilaquia extrajurídica — uma vez que deixarão de ser exequíveis as decisões contrárias ao referencial ético coletivo. Desse modo, ainda que a imortal górgona do poder mantenha arregalados os seus olhos petrificantes, seu potencial jurígeno estará desviado por tantos espelhos que, ao final, nem mesmo temporariamente poderá ela paralisar a sociedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, Grau<sup>96</sup>, Telles Jr.<sup>97</sup> e Lyra Filho<sup>98</sup> falaram sobre a necessidade do Direito posto ser consentâneo com o referencial ético

<sup>94</sup> STRECK, 2017, p. 41-42.

<sup>95</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 26, grifos do autor.

<sup>96</sup> GRAU, 2008.

<sup>97</sup> TELLES Jr., 1974.

<sup>98</sup> LYRA Filho, 2017.



**Desse modo, a partir de uma atuação humana epistemicamente constrangida e juridicamente viável, é possível flexibilizar-se a ordem jurídica de maneira segura — único modo possível de se obter o verdadeiro Direito, ao mesmo tempo justo e estável.**

coletivo; Ferraz Jr.<sup>99</sup> e Pontes de Miranda<sup>100</sup>, sobre a interpretação ter de ser exequível e pautada na realidade social.

Não há, porém, transmutação da essência da norma. Ela não deixa o *Sollen* para se aventurar no *Sein*. É por isso que se interpreta. E é também por isso que a manifestação jurídica no mundo dos fatos, assegurada pelo Direito enquanto instituição formal social, dotado de todo o seu aparato capaz de fazer valer as suas decisões, consiste no ato ilocucionário de dizer o direito realizado pelo intérprete autêntico — que se vale da norma positivada apenas como parâmetro.

Desse modo, ainda que o conteúdo da norma seja distinto daquele que foi enunciado pelo intérprete autêntico, é o ato ilocucionário desse que produz efeitos jurídicos concretos no mundo real. Assim, o Direito se revela no mundo dos fatos não conforme o que foi estabelecido pela autoridade competente, mas sim de acordo com aquilo que o intérprete autêntico entende — com base nas articulações pretéritas dos seus panos de fundo, conforme Oliveira<sup>101</sup> — e, em consequência, aplica.

Logo, em última análise, o Direito, enquanto fenômeno jurídico, é (leia-se, se manifesta como) aquilo que o último intérprete autêntico diz que ele é.

A influência antrópica no Direito, porém, não se limita ao âmbito jurídico, esfera movimentada teatralmente apenas pela parcela de falantes autorizados pelo Direito-Instituição, autoridades competentes e intérpretes autênticos, uma vez que se trata de uma instância da linguagem social.

Compete, assim sendo, àqueles não autorizados se valerem da sua influência política, não jurídica, para conformar o sistema jurídico à verdadeira realidade social. Desse modo, a partir de uma atuação humana epistemicamente constrangida e juridicamente viável, é possível flexibilizar-se a ordem jurídica de maneira segura — único modo possível de se obter o verdadeiro Direito, ao mesmo tempo justo e estável.

<sup>99</sup> FERRAZ Jr., 1980.

<sup>100</sup> MIRANDA, 2005a.

<sup>101</sup> OLIVEIRA, 2009.

## REFERÊNCIAS

- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. ISBN 85-203-0012-X.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Rigidez ideológica e flexibilidade valorativa: para uma análise da dimensão axiológica do direito. *Revista de Informação Legislativa*, p. 99-106, out./dez. 1972. Disponível em: [bit.ly/3cfQFNU](http://bit.ly/3cfQFNU). Acesso em: 16 jan. 2019.
- FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto da Costa. *A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à Banca*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora Fi, 2018. *E-book*. ISBN 978-85-5696-419-9.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. ISBN 978-85-7420-868-8.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998. ISBN 83-336-0836-5.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* São Paulo: Brasiliense, 2017. *E-book*. ISBN 978-85-1101-062-6.
- MELO, Marcos Oliveira de. *Direito natural, direito positivo e humanismo fraternal: a ideia de justiça*. 2013. Orientador: Oswaldo Giacoia Jr. Dissertação (Mestrado em Direito) — Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2013
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Introdução à Ciência do Direito. Separata de: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. v. 2. ISBN 85-7468-347-7.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Investigação Científica e Política Jurídica. Separata de: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. v. 3. ISBN 85-7468-348-5.
- OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. Sistema de regras? Uma crítica à concepção positivista do Direito como sistema de regras. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 181, p. 17–28, jan./mar. 2009. Disponível em: [bit.ly/3j2Qo5d](http://bit.ly/3j2Qo5d). Acesso em: 20 abr. 2020.
- STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017. ISBN 978-85-9530-012-5.
- TELLES JR., Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1974. Sem ISBN.

## QUALIFICAÇÃO

**Daniel Vieira Gonçalves** é graduando em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso e membro do projeto de extensão “Erga Omnes: Falando de Direito para todos”.

**André Trapani Costa Possignolo** possui mestrado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (2019), graduação em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2015). É pesquisador no “Grupo de pesquisa Direito Constitucional – Novas perspectivas à luz da efetividade dos direitos fundamentais” (GConst) e professor interino de Direito na Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT, campus Barra do Bugres.