

# **POLITICIDADE DO DIREITO COMO COMPLICADOR DA CIÊNCIA JURÍDICA?**

## **¿LA POLITICIDAD DEL DERECHO COMO COMPLICACIÓN DE LA CIENCIA JURIDICA?**

**BRUNO CÉSAR BRAGA ARARIPE<sup>1</sup>**

**ANDRÉ GARCIA XEREZ SILVA<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

O trabalho visa discutir a questão da politicidade do direito como complicador da ciência jurídica. Para tanto, busca-se apontar em que pode consistir a ciência jurídica, abordando as concepções tradicional e moderna. A partir disso, verifica-se se na criação e aplicação do direito há espaço para a política ou se isto é um impeditivo para a realização de uma ciência jurídica. Por fim, reconhecida a indissociável relação entre política e Direito, examina-se como compreender o espaço da política na ciência jurídica sem ofender sua autonomia científica. Para a elaboração do trabalho, utilizou-se de uma metodologia descritiva, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, baseada em livros e artigos acadêmicos. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e explicativa. **PALAVRAS-CHAVE:** Ciência. Direito. Política. Valor.

### **RESUMEN**

El trabajo tiene como objetivo discutir el tema de la politicidad del derecho como una complicación de la ciencia jurídica. Con este fin, se busca señalar lo que puede constituir la ciencia jurídica, frente a los diseños tradicionales y modernos. A partir de ahí, si se encuentra en la creación y aplicación de la ley no hay lugar para la política, o si esto es un impedimento para el logro de una ciencia jurídica. Finalmente, reconocida la relación inseparable entre la política y el derecho, se examina la manera de entender el alcance de la política en la ciencia jurídica sin ofender a su autonomía científica. Para la preparación de la obra, se utilizó una metodología descriptiva, desarrollado por medio de la literatura, basada en los libros y artículos académicos. En cuanto a los objetivos, la investigación es descriptiva y explicativa. **PALABRAS CLAVE:** Ciencia. Derecho. Política. Valor.

### **INTRODUÇÃO**

Muito se questiona a função do Direito para a resolutividade das mais variadas questões envolvendo as relações humanas, ou entre estas e o Estado. Em uma sociedade dinâmica e cada vez mais complexa, indaga-se se as normas edificadas com base em um espírito crítico e racional são capazes de acompanhar o ritmo acelerado que é impulsionado pela coletividade. Eis a dúvida. Em razão disso, os operadores do direito, em especial, são levados a buscar as respostas para os diversos assuntos não apenas nas leis, uma vez que em determinadas circunstâncias, estas não mais possuem eficácia perante a sociedade, embora ainda estejam em vigor, ou não conseguem demonstrar uma solução concreta porque

---

<sup>1</sup> Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

<sup>2</sup> Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

defasadas e não de acordo com a realidade social. O critério científico na elaboração das normas, pode-se assim argumentar, precisa ser continuamente reatualizado, remodelando-as no que é necessário, de modo a dar-lhe a inserção no atual cenário social e atendimento, na medida do possível, às exigências da sociedade.

Abre-se, conseqüentemente, o espaço para formulações ou invocações de outras matérias para a resolução dos conflitos, como também na criação das normas. A partir disso, formula-se o objetivo do presente trabalho: descobrir se na elaboração e aplicação do direito é possível adotar parâmetros de politicidade e se, nessa configuração, ocasiona-se uma complicação do campo atinente à ciência jurídica.

Para a realização do trabalho, utilizou-se de uma metodologia descritiva, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica. Livros e artigos acadêmicos demonstram a qualidade do trabalho e o seu embasamento, construído de forma crítica na tendência dos dados levantados. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e explicativa.

Estruturou-se o artigo da seguinte forma: no primeiro tópico discorre-se o que pode ser considerado por ciência, dogmática e ciência jurídica. No segundo, busca-se traçar uma abordagem a respeito do que consiste direito e a possibilidade de sua politização. Já no terceiro, indaga-se se, uma vez que a politização é instrumento para elaboração e aplicação do Direito, trará empecilhos para a ciência jurídica.

## **1 EM QUE CONSISTE CIÊNCIA JURÍDICA?**

Afinal, o que se pode considerar por ciência? E por ciência jurídica? Para se chegar a uma resposta plausível, convém que inicialmente seja traçado uma abordagem no que diz respeito à ciência jurídica, começando no que, afinal, pode-se considerar por conhecimento científico. Preliminarmente, Machado Segundo (2008, p. 14) ensina que:

A epistemologia contemporânea não mais considera como características do conhecimento a objetividade, a neutralidade, a clareza e a certeza. De fato, hoje se entende que a ciência é essencialmente provisória, composta de teorias e enunciados considerados verdadeiros até que se demonstre o contrário.

Para construir tal raciocínio, apoiar-se-á nas lições de Machado Segundo (2008), o qual parte da premissa de que o conhecimento é estabelecido no âmbito de uma relação entre sujeito que conhece e o objeto a ser conhecido, sendo os dois autônomos. Para a criação do conhecimento, e posterior aprimoramento, a imagem do objeto (e não o próprio objeto) é formada na consciência do sujeito, a qual passará a funcionar como instrumento de apreensão do sujeito pelo objeto. Quer dizer, o sujeito, no exame de um determinado objeto, apenas a

possui a imagem deste, o que é o suficiente para formar o seu conhecimento. Por conta disso, concluir-se-á que o conhecimento é provisório e imperfeito, dado que a partir de sua evolução, este conhecimento vai-se aperfeiçoando. Desse modo, leciona Machado Segundo (2008, p.15):

Sendo o conhecimento construído a partir de mera imagem do objeto, formada na consciência do sujeito em face do exame que este faz daquele, não é preciso maior esforço intelectual para concluir pela sua provisoriedade e pela sua imperfeição. Será sempre possível, mediante novo exame do objeto, por um outro enfoque, apreender-lhe características novas, aperfeiçoando a imagem que dele tem o sujeito. E será sempre possível, em tese, nesse novo exame, ver-se que a imagem até então construída é equivocada, merecendo retificações.

Assim, obter a veracidade do conhecimento identificado pela mera imagem que se tem do objeto é tarefa que se dedica continuamente a ciência, com base em experimentações, refutações e erros. A cada época, vai se moldando, ou melhor dizendo, se aperfeiçoando a imagem, imperfeita e imprecisa, que se tem do objeto, buscando-se aproximar o quanto possível do que o objeto é em si. Como bem destaca Machado Segundo (2008, p. 19) “o homem, adquirindo consciência de si, passa a adquirir conhecimento também desse processo de adaptação ao meio, lembrando de tentativas anteriores, e imaginando tentativas futuras”. E não há nada de estranho quanto a isso, porquanto o que se está a tratar é da mente humana, a qual é infinitamente criativa e fecunda.

É possível entender, portanto, que para fins de atingimento do conhecimento científico, o sujeito apenas detém uma apreensão da imagem de um objeto em sua consciência, e que, ao longo de sua evolução, irá buscar demonstrar sua veracidade, sujeitando-a a métodos de falseamento, e retificando-a quando necessário ou quando não superados os testes. O sujeito adquirirá o conhecimento de um objeto não por aquilo que é, mas por aqui que não é. Para concluir, Machado Segundo (2008, p. 21-22) assim pontifica:

Portanto, é essencial a que se possa falar em “conhecimento científico” a *provisoriamente* de suas verdades, e a possibilidade de serem “testadas” ou terem sua veracidade (ou falsidade) posta à continuamente. Não importa tanto o método utilizado pelo estudioso, ou a neutralidade de suas afirmações. O que interessa é se podem ser testadas, e falseadas. Se podem, são verdades científicas até que essa falsificação ou esse falseamento aconteça.

Agregue-se a isso, outra forma de identificação de algo científico, que consiste na distinção entre o que seja conhecimento científico e dogmático. Enquanto que aquele se submete a constantes questionamentos e refutações, este não se propõe a experimentações. Com base em Machado Segundo (2008, p. 25), a dogmática é uma “disciplina teológica, não-científica porque seus enunciados e afirmações não podem ser refutados. Ou neles se crê, ou não se crê”. São os dogmas da religião, por exemplo. Infelizmente ou não, em decorrência

dessa característica de irrefutabilidade, o dogma é considerado contrário à liberdade, que dizem respeito às novas experimentações. Daí porque, como pontua Machado Segundo (2008, p. 25), “não é despropositada a associação entre dogmatismo e autoritarismo”. A partir dessas colocações, pelos menos duas premissas se estabelecem: a ciência é associada à liberdade e à democracia, e o conhecimento científico é sempre refutável e apurado por meio daquilo que é “não-científico”.

Analisado o que se pode entender por conhecimento científico, passa-se ao estudo do que consiste ciência jurídica. Neste tocante, o estudo será pautado na doutrina de Maria Helena Diniz (2003). Para esta, relativamente à ciência jurídica, encontra-se “todas as respostas possíveis e imagináveis”, dado que o vocábulo “ciência” não é unívoco. Assevera que “apesar de que com ele (vocábulo ciência jurídica) se designar um tipo específico de conhecimento, não há um critério único que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica.” (DINIZ, 2003, p. 1-3).

Assim, Diniz (2003, p. 7) acrescenta que:

A ciência jurídica é uma inquietude ante o problemático. Assim, sendo, esse problema só pode ser por ela solucionado se se eleger um caminho que possibilite ao sujeito pensador ideias firmes sobre o objeto de sua análise. É imprescindível que a pesquisa jurídico-científica adote um método apropriado, porque a segurança e a validade do resultado do pensamento científico dele advêm.

A posição central de Diniz é a de que para o conhecimento do direito visando o atingimento de um caráter científico, fundamental será a escolha do método. O cientista está autorizado a escolher seu itinerário, mas isso em função do ponto de vista sob o qual estudará seu objeto. A investigação científica depende do método para obter sucesso. Isso coaduna com a própria epistemologia jurídica, que, nas palavras de Diniz (2003, p. 9) corresponde a:

O problema do conhecimento do direito (epistemologia jurídica), que, no sentido estrito, tem a incumbência de estudar os pressupostos, os caracteres do objeto, método do saber científico e de verificar suas relações e princípios, sendo a epistemologia jurídica, nesse sentido, a teoria da ciência jurídica, que tem por objetivo o estudo dos problemas do objeto e do método da Jurisprudência, sua posição no quadro das ciências e suas relações com as ciências afins. A epistemologia é considerada, em sentido, amplo, como sinônimo de gnoseologia, a parte da filosofia que estuda crítica e reflexivamente a origem, a natureza, os limites e o valor da faculdade humana do conhecimento e os seus critérios de validade; é a teoria do conhecimento em geral, e não apenas do saber científico; é a teoria do conhecimento jurídico em todas as suas modalidades: conceitos jurídicos, proposições, raciocínio jurídico etc. (o vocábulo “epistemologia” advém do grego *epísteme*, que significa ciência, e *logos*, ou seja, estudo; o termo “gnoseologia” é o termo oriundo do grego *gnosis*, que indica “conhecimento”).

Diniz então procede a uma análise a fim de saber se ciência jurídica é ou não uma ciência normativa. Expõe três versões, quais sejam: a primeira é tida como a “ciência que se

limita a estudar normas”, estabelecida por Hans Kelsen, o qual “ao determinar que o direito deve ser visto como um sistema de normas, buscou limitar a ciência jurídica ao conhecimento e descrição das normas, afirmando decisivamente que ela seria uma ciência normativa porque conhece normas e não porque as estatui”. Em uma interpretação da teoria pura do direito kelseniana, Diniz registra que Hans Kelsen propôs que a função da norma não possui nenhuma prescrição, mas descrição. A finalidade deste doutrinador, com efeito, seria a de estudar e descrever a norma com absoluta neutralidade, rejeitando considerações de ordem valorativa como o ideal de justiça, a finalidade da norma, os motivos para modificar ou revogar uma disposição legal. Outros ramos como a Sociologia, Antropologia, e a própria Política estariam excluídas na elaboração de uma norma jurídica: a tarefa da norma “não consiste, portanto, em explicar como ocorrem os fenômenos sociais que deram origem a uma norma” (DINIZ, 2003, p. 116-118).

A segunda versão reside na teoria formulada por Carlos Cossio, para quem, consoante Diniz, direito é conduta compartilhada e que, por essa razão, o objeto da ciência da ciência jurídica só poderia ser tal conduta. Ao contrário da primeira versão, a ciência do direito não conheceria normas, mas sim, seria a ciência da conduta jurídica conhecida por meio de normas. Com outras palavras, explica que “como o conhecimento jurídico-científico da conduta em interferência intersubjetiva, sem que se faça a abstração da liberdade, que lhe é essencial, só é possível com a norma, a Jurisprudência será normativa, porque, mediante a conceituação normativa, pensa a conduta humana, qualificando-a juridicamente” (DINIZ, 2003, p. 119).

Por fim, a terceira versão significaria a ciência que propõe normas. Baseada em Wundt, a interpretação feita por Diniz (2003, p. 116) é aquela em que a ciência do direito seria uma ciência valorativa, pois somente seria possível o estabelecimento de normas de conduta em virtude de determinadas pautas axiológicas, uma vez que só depois de um juízo de valor sobre o que é justo ou injusto, conveniente ou não é que emitem normas.

A terceira versão se demonstra ser a mais adequada para fundamentar a politicidade no conhecimento e na elaboração do Direito, porquanto admite a existência dos valores a fundamentar a construção. Esta posição encontra-se aceita atualmente, superando-se a doutrina kelseniana do purismo e descritivo normativo. Com os valores, facilita-se que se chegue ao cientificismo, dado que aumentaria o campo de conhecimento. Para refinar o quanto afirmado, e de que os valores fazem parte da ciência jurídica:

O tempo da ciência puramente descritiva passou, faz séculos. [...] A ciência contemporânea já não coloca como objetivo principal a descrição da realidade,

embora necessite de antemão conhece-la. [...] Bem ao contrário do que afirmou Kelsen, importa que a teoria diga precisamente, em nosso caso particular, como deve ser o Direito, e não apenas como ele é. [...] Em sendo assim, envolve a teoria, de modo necessário, um juízo conjectural, um predição ou hipótese, consoante proposição basilar da epistemologia de Karl Popper, construtor de um dos mais respeitados paradigmas científicos do século XX. (VASCONCELOS, 2010, p. 212-213)

É com Vasconcelos que se alcança a conclusão na qual os valores estão ínsitos na formulação do Direito. Traçando uma diferenciação entre Hans Kelsen e Karl Popper, assim escreve:

A diferença primordial entre os dois conceitos de ciência acima confrontados revela-se, contudo, mais ampla e mais profunda. A ciência fechada de Kelsen, proclamadamente positivista e formalista, opera com conceitos lógicos irresistíveis, porque desprovidos de conteúdo, assumindo, afinal, a imagem de obra completa e acabada, perfeito, exemplar desta coisa extemporânea e insólita chamada dogmática jurídica. Em sentido oposto, a ciência atual, ao admitir a metafísica e os valores, situa-se propositadamente fora do âmbito de influência das categorias positivistas e formalistas, afirmando-se como processo, algo por natureza aberto à crítica e, portanto, provisório, dado o caráter conjectural de seus enunciados fundamentais. [...] Há, ainda, outro flagrante desacordo entre os dois modelos de ciências: o primeiro aparece com o sentido de obra individual, coisa feita e acabada, assim tida por propriedade privada daquele que a construiu, e, como tal, não podendo ser retocada, pena de perder a identidade; o segundo, ao contrário, afirma-se como obra coletiva, processo em constante desenvolvimento, a respeito do qual não se pode cogitar de proprietário, permanecendo, por isso, em disponibilidade a todas as possíveis intervenções rerratificadoras da crítica. (VASCONCELOS, 2010, p. 213).

Para que possa fugir do dogmatismo estático e irrefutável, aproximando o Direito da realidade social é preciso abertura para novas experiências. O conhecimento jurídico precisa voltar-se para a complexidade, para a transposição dos dualismos natureza/cultura, observador/observado, coletivo/individual, público/privado. A epistemologia jurídica contemporânea precisa contemplar as interconexões do complexo, do plural, do híbrido. O universo jurídico, não apenas é voltado a apreender o objeto normativo racionalmente determinado, mas também para a interdependência de objetos, de sujeitos, de temáticas correlacionadas, onde o conhecimento jurídico torna-se comunicacional (MOREIRA, 2001, p. 48).

Feitas essas análises, conclui-se que a ciência é passível, continuamente, de refutações, de testes, para se verificar sua veracidade. No tocante à jurídica, pode-se apreender que, embora careça de uma dificuldade conceitual, guarda maior adequação com a realidade fática a que objetiva produzir o Direito, servindo-se como um dos instrumentos, os valores, estes integrantes da Ética, tendo por alvo a obtenção da Justiça.

## **2 O DIREITO E SUA POLITIZAÇÃO**

Salutar a compreensão de Gambogi relacionada ao Direito. São as palavras deste doutrinador:

O Direito não é, em verdade, o lugar do irracional nem do racional tal como é conhecido em ciências exatas, que funcionam com critérios de peso, volume, densidade e medidas. É produto tanto da “razão prática” quanto da “razão pura”. É produto tanto da sensibilidade quanto da lógica, de uma dialética equilibrada entre teoria e ação, entre intuir e saber, entre o preceito legal e o dinamismo da vida. Ora, se a ordem jurídica não contempla solução única, como ocorre com as ciências exatas, é natural que a escolha da solução adequada dependa, não mais da “razão pura”, lógico-teórica, mas da “razão prática” (razão ética e política). É natural que dependa não mais do que o magistrado conhece da Ciência Jurídica, mas do modo como ele entende que deva se comportar enquanto um homem que julga outro homem. (GAMBOGI, 2005, p. 167).

Assim, é possível compreender que o conceito de direito não é algo hermético, puramente racional, ou uma regra posta e que não cabe refutações. Pelo contrário, direito corresponde a um dever-ser para ser justo. O aplicador que o conhecerá e o aplicará deverá utilizá-lo para o alcance do justo, baseando-se tanto em um critério racional, como igualmente em critério sensível.

A tridimensionalidade clássica, mais conhecida como concreta, difundida no Brasil pelo filósofo Miguel Reale se constitui basicamente em que o Direito corresponde a fato, valor e norma. A norma seria a conjugação do fato com o valor. Considerado um evento jurídico, a norma congregaria o fato econômico, geográfico, social e o valor, que imprime significado a este fato, gerando tendências que guiarão as ações humanas.

De modo a aprimorar esse conceito, em uma relação de complementariedade, foi desenvolvida pelo mestre Arnaldo Vasconcelos, a tridimensionalidade axiológica que traz, além da juridicidade do direito, o justo e o legítimo, sendo estas duas instâncias de valor. Para melhor explicação, confere-se a seguinte passagem:

A insuficiência, de que se cuidará agora, é de outra ordem. Ela concerne, não ao modo dependente de existir do Direito, mas à incapacidade, que lhe é inerente, de expressar por si mesmo, através do próprio círculo semântico da palavra que o nomeia - Direito - as exigências axiológicas indispensáveis à plenificação de seu conteúdo. A fim de que se configure sua completude, há de acrescentar-se, ao primeiro, dois outros adjetivos qualificativos. Vale dizer, dois novos valores, que são o justo e o legítimo. (VASCONCELOS, 1998, p. 23)

O justo corresponderia ao instrumento de humanizar o Direito. Assim, explica Vasconcelos (2006, p. 246):

A justiça não deixará, jamais, de ser um ideal apenas parcialmente alcançado. Se o real (Direito positivo) é forçosamente imperfeito e incompleto, urge aperfeiçoá-lo e completá-lo de acordo com os parâmetros do modelo do ideal (Direito Natural), que fornece o conteúdo da justiça. A objetivação desta far-se-ia pela regra da equidade, segundo Aristóteles o meio hábil de retificar as distorções da injustiça que se contém em toda lei. A finalidade só pode ser esta: humanizar o Direito.

Já relativo à legitimidade, pondera Vasconcelos (2006, p. 26) que: “a legitimidade, seja política ou jurídica, resolve-se sempre pela compatibilização dos valores dos sistemas respectivos com os valores do grupo social que os mantém”. Nesse sentido, legitimidade consistiria nos anseios da coletividade, somadas as contingências sociais. Pode-se entender, então, que a política, assim como a sociologia, correspondem aos valores, ora fundamentados pela legitimidade.

No tocante à política, Albuquerque (2013, p. 31), ensina que “decorrente da relação entre pessoas, a sociedade e o Estado acompanham o surgimento do homem. Em qualquer instituição ou grupo de pessoas, será discutida uma forma de melhorar ou alcançar o bem comum”.

Para Albuquerque (2013, p. 43) “a política é um processo de escolha com um resultado apontado ao coletivo, ao bem comum. Nesse processo de escolha, pode existir paixão, pode-se fugir à moral, etc., diferentemente do direito. Em política, não basta querer o bem comum, é necessário definir em que consiste e a quais são os meios e ações adequadas para realiza-lo. A ação política deve ser uma decisão responsável, que implica um fundamento ético – o que é bom para a comunidade é o bem público (e não o particular). Desse modo, um ato de um ditador contra a vontade da maioria, não pode ser considerado como “político”, mas uma conduta particular, que pode até ser caracterizada como ilícita.”. Acentua Albuquerque (2013, p. 50) que:

A fonte primeira e originária do direito é a política (o direito é uma manifestação concreta da política), a vontade humana padronizada ideal, em seguida, vem o legislador para reconhecer tal prática, para expressá-lo e modifica-lo na medida da opinião evolutiva do povo. O direito (num Estado democrático) não nasce da mera reflexão, mas é algo, como o costume (nasce de exemplos morais e políticos), que nasce da vontade política, do espírito do povo. Por isso há de se considerar na aplicação do direito os fatores políticos, econômicos, sociológicos etc. que moldam a aplicação do direito.

Nessa linha de raciocínio o direito, fruto da política, representaria uma fonte de limitação/racionalização do poder político. A política, por outro lado, se legitima a partir do uso instrumental do direito, mesmo que de forma indireta. Todavia, um ponto merece ser destacado: quando a política, reconhecendo mudanças sociais, se vê limitada por normas jurídicas ineficazes ou carecedoras de alteração/revogação, pode sobrepor-se ao direito com a necessária modificação do sistema jurídico. (ALBUQUERQUE, 2013, p. 52-53). Esse entendimento é também identificado na doutrina de Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 259), o qual, ao explicar quem detém o poder de criação do Direito, pontua o seguinte:

O poder de criação normativa jurídica não é originário e nem tampouco exclusivo do Estado. O Direito antecede ao Estado, tanto que o institui. Sua criação é ato jurídico,

de significado eminentemente político. Por seu intermédio, transfere a sociedade o máximo de poder ao Estado, não que ele assuma a criação total do Direito, mas para que zele por sua integridade e o garanta nos casos excepcionais do descumprimento de suas normas. O monopólio, que ele detém, é só do poder sancionador.

Ao passo que a política é um dos meios à elaboração do direito, importa também dizer que deve haver limites para a política, pois, do contrário, estar-se-ia a permitir qualquer surgimento de abusos e caprichos, inerentes ao campo da política. E é com relação a isso que Albuquerque (2013, p. 56) leciona que:

O ato político há de revestir a busca do bem comum e não lesar as normas ou garantias político-constitucionais. Apesar de discricionário o ato político não é absoluto. A política constitucional não admite nenhum arbítrio de poder, não admite ato político antinômico, contraditório, caprichoso. [...] Atualmente, a política encontra muitos freios na constituição, não é uma atividade sem parâmetros, baseada apenas em paixões, em momentos de emoção desenfreada. Mas o governo também não é apenas o da razão, pois, mesmo com leis descritivas da atividade de cada um dos “poderes”, o povo desconfia, continuamente, de suas atividades e anseia ao máximo controlar/amarrar suas “mãos”.

Válido novamente extrair o pensamento de Gambogi a respeito da política:

Ao sentenciar, o magistrado diz que subsiste ou que não subsiste a pretensão ou a ação. Porém, a missão do magistrado não é aplicar mecanicamente a lei. Ele, ao decidir os litígios, realiza os valores insculpidos na ordem normativa, vez que – como nos ensina o Prof. Bóson – “os valores em geral, principalmente os econômicos, morais e o valor de justiça estão presentes na normatividade, como conteúdo do e no Direito. Portanto, assim como o juiz raciocina por meio de elementos lógicos, raciocina ou deve racionar, também, mediante elementos axiológicos, por meio de juízos de estimativa e de valor, porque o intérprete não é um ser passivo, está no mundo como um ser ativo, num diálogo contínuo com o mundo que o cerca. Vale dizer: interpretar não significa descrever analiticamente as normas jurídicas e subsumir o fato à regra, implica também compreender o conteúdo material do fenômeno jurídico, emprestando-lhe um sentido. (GAMBOGI, 2005, p. 152)

Nesse caso, Gambogi constrói a sua argumentação no sentido de legitimar a politização do direito, que no momento de apreciar um caso, seja complexo ou não, o operador do direito não somente usará de uma lógica meramente formal, lógico-teórica, mas também um juízo de valor, a demonstrar uma verdadeira prudência e ética em uma eventual decisão. Isso porque, para este autor “os juízos de valor não se radicam nem se ligam à “razão pura”, lógico-teórica, especulativa, eles se conectam à vontade, têm raiz na vontade (razão prática), razão Ética e Política. São eles as luzes que iluminam os caminhos da razão teórica, corrimão para o julgamento, apoio para a inteligência do intérprete, horizonte para a ação”. (GAMBOGI, 2005, p. 153). Os juízos de valor, nesse sentido, darão fundamento e orientarão o intérprete rumo ao princípio da finalidade, algo que é ínsito ao Direito, princípio tal que diz respeito à submissão da vontade a um fim ou a um objetivo.

Em verdade, em sendo o jurídico um campo do saber que pressupõe a escolha prudencial, a decisão humanizada, problema que a lógica formal é incapaz de resolver, infere-

se que a lógica dos juízos de valor, que a presença da sensibilidade, em razão da natureza cognitiva-deliberativa do Direito, passa a ser insuperável. O Direito é uma ciência deliberativa-cognitiva, isto é, em que conhecer é pressuposto da decisão, fundamento para a ação, porque no plano da conduta humana (decisões judiciais, inclusive), não basta que o ato possa ser explicado; é necessário, sobretudo, que possa ser justificado, compreendido e aceito pelo outro por força das razões da razão. Não é válida, portanto uma teoria que possa prescrever ou possa explicar o resultado de uma conduta humana mas não possa justificá-la nem legitimá-la moralmente (GAMBOGI, 2005, p. 154).

Portanto, não que o magistrado deva dispensar a “razão teórica”. Ele parte da “razão prática” (razão ética e política), mas conclui sua missão com a “razão lógico-teórica”, analítica. Por essa razão o magistrado ideal seria aquele cuja inteligência fosse guiada pelos mesmos valores que guardam as partes em litígio. Logo, bem distinto do “ser racional”, cujas ações tidas como justas, como corretas, seriam deduzidas de princípios pretensamente universais, o magistrado, em verdade, age de modo a que sua decisão possa ser compreendida pela comunidade, e, portanto, com ela compatível. Contrariamente ao “ser racional”, embutido na “pureza metódica” de Hans Kelsen, *a consciência jurídica dos magistrados evolui no tempo* (GAMBOGI, 2005, p. 165).

Destarte, verifica-se que a política funciona como auxílio ao aplicador do Direito no momento de realizar ciência, e não como complicador. A política pressupõe choque de ideias, ação e reação, ideias postas e contrapostas. Verdadeira dialeticidade que, empregada em um cenário de democracia, tem o poder de chegar a conclusões legítimas e justas do Direito, e consequentemente da ciência. Esse é o caminho que segue o presente trabalho.

### **3 POLÍTICA, PRINCÍPIOS E AUTONOMIA CIENTÍFICA DO DIREITO**

Uma vez demonstrado o papel que a política exerce como legitimadora do Direito, haja vista a insuficiência epistemológica de um fechamento do ordenamento jurídico em si mesmo, cumpre aprofundar como a política passa a integrar a ciência jurídica sem desprezar sua autonomia. Bobbio (2003, p. 153) aborda o problema em saber “até que ponto a ação política se desenvolve por meio do direito, e até que ponto o direito delimita e disciplina ação política”.

Conforme exposto, a concepção de um sistema jurídico autossuficiente foi superada pelas novas teorias do direito que buscam conferir legitimidade à ordem jurídica, tendo em

vista, sobretudo, às críticas ao modelo de Direito idealizado por Kelsen. Dworkin denuncia o equívoco da premissa positivista segundo a qual dizer que alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que se faça ou se abstenha de fazer alguma coisa, pois “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (DWORKIN, 2010, p. 36).

Assim, a política passa a ser um dos padrões *extranormativos* que permitem a valoração do objeto de estudo da ciência jurídica, o que importa, por conseguinte, na sua problematização – traço distintivo entre ciência e dogma. Contudo, os movimentos teóricos que sustentam uma legitimidade valorativa da ciência jurídica ainda carecem de uma maior reflexão.

O advento da teoria pós-positivista, ou neoconstitucionalismo, na academia e nos tribunais, muito embora amplamente anunciado como realidade, demanda um maior debate acadêmico. Consistiriam, em suma, na superação do positivismo cujas premissas agrilhoavam os julgadores a uma análise rigorosamente formal da lei, sem espaço para maiores reflexões axiológicas, uma vez que o direito e a moral não se confundiam. Como resposta ao jusnaturalismo até então relegado ao discurso dos mais românticos, o positivismo adquiriria uma nova dimensão, que, por sua vez, buscava aliar tanto a norma como os valores morais como fontes do direito para pautar a atividade jurisdicional.

Isso significa dizer que os tão aclamados princípios gerais do direito e demais enunciados normativos imbuídos de conteúdo moral ostentam normatividade. Decorre, pois, que toda conduta está sujeita a apreciação sob o prisma do direito principiológico normativo. Se outrora o exame do quadro fático quando da aplicação da norma pelo magistrado restringir-se-ia ao aspecto da investigação de sua legalidade, atualmente pode se falar em sua juridicidade.

A constitucionalização dos demais ramos do direito e a encampação da doutrina pós-positivista implica em mudança do paradigma até então vigente, pois doravante uma ilicitude estaria configurada também por desrespeitar princípios da ordem jurídica, o que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 748), é mais grave do que a infração da própria norma, em sentido estrito, exatamente por arranhar não um dispositivo específico, mas toda a

lógica e o conteúdo que serve de norte interpretativo na aplicação das normas<sup>3</sup>. Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 185) percebeu e descreveu tal fenômeno com bastante propriedade:

Por isso também no Direito, vivemos uma época de transição: de transição do Direito “por regras”, antes reconduzível ao legalismo, ao Direito “por princípios”, conseqüência do reconhecimento da insuficiência da lei, porque nem sempre capaz de realizar a Justiça, da lei como parâmetro exclusivo ou primordial das condutas em sociedade.

Lenio Streck (2011, p. 48) assinala que a principal causa da expansão dos princípios no universo jurídico brasileiro deriva da equivocada assimilação da jurisprudência dos valores, que prevaleceu na Alemanha a partir de 1949, como esforço do Tribunal Constitucional Federal alemão em legitimar uma Constituição que foi promulgada sem a ampla participação popular. Assim, a referência a valores fora da ordem legal representava uma abertura à legalidade extremamente fechada.

No Brasil, mesmo em face de uma realidade distinta da alemã, visto que ainda se luta para concretizar a própria legalidade, a teoria de argumentação de Alexy teria sido o caminho por meio do qual a jurisprudência dos valores ingressou no pensamento jurídico brasileiro. Além disso, acriticamente, o método de ponderação de princípios pugnado por Alexy, que visa à racionalização da decisão judicial, tem sido utilizado pelos tribunais “como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos” (STRECK, 2011, p. 50).

Surge, portanto, uma incorporação indevida da política ao direito por meio dos princípios que, uma vez assimilados equivocadamente, podem resultar em um fenômeno deletério à autonomia científica do direito e, por conseguinte, à democracia: o ativismo judicial. Adotando o conceito de Elival da Silva Ramos (2010, p. 107), ativismo judicial “reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa (...)”. Trata-se da ultrapassagem das barreiras demarcatórias da função jurisdicional em direção às funções de governo, ou seja, à política, em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Por isso, é preciso muita cautela na compreensão da relação entre política e direito, pois a possibilidade de valoração política da ordem jurídica não deve desaguar na admissão de decisões judiciais com base na política. O primeiro passo para tanto é reconhecer que princípios e valores não são sinônimos, segundo aponta por Lenio Streck (2012, p.518):

“Positivaram-se valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação”, em um segundo momento, de todo tipo de

---

3 Afirmação refutada por Humberto Ávila (2005, p. 82) devido à pretensão de decidibilidade das regras, que os princípios não ostentam.

“princípio”, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tanto princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” as incertezas da linguagem.

De acordo com a doutrina de Alexy (2012, p. 145), princípios não se confundem com valores, haja vista a dimensão deontológica daqueles. Um conceito deontológico expressa a ideia de dever, proibição e de direito a algo. Por outro lado, um conceito axiológico, como é o caso dos valores, traduzem o conceito de bom. No Direito, importa a relação do dever ser, o que significa que apenas os princípios ostentam normatividade, não os valores. Logo, verifica-se que princípios estão situados no campo deontológico, ao passo que a ciência política se aproxima do conceito axiológico, porquanto se ocupa do estudo do bom, da virtude, da coragem, do democrático, do social, etc. Sobre a distinção entre política e direito, que representa a dualidade do aspecto deontológico/axiológico, segue lição de Dworkin (2010, p. 36):

Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhora em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Com efeito, Dworkin associa princípios à ideia de moralidade, que, ainda assim, não se confunde com política. Bobbio (2003, p. 149), valendo-se das lições de Maquiavel, invoca a máxima segundo a qual os fins justificam os meios para explicar a distinção entre como a ação política se distingue da ação moral:

Essa máxima tornou-se o “núcleo duro” da chamada razão de Estado, segundo a qual a política tem suas razões e, portanto, suas justificações, que são diferentes das razões e, em consequência, das justificações do indivíduo que atua tendo em vista seus próprios interesses. É como dizer que, em virtude do interesse coletivo, o político pode fazer o que não é permitido ao indivíduo ou, se preferimos, a moral do político não corresponde à moral do indivíduo.

Dessa forma, enquanto as razões morais pautam as ações individuais que o indivíduo pratica, a lógica que orienta as ações políticas que dizem respeito à administração do Estado não podem ser equiparadas, haja vista a evidente segmentação de cenários que se deparam. Por isso, acima de tudo, o secular postulado sobre fins e meios se explica pela “maior ampliação das obrigações que a conduta política tem diante de si, dada a maior relevância da finalidade, e a maior frequência das ações necessárias, tal qual libertadas do imperativo de observância das normas morais” (BOBBIO, 2003, p. 151).

Além desta perspectiva, também é possível separar política e moral sob o ângulo da valoração a partir dos princípios ou dos resultados. Bobbio (2003, p. 151), com base em Weber, faz referência aos conceitos de ética da convicção e ética da responsabilidade, para aludir à existência de duas formas de moral. Enquanto a primeira se refere à obediência irrestrita a princípios de conduta, independente dos seus resultados, a segunda concerne à ação que é julgada exitosa caso obtenha o resultado pretendido. Em outras palavras, “no primeiro caso, a ação é qualificada com base em alguma coisa que se situa antes dela mesma; no segundo, com base em algo que vem depois” (BOBBIO, 2003, p. 151).

Aqui sobressai a explicação mais clara e convincente entre a moral e a política, na medida em que a ação política é julgada a partir da ética dos resultados, em vez da ética dos princípios, posto que sua benignidade é avaliada com base no êxito da ação. Assim, conclui Bobbio (2003, p. 152), que “mais que imoralidade ou amoralidade da política, ou de impoliticidade ou apoliticidade da moral, dever-se-ia falar em dois universos éticos que se movem a partir de critérios diferentes de avaliação, em conformidade com as diferentes esferas nas quais os indivíduos atuam”.

Não obstante a distinção entre moral e política, há que se assimilar que os princípios jurídicos devem ser faticizados, vivenciados. Dworkin (2010, p. 91) trabalha com excelência os conceitos de moralidade concorrente e moralidade convencional<sup>4</sup> para demonstrar que “a prática social ajuda a justificar uma regra que é expressada pelo juízo normativo”. Um bom exemplo de uma interpretação adequada dos princípios, segundo aponta Lenio Streck (2012), a partir da consideração de seu caráter deontológico é visualizado na decisão do juízo da 7ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, que negou o pedido de antecipação de tutela do Ministério Público que exigia a retirada da expressão “Deus seja louvado” das cédulas do real, sob o argumento de ofensa ao princípio da laicidade do Estado.

Segundo a decisão judicial, não foi consultada nenhuma instituição laica ou religiosa não cristã que manifestasse indignação perante as inscrições da cédula e não haveria notícia de nenhuma outra representação perante o Ministério Público neste sentido, razão pela qual a alegativa de violação ao princípio do Estado laico resta esvaziada e assume caráter retórico.

É bastante perigosa a perpetuação de ideia da Constituição como ordem de valores, sem uma distinção clara entre política e princípios, sobretudo quando estes são invocados para

---

4 Segundo Dworkin (2010, p. 85), na moralidade concorrente a comunidade afirma a existência de uma regra normativa por meio de um acordo, mas não considera o fato desse acordo como parte essencial das razões que levam seus integrantes a obedecê-la, ao passo que na modalidade convencional o fato da existência do acordo é levado em consideração.

fundamentar decisões judiciais com pretensão de correição dos textos legais e, não raro, findam por apresentar soluções aos casos problemáticos fora da legalidade constitucional. Há de prevalecer a ideia de que princípios não são valores e que “a normatividade assumida pelos princípios possibilita um fechamento interpretativo próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais” (STRECK, 2011, p. 57).

Diante do exposto, é preciso vislumbrar a relação da política a partir da abertura epistemológica do Direito para a realidade social a fim de superar o dogmatismo do modelo positivista kelseniano, o que não significa na equiparação da política, da moral, da sociologia, da psicologia ou da ética à ciência do Direito. Com efeito, verificou-se que política e Direito possuem um campo próprio de atuação e muitas interseções, sobretudo com base na problemática aplicação dos princípios jurídicos, incorporados pelo “pós-positivismo” ou neoconstitucionalismo, que demandam uma cautelosa e crítica aplicação, sob pena de favorecer arbítrios e decisionismos na contramão de importantes conquistas do constitucionalismo, representadas pela separação dos poderes e a autonomia científica do direito.

Concluindo, o Direito influencia e é influenciado pela política, porém com ela não se confunde. Os influxos políticos que revestem a aplicação do Direito devem se restringir muito mais à contextualização e compreensão da realidade do que como critério de decisão. O Poder Judiciário não pode se pautar em aspectos exclusivamente políticos para decidir, haja vista a dimensão deontológica, e não axiológica, que alimenta a ciência jurídica. Caso contrário, o Direito voltaria a ser refém da política, paradigma duramente superado pelo constitucionalismo contemporâneo.

## **CONCLUSÃO**

No presente trabalho tratou-se de responder à indagação de se a politicidade do direito age como complicador da ciência jurídica. Para tanto, verificou-se, em um primeiro momento, que a ciência contemporânea consiste em algo adquirido pelo conhecimento humano e diversamente testada e falseada, com a evolução da vida. Defendeu-se que a ciência se contrapõe à dogmática, que é algo hermético, que não admite refutações, ainda que estejam ultrapassadas. Não é de dogmática que se espera da atuação do aplicador do direito, quando este se ver diante da problemática da vida, cada vez mais complexa, a exigir soluções que não

se evidenciam em dogmas, daí porque constantemente deve-se possibilitar o poder criacionista, de modo a adequar o Direito à realidade social.

Em sintonia a isso, o Direito é explicado com base na tridimensionalidade axiológica, a qual prevê, como um de seus condicionantes, o valor, a exprimir os anseios da sociedade multifacetada.

Assim, demonstrou-se que, no âmbito do valor, insere-se a política, a nortear a atitude do aplicador do direito, de sorte a acrescentar parâmetros de sensibilidade no momento da criação da norma, em conjugação com uma racionalidade lógico-formal. Pela ótica traçada neste trabalho, traria a política um *plus* à designação do Direito e, conseqüentemente, à realização da ciência.

Ocorre que com o advento de teorias que representam esse novo paradigma – “pós-positivismo” e neoconstitucionalismo - não se pode confundir valores com princípios e políticas, não obstante a dinâmica relação entre eles. Enquanto o conceito de valor, gênero no qual se insere a política, se apresenta no campo axiológico, os princípios se manifestam no aspecto deontológico.

A legitimidade que há de revestir o Direito a partir da valoração política não deve resultar na política como critério de decisão judicial, uma vez que possui razões próprias, que a distingue lógica dos princípios e dos postuladores morais. Admitir a política como critério de uma decisão judicial significa grave retrocesso democrático, na medida em que se põe em risco uma das maiores conquistas do constitucionalismo: a possibilidade do controle jurídico de arbitrariedades políticas.

Em razão disso, respondendo ao questionamento deste trabalho, a politicidade do direito não é complicador da ciência jurídica, desde que bem delimitados os campos de atuação da política e a autonomia científica do Direito, como medida de se assegurar a valiosa conquista democrática do constitucionalismo consubstanciada na separação de poderes.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: pressupostos para a análise de questões política pelo judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. A política. In: SANTILLÁN, José Fernández (Org.). **Norberto Bobbio**: o filósofo e a política (antologia). Tradução de César Benjamim e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponpo, 2003, p. 139-158.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. **Direito**: razão e sensibilidade (As intuições na hermenêutica jurídica). Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. Malheiros: São Paulo, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Lenice Silveira. Ciência jurídica e complexidade: reflexões sobre as mudanças epistemológicas necessárias à compreensão do direito no século XXI. **Revista da FARN**. Natal: FARN, v. 1, n.1, jan./jul., 2001, p. 27-50.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, Humanismo e Democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito** – repasse crítico de seus princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2010.