

A IMPORTÂNCIA DOS VALORES PARA CIÊNCIA JURÍDICA - SEU USO NA PONDERAÇÃO E NO DISTANCIAMENTO DA DOGMÁTICA

THE IMPORTANCE OF FEES FOR LEGAL SCIENCE - USE AT YOUR CONSIDERATION AND DISTANCE OF DOGMATIC

Hugo Vasconcelos Xerez¹
Paulo Adriano Maia Barros²

Resumo: O presente ensaio tratar da questão do Direito enquanto ciência social, com suas singularidades, abordando que a presença dos valores para a ciência jurídica se evidencia quando da teorização deste ramo. Diferente da opção kelseniana de uma construção metodológico-científica abstraída de conteúdo axiológico, o ato de valorar não se separa da atividade jurídica, quer no objeto de elaboração científica, quer no campo prático do operador do direito. Aqui se propõe uma análise da importância dos valores para a ciência do direito, verificando como tal axiologia se faz atuante no ato de interpretar. A pesquisa objetiva alcançar o campo prático, verificando como o uso da ponderação, em regra para as normas-princípio, como exceção para as normas-regras, afasta o praticante da seara jurídica de um contorno dogmático.

Palavras-chave: Ciência do Direito; Valores; Interpretação; Ponderação.

Abstract: This essay addressing the question of law as a social science, with its singularities, addressing the presence of values for legal science became evident when the theorization of this branch. Unlike kelseniana option of an abstracted methodological-scientific construction of axiological content, the act of valuing is not separate from legal activity, whether the object of scientific development, either in the practical field operator's right. Here presents an analysis of the importance of values for the science of law, axiology and see how it becomes active in the act of interpreting. The research aims to achieve the practical field, checking how the use of weighting on the rules for rule-principle, as an exception to the rules-rules, the practitioner removes the legal harvest of a dogmatic outline.

Key-words: Science of law; Values; Interpretation; Weighting.

1 INTRODUÇÃO

Nada obstante ser o Direito uma realidade da qual o homem não tem como se afastar – *ubi societas, ibi jus*, a condição de ciência ao estudo jurídico enfrentou certa

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

² Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

resistência ao longo do tempo, o que não ocorre mais nos dias de hoje, tendo em vista que o saber jurídico é reconhecido quase que por unanimidade como conhecimento científico.

Não poderia se dar o contrário. De fato, a ciência do Direito, além de ostentar objeto e método próprios, comporta outras peculiaridades que a distinguem de todos os demais ramos científicos, não podendo ser equiparada às demais ciências sociais que se incumbem de pesquisar outras áreas das relações entre os homens. O Direito não se confunde com a Sociologia, a Política, a Antropologia, a Economia, a Filosofia, guardando características que o individualizam das demais ciências.

Nesse ponto, há de se reconhecer que o *status* de ciência que é deferido ao Direito se deve muito ao trabalho desenvolvido pelos doutrinadores e estudiosos que dedicaram atenção ao seu objeto, podendo fazer alusão à significativa contribuição de Hans Kelsen.

Todavia, se por um lado sua teoria facilitou enormemente o reconhecimento do Direito enquanto ciência autônoma, sua tentativa de conceber uma ciência pura, alheia a elementos de índole moral, política, econômica foi alvo de intensas críticas, dada a impossibilidade de, sendo o Direito reflexo do meio social no qual é forjado, se analisar o ordenamento jurídico isoladamente.

Com efeito, sendo o Direito um produto cultural, os valores éticos, políticos, sociais e econômicos que dominam uma sociedade são fatores de tomo para a pesquisa do cientista do Direito e até mesmo para o intérprete da norma jurídica, os quais não podem se furtar de cotejar os resultados de suas atividades com as aspirações da comunidade dentro da qual os efeitos serão sentidos.

Nesse contexto, demonstrar-se-á que a norma jurídica, por representar os valores reconhecidos como relevantes pela sociedade, deve ser tratada pelo cientista e pelo intérprete como um instrumento de realização daqueles mesmos valores reinantes, divorciando-se de uma atitude acrítica e dogmática.

2 A QUESTÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO

Os mais respeitados dicionários da língua portuguesa consignam que o termo ciência denota, assim consiga Houaiss (2009):

2 corpo de conhecimentos sistematizados adquiridos via observação, identificação, pesquisa e explicação de determinadas categorias de fenômenos e fatos, e formulados metódica e racionalmente <homem de c.> <as leis da c.> 3 p. met.

atividade, disciplina ou estudo voltado para um ramo do conhecimento <a c. da biologia, do direito>

De fato, a palavra ciência, originada do latim '*scientia*', está intimamente ligada a ideia de conhecimento, no sentido de que um determinado objeto é apreendido (conhecido) pelo sujeito.

Sobre o assunto, Ferraz Júnior (1986) escreve de forma elucidativa:

o termo ciência não é unívoco, se é verdade que com ele designamos um tipo específico de conhecimento; não há, entretanto, um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento; tem fundamentos filosóficos que ultrapassam a prática científica, mesmo quando esta prática pretende ser ela própria usada como critério.

Debruçando-se sobre o que é ciência, Machado Segundo (2008) assinala:

a epistemologia contemporânea não mais considera como características do conhecimento científico 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.

Quanto ao conhecimento produzido pelos diversos ramos, a história tem consagrado tratamentos distintos às ciências naturais e as ciências sociais.

Isto porque, se enquanto de há muitos séculos, está sedimentada a ideia de que o saber das ciências naturais se reveste de conhecimento científico, principalmente em razão da suposição de que o saber produzido pela ciência natural se revestia de verdade incontestável, no caso das ciências sociais, entre as quais se encontra o direito, o reconhecimento do *status* científico do conhecimento produzido não foi consolidado sem que grandes obstáculos tenham sido superados.

O principal deles foi o mito de que as ciências físicas produziam conhecimento verdadeiro, ao passo que as ciências sociais, a Política, a Antropologia, a Sociologia, a Ética e o Direito, não eram capaz de alcançar a verdade.

Para além da dificuldade de se delimitar a ideia de verdade, o século XX testemunhou a ascensão de estudiosos³ que desmistificaram o alcance desta através do trabalho do cientista, mesmo daqueles incumbidos da análise e da pesquisa das ciências naturais.

³ Referimo-nos a Karl Popper (1902-1994) e Thomas Kuhn (1922-1996).

Tanto Popper quanto Kuhn, em seus conceitos de falibilismo e revoluções científicas, comprovaram que a ciência, a despeito de seu avanço e das novas descobertas incessantemente alcançadas, não podia se vangloriar do alcance da verdade absoluta, tendo em vista que essa não era concretamente identificável.

Trilhando a mesma senda dos autores acima citados, , deixando evidente que a noção contemporânea de ciência abarca a ideia de um conhecimento crítico que se reconstrói e que suas descobertas caminham em paralelo com a ideia de provisoriedade, Vasconcelos (2010) diz que “a ciência, propriedade de todos, constitui empreendimento sempre aberto à discussão, pronto a retificar-se ou a ratificar-se, num interminável processo de aperfeiçoamento”.

Diante disso, fácil concluir que a discussão da existência de uma ciência do Direito remonta às mais antigas quadras da história da humanidade. Em Roma a ciência jurídica era qualificada como *Iurisprudentia* e concebida como saber científico porque havia nascido e se desenvolvido em paralelo com a Filosofia grega, capaz assim de analisar e coordenar seus próprios conceitos.

Ainda assim, permaneciam questionamentos com referência ao trabalho desempenhado pela doutrina e encontrado na prática, na medida em que não havia definitividade com relação às soluções encontradas para resolver os problemas a ela submetidos.

Para muitos, o principal problema de se conceder o status de ciência ao Direito é a volatilidade do objeto investigado, na medida em que são constituídas por leis que se modificam com o tempo e que ao mero talante do órgão legislador a maioria dos manuais de Direito se tornariam inúteis⁴.

No entanto, referida concepção se mostra inadequada para o contorno dos limites do conhecimento científico do Direito, haja vista a demonstração de uma confusão havida em relação ao objeto de investigação do cientista jurídico.

Com efeito, o cientista do direito não tem como objeto de estudo apenas as normas postas pelo Poder Legislativo, mas sim a relação havida entre as normas postas e também pressupostas com os fatos e os valores que permeiam a consciência coletiva de uma determinada comunidade.

⁴ Célebre a citação de Julius Hermann Von Kirchmann segundo a qual “La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles”.

Esclarecendo o objeto da ciência do Direito e desvinculando a norma como objeto exclusivo de pesquisa do cientista jurídico, mesmo reconhecendo que o Direito é uma ciência normativa, Marques Neto (2001) assevera:

Qualquer fenômeno social é, em princípio, passível de constituir objeto de estudo da ciência do Direito: para tanto, basta que ela torne seu, isto é, que o aborde dentro dos enfoques teóricos, problemáticos e metodológicos que lhe são próprios. Tais enfoques, como já acentuamos, de modo algum são normativos, mas destinam-se a uma posterior normatização, porque é pelo estabelecimento de regras que o Direito se aplica.

Registre-se ainda que ocorrem outros argumentos para os quais o Direito não pode ser considerado como uma ciência, podendo-se mencionar entre eles a ideia de Eros Grau de que o direito, por ter mais de uma resposta correta, não é ciência, mas prudência, e a teoria exposta por Macedo (2003) segundo a qual “o direito, tal como as demais disciplinas sociais, não é uma ciência, mas simplesmente um objeto de preocupação da atividade científica”.

Apesar disso, sobressai a ideia de que o conhecimento jurídico deve ser considerado como ciência, haja vista que o direito ao valorizar, qualificar e atribuir diversas consequências a um determinado comportamento, almejando a consecução das necessidades perseguidas socialmente, ele se distingue de todas as demais ciências existentes, uma vez que estabelece critérios próprios, que não são filosóficos, religiosos ou mesmo meramente políticos.

Não se olvide também que a ciência do Direito apresenta um método específico de investigação e apreensão do sentido do objeto pesquisado, no que consiste em outro fator de diferenciação do Direito das demais ciências sociais com as quais ele se vincula.

De se entender que inexistem dúvidas de que o Direito, em razão das características que ostenta, da finalidade que busca, dos métodos próprios de que faz uso e da singularidade do seu objeto, deve ser considerado uma ciência, não havendo motivos que o neguem referida condição.

Marques Neto (2001) discorrendo sobre o Direito, enquanto ciência social normativa, ensina:

A forma específica de aplicar as teorias da ciência do Direito é precisamente a norma, que constitui a parte técnica, prática, aplicada da ciência do Direito, e não o seu conteúdo, pois o conteúdo de toda ciência é a teoria. O Direito é, portanto, uma ciência social como qualquer outra com a singularidade de aplicar-se normativamente, mas não de já conter normas em suas formulações teóricas.

Por fim, ao tratar do Direito enquanto ciência, não se pode olvidar da significativa colaboração que as ideias de Hans Kelsen exerceram para a afirmação do Direito como ramo do conhecimento científico.

De fato, Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, apresenta um conceito de ciência jurídica que tem como objeto único o estudo do Direito positivo, desconsiderando no campo de pesquisa do cientista jurídico questões que não se enquadram no Direito posto pelo Estado.

Kelsen (2009) tem a norma jurídica – apenas aquela proveniente do aparelho estatal – como sendo o objeto único da ciência jurídica, não devendo esta se ocupar de outros conteúdos que não aqueles oriundos da norma positiva. São essas suas palavras:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.

Donde se infere que não há negar o *status* de ciência ao Direito na medida em que o conhecimento jurídico apresenta peculiaridades que o diferenciam de todos os demais troncos científicos, podendo citar-se basicamente a circunstância de se aplicar por meio de normas jurídicas.

3 A RELAÇÃO ENTRE OS VALORES E A CIÊNCIA DO DIREITO

Ultrapassada a questão de ser o Direito uma ciência, com as singularidades que o diferenciam das demais ciências, resta saber se os valores sociais cumprem alguma influência na construção da ciência jurídica.

Segundo as ideias defendidas por Kelsen, a ciência do Direito é uma ciência desvinculada de qualquer valor, tanto do ponto de vista social, ético ou moral. Para ele, esses valores interessam a outras ciências como a Política, a Sociologia, a Antropologia, não devendo o cientista do Direito se preocupar em esmiuçar tais conteúdos quando de sua atividade científica.

Para Kelsen, sendo o Direito uma realidade autônoma, sua análise deve ser realizada independentemente de qualquer juízo de valor ético e político, devendo o cientista dedicar sua atenção exclusivamente à norma, sem qualquer valoração do seu conteúdo, o que ficaria a cargo das autoridades jurídicas.

Como positivista ortodoxo que é, objetiva Kelsen purificar o Direito das ideologias que, segundo o autor, podem ser encontradas apenas no campo do ser, enquanto que o Direito se alinha no campo do dever-ser, alheio às investidas de valores extrajurídicos.

De fato, o postulado que orienta todo o pensamento kelseniano é o do abismo intransponível entre o ser e o dever-ser, o que acaba por livrar a teoria pura de tudo aquilo que representar valores ideológicos. Não havendo qualquer comunicação entre as coisas do ser com as coisas do dever-ser, o que constitui um equívoco por parte da teoria kelseniana, haja vista que a todo instante o dever-ser e o ser se comunicam e se transformam mutuamente, há de se afastar da atividade do cientista jurídico todo o conteúdo valorativo.

Nada melhor do que as próprias palavras de Kelsen (2009) para aclarar a abrangência de sua teoria e suas reais intenções:

É uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura. [...] Assim, impede que, em nome da ciência jurídica, se confira ao Direito positivo um valor mais elevado do que o que de fato ele possui, identificando-o com um Direito ideal, com um Direito justo; ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente, qualquer vigência, por se entender que está em contradição com um Direito ideal, um Direito justo.

No entanto, as ideias de Kelsen de purificação valorativa da ciência do Direito – não encontram mais o respaldo de outrora, não se negando mais a incidência que os valores sociais exercem no contexto jurídico, principalmente porque, como adverte por Paupério (1977), “a objetividade e a neutralidade axiológica constituem em si valores. E como a neutralidade axiológica é em si mesma um valor, a exigência de uma total ausência de valores, de uma completa neutralidade valorativa é paradoxal”.

Isto porque, não há como fechar os olhos para a influência que os valores tidos como essenciais pelo corpo social exercem desde as relações particulares entre as pessoas, a positivação do direito por meio do órgão legiferante até a aplicação das regras jurídicas.

Arnaldo Vasconcelos, em posição diametralmente oposta àquela apresentada por Hans Kelsen, afirma que a norma em si mesma não vincula ninguém e que sua obrigatoriedade advém do valor que a norma carrega. Sem isso, escreve o autor, não haveria distinção substancial entre o Estatuto da Máfia e as normas elaboradas pelo Estado de Direito. São essas as palavras de Vasconcelos (2006):

A norma de Direito positivo, por si, não obriga a coisa nenhuma. Não adianta querer torná-la auto-suficiente pela força do imperativo ou pela ameaça da coatividade, as quais carecem das virtudes do sentimento jurídico. A norma obriga, não simplesmente porque é válida, mas porque contém valor. Obriga por ser justa e por ser legítima.

De fato, inexistem razões plausíveis que sustentem a neutralidade da ciência jurídica. Esta é produto do homem, ser imperfeito e que se encontra sujeito às influências sociais que o cercam. Se assim não fosse, o ordenamento jurídico de todas as nações seriam idênticos, o que facilmente pode se constatar ser uma inverdade nos dias atuais.

E os ordenamentos são diversos exatamente porque as sociedades se importam com interesses e fins distintos, ora valorizando a liberdade do indivíduo, ora valorizando aspectos sociais, de modo que o cientista do direito sofre incontestável influência dos valores reinantes no corpo social em que está inserido.

Dessa forma, reconhecendo o inevitável conteúdo axiológico da ciência do Direito, ao contrário do que sói ocorrer com a atividade do pesquisador das ciências físicas, Reale (2002) esclarece:

Para definir o Direito, devemos partir, não há dúvida, de dados fornecidos pela experiência: mas não são “dados” como aqueles que o cientista, no plano das ciências físicas, pode observar *ab extra*, sem direta participação a uma *instância axiológica*, a qual é da essência de todo bem cultural. O dado da experiência jurídica é sempre um conteúdo *estimativo*, algo que implica necessariamente um sentido, o que exclui a possibilidade de tratá-lo como um fato natural, cujos nexos causais são explicáveis segundo leis de coexistência ou de sucessão, sem componentes estimativos.

Quando do estudo e aplicação do Direito, não há como desvencilhar a norma jurídica da relação espaço-tempo no qual o cientista/operator está inserido, de modo que alijar os valores da ciência do Direito se revela uma postura inadequada e impertinente para os interesses que o próprio Direito visa preservar.

Sendo o Direito uma modalidade de expressão do comportamento social, não há como excluir da atividade do cientista os juízos de valor que ele elabora quando de suas pesquisas. Seus alvos não são escolhidos aleatoriamente e, portanto, quando pinçados de forma racional e deliberada, são resultados de juízos de valor.

Se o Direito deve ser visto como um produto de valor cultural, reflexo do meio em que é construído, e se seu fim último é o ideal de justiça, não há como dissociar os valores da sua essência e, notadamente, de sua análise.

Associando a ideia de valores ao Direito, enquanto produto dos homens, Magalhães Filho (2006) ensina:

O Direito, enquanto objeto cultural, representa uma obra construída pelo homem (intervenção na natureza, no caso, na conduta) visando ao atingimento de um fim. Esse fim *deve ser* um valor metafisicamente desejável, o qual, muitas vezes, diverge do empiricamente desejado. Todo objeto cultural é referenciado a um valor na razão de existência: a arte liga-se ao belo, a ciência à verdade e o direito à justiça.

Demonstrando serem os valores indissociáveis da vida humana, muito menos da construção de um Direito que, por natureza, se pretende instrumento de justiça, Machado Segundo (2009) diz:

Os valores, em suma, estão sempre presentes, e ocultar a sua existência, ignorá-la ou afastá-la das considerações do cientista implica, tão somente, permitir que qualquer fim seja buscado, sem que se tenha de lhe dar uma justificativa ou sem que sejam submetidos os valores a qualquer juízo crítico. Em resumo: como é factualmente impossível afastar os valores de qualquer ação humana voluntária, ignorá-los abre espaço para que não se submetam a qualquer controle.

A mesma ideia é compartilhada por Marques Neto (2001) para quem:

A elaboração normativa possui, pois, acentuado conteúdo ideológico, em que os valores dominantes assumem papel de destaque, o que, de resto, ocorre também, embora em menor escala, na construção teórica, tanto da ciência do Direito como de qualquer outra, já que não há atividade científica absolutamente neutra. O que se exige do legislador não é, portanto, que se neutralize completamente, mas que procure, à vista dos resultados da ciência do Direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais.

Assim, indiscutível a influência que os valores exercem no âmbito da ciência do Direito, seja porque o homem por natureza valora tudo que o cerca, seja porque como o fim último do Direito é a justiça, este não pode ser concebido à base de uma ciência pura, isolando-o da realidade que o envolve.

Para tanto, todos aqueles incumbidos da compreensão do fenômeno jurídico, cientistas ou autoridades encarregadas de interpretar as normas jurídicas devem ter como premissa os valores que rodeiam o ordenamento jurídico e o sentimento de justiça de cada sociedade.

4 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E VALORES

A interpretação é atividade desenvolvida pelo homem que objetiva dar sentido a algo. O que pode ser determinado como este algo seria desde uma construção frasal até uma paisagem. Neste sentido tudo seria passível de interpretação, visto que podemos atribuir sentido a qualquer coisa. Tudo passaria a ser interpretável pelo homem. Aquele que pratica a interpretação, na verdade, atua buscando desnudar os sentidos contidos no objeto interpretável.

A atividade de interpretação parte do pressuposto que o sentido é imanente, intrinsecamente relacionado ao objeto. A compreensão descortina o que de oculto existe sobre algo, deixando assim com que o sentido real das coisas, ainda que não aparente, seja passível de descoberta.

O intérprete seria aquele que não necessariamente obtém a verdade de forma revelada, mas sim um sujeito que detém conhecimento para abstrair ideias, informações que para outros pode ser incompreensível. Usando os ensinamentos de Heidegger (2006), este afirma que o homem é um ente que não se limita a pôr-se frente aos outros entes, mas que se caracteriza justamente por compreender o ser das coisas, especialmente o seu próprio, reconhecendo um sentido e não apenas existência às coisas.

Essa maneira diferenciada do homem, como aquele compreendedor do mundo, atribuindo sentido às coisas, o torna diferente das demais espécies. O homem habita assim um terreno envolto de significados. Neste ponto se faz imprescindível o papel da hermenêutica, pois nesta ciência se teoriza os modos de como o homem compreende o mundo. Neste ponto Falcão (1997) pontifica que a captação de sentido sendo a interpretação, “as regras pelas quais ela se opera e o entendimento de suas estruturas e do seu funcionamento, enfim, o entendimento dos seus labirintos é a hermenêutica”.

A temática da interpretação esta envolta da compreensão, na medida em que interpretamos para compreender, denotando assim que a interpretação é uma atividade com finalidade determinada. Especificamente na seara jurídica, a interpretação põe fim a uma tensão semântica, através da decisão, podendo desse exemplo ser extraído que aplicação e interpretação não se desvinculam.

No estudo da hermenêutica, a interpretação se vincula ao sentido abstrato do objeto a ser estudado, já a aplicação guarda relação com a fixação do sentido concreto. As reflexões oriundas da hermenêutica filosófica pregam a existência de uma relação circular

entre interpretação e aplicação, de forma a não se defender uma relação de precedência entre interpretação e aplicação, mas uma complementaridade.

No que diz respeito à obtenção da verdade através da hermenêutica, nesta não reside um lugar adequado para a verdade, visto que esta é tida como uma espécie que ultrapassa todos os contextos, não podendo uma verdade obtida contextualmente ser considerada uma verdade propriamente dita.

A verdade obtida na hermenêutica é configurada no uso de um conjunto de critérios histórica e linguisticamente definidos. Tal método numa objetividade relativa, vinculada a uma tradição cultural, não a uma objetividade incondicional como ocorre no debate científico.

A atuação dos valores se evidencia quando o hermeneuta atua nesta interface interpretação-aplicação. Obtém-se assim um discurso que não se limite a conceber valores cristalizados, que não seja dogmático.

Dogmático seriam os discursos obtidos com base na tradição, aquele que não discute a autoridade do argumento. Nesta concepção há uma diferença com a visão do discurso com matiz científico, na medida em que o discurso científico se pauta numa verdade extraída em fatos objetivos, já o discurso dogmático baseia sua validade em valores que se pretendem objetivos.

Verificando historicamente a construção do discurso científico na modernidade, observa-se o caráter antidogmático, afastando-se assim da autoridade e da tradição. Uma perspectiva ainda mais diferenciada é extraída no âmbito da pós-modernidade, no discurso sobre a verdade e sobre o conhecimento. Há neste paradigma uma radicalização do relativismo, chegado ao ponto de se negar a possibilidade de um discurso que circunscreva o próprio pensamento pós-moderno. Lyotard (2006) descreve a pós-modernidade como o tempo em que não se acredita nos grandes relatos, que conferiam unidade à experiência do homem.

Mesmo com a fluidez conceitual própria da visão pós-moderna, o operador do direito tem que ter além de atributos éticos um profundo conhecimento dos fatos na efervescência social. Necessário se faz uma aproximação sociológica dos fatos como exigência para o devido dimensionamento dos valores.

Ainda assim a norma pode oferecer um dimensionamento valorativo em abstrato e ficar patente uma injustiça, bem como o fato concreto pode ter peculiaridades que não são descritas na hipótese normativa, daí a importância da equidade, pois sendo a justiça do caso concreto permite ao operador, ao valorar no ato interpretativo, fazer a devida correção. Aristóteles (2007) assim se expressa:

O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie..

Observa-se assim o vazio de uma proposta assemelhada à da Escola da Exegese francesa, visto que esta aspirava uma matriz legal com a característica da completude, situação que dava ensejo ao predomínio da interpretação literal, despida de conteúdos valorativos, manuseando a técnica da subsunção.

Numa visão que se afasta do dogmatismo e se aproxima da problematização, fazendo uso de matrizes valorativas, a subsunção vem dividindo cientificamente o ambiente da interpretação com a ponderação, técnica que pode ser usada como regra para normas-princípio, e como exceção, conforme será explicado no tópico seguinte, para normas-regra, afirmando assim uma perspectiva zetética da ciência jurídica na interpretação normativa.

5 PONDERAÇÃO

A respeito da ponderação milita um argumento favorável ao seu uso em decorrência da estrutura das normas constitucionais, tendo como característica o viés democrático de seu método de aplicação. Desta forma tal método se ancora num discurso em que predomina a dialética, proporcionando uma decisão racional.

A ponderação é um meio de solução em que maiorias e minorias são tratadas respeitosamente, sendo admitido que os juízos de adequação, de necessidade e de proporcionalidade se norteiam em ambiente de moderação, visto que exigem racionalidade e motivos suficientes nas intervenções sobre direitos.

Ponderar valores e bens é concebido como atividade relacionada a todo processo de tomada de decisão. O processo decisório trabalha com uma ordem de fatores que se digladiam, exigindo assim do responsável pela decisão a devida averiguação. O ato de deliberar assim pressupõe ponderação.

Como justificativa para um juízo de ponderação se verifica que postura alguma pode ser absolutizada num determinado quadro de conflito, sendo necessário que as pretensões sejam devidamente analisadas. A ponderação sendo aplicada de modo consentâneo

com um processo disciplinado de decisão é de fundamental importância para processo que estão envolvidos casos mais complexos permeados por colisão de princípios fundamentais.

A imparcialidade do julgado pode ser estruturada dentro da sistemática da ponderação, visto que o mecanismo de deliberação e as bases valorativas são expostas, sujeitando assim o órgão responsável pela decisão à censura, nas palavras de Perelman (1998), exposto à imediata censura do seu auditório.

Tal método favorece a busca de valores comuns, diminuindo a possibilidade de imposições pessoais de determinados julgadores. O debate gera aprimoramento de decisões centradas em consensos mais fortalecidos.

Após a defesa de um juiz de ponderação como mecanismo de decisão judicial mais condizente com a matriz constitucional, há a necessidade de desenvolver uma metodologia adequada para seu efetivo uso, conferindo racionalidade e legitimidade na decisão haurida da técnica em debate.

O método do sopesamento traz o inconveniente da possibilidade de várias respostas possíveis para um mesmo problema, situação que não se coaduna com o que os litigantes esperam de um processo. Vem para o caso o problema da resposta correta. Aarnio (1990) verifica tal dificuldade nas seguintes palavras: “o problema da única resposta correta se mostra não somente no âmbito judicial, mas no âmbito da ciência jurídica”.

5.1 A ponderação nas concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy

A ponderação vincula-se à ideia de que normas podem adquirir o contorno de princípios, aceitando assim mitigação de seu campo de incidência em determinadas hipóteses, pois do conflito é possível a manutenção da validade jurídica mesmo sem a devida aplicação para o caso concreto.

A teorização das normas-princípio, distinta das normas-regra, é crédito do estudo de Ronald Dworkin. O princípio e a regra aparentam-se ao estabelecer obrigações jurídicas, contudo, diferenciam-se no aspecto de comando que se evidencia. Assim são as palavras de Dworkin (2010):

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que

ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

As regras comportam exceções, as quais podem vir enumeradas, sendo um conflito entre regras resolvido pelos métodos clássicos de solução de antinomias, quais sejam, o hierárquico, o cronológico e o da especialidade.

Os princípios não desenvolvem consequências imediatas de acordo com a ocorrência das situações de fato. Tais tipos de normas detêm uma característica não encontrável nas regras, que seria a dimensão de peso. Os critérios para a devida aplicabilidade dos princípios não tomados em medida mais fechada como é ocorrente com as regras, mas sim na perspectiva de qual o princípio mais adequado para a situação em debate. Citando novamente Dworkin (2010) sobre esta temática:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

Dworkin integra os princípios, com aspectos morais, tornando-os pertencentes ao sistema jurídico. Habermas (1997) a este respeito afirma que “a teoria dworkiana apoia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais”.

A interpretação para Dworkin teria um viés construtivista e criativo, estando assim o hermeneuta atuando de forma a propiciar a prática interpretativa mais aprimorada possível. Habermas (1997) neste ponto também colabora ao afirmar que ao juiz cabe “reconciliar as decisões racionalmente reconstituídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional do presente, ou seja, reconciliar a história com a justiça”.

Robert Alexy concorda com algumas posições de Ronald Dworkin a respeito de análises jurídicas, tais como repúdio à ideia positivista que prega que em vazios normativos o sistema jurídico seria preenchido por discricionariedade judicial. Concorda também com a existência dos princípios como normas, contudo, diverge no ponto em que Dworkin defende que a ideia de princípios possa levar a uma resposta correta.

Alexy (1988) não concorda que uma ordem conduza para cada situação prática um respectivo resultado. Um sistema só poderia existir desta maneira se o peso dos valores ou

dos princípios e suas respectivas intensidades fossem passíveis de expressão quantitativa, que tal medição fosse calculável. Sobre tal inviabilidade o autor assim se expressa: “O programa de semelhante ordem cardinal fracassa ante os problemas de uma medição de peso e da intensidade de realização dos princípios jurídicos ou dos valores jurídicos, que seja mais do que uma ilustração de um resultado já encontrado”.

Alexy também aprimorou considerações sobre princípios desenvolvidas por Dworkin. Para aquele os princípios jurídicos consistem numa espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos mandados de otimização, os quais têm aplicabilidade variável, de acordo com a situação concreta.

A interpretação haurida de uma ponderação de princípios indica que a resolução de uma questão não se dá com uma imputação imediata da prioridade de um princípio sobre outro, a prevalência é atribuída no caso concreto, observando as circunstâncias em questão.

Assim a distinção entre regras e princípios se evidencia ao se observar que princípios têm sua realidade normativa limitada reciprocamente quando ocorre colisão, já as regras, quando conflitam, têm solução encontrada na invalidade de uma delas ou com a presença de uma exceção, denotando especialidade e afastando a antinomia. Alexy (1993) afirma sobre colisão de princípios que:

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – unos de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción.

Já no que diz respeito às regras, Alexy (1993) diz que “*un conflicto de reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas*”.

5.2 Ponderação entre regras – afastamento de uma visão dogmática e aproximação da zetética

O estudo da ciência jurídica em muitos compêndios usa a expressão dogmática jurídica quando da investigação sobre as normas postas, tendo-as como parâmetro para exercer o papel descritivo, não podendo assim modificá-las. Esta abordagem seria no sentido de trabalhar o ser da norma e não o seu dever-ser. Sobre uma conceituação de dogmática jurídica, Ferraz Júnior (2001) assim se expressa:

Disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente [...]. Um exemplo de premissa desse gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme à lei, para além da lei, mas nunca contra a lei.

Em contraposição a esta visão estaria a zetética, na medida em que este tipo de investigação tem como principal característica a abertura para questionamentos. Desta maneira a ciência jurídica numa abordagem zetética seria desenvolvida pela teoria geral do direito e pela filosofia do direito. Ferraz Júnior (2001) ao falar sobre a zetética ensina:

A zetética jurídica, nas mais diferentes discriminações, corresponde, como vimos, às disciplinas que, tendo por objeto não apenas o direito, podem, entretanto, tomá-lo como um dos seus objetivos precípuos. Daí a nomenclatura das disciplinas como filosofia do direito, história do direito, etc. O jurista, em geral, ocupa-se completamente delas. Elas são tidas como auxiliares da ciência jurídica.

Com a exposição acima, explicando o que seria uma abordagem da ciência jurídica numa perspectiva dogmática e zetética, observa-se que o manuseio de normas-regra aproxima-se de uma perspectiva dogmática, visto ser uma vertente do ordenamento jurídico que seria trabalhada de forma mais estanque. Como já traçado, as regras seriam objeto da técnica da subsunção e um eventual conflito seria resolvido no afastamento definitivo de uma das regras, de forma a resolver eventual antinomia, denotando assim um sentido dogmático.

Diferente é o pensamento de Humberto Ávila, pois este considera a hipótese da excepcional ponderação entre regras, imprimindo assim no ordenamento jurídico uma abordagem mais problematizadora, aproximando-se assim da zetética. O autor em questão considera a que o modo de aplicação das normas não está determinado pelo texto objeto da interpretação, mas seria consequência de ligações axiológicas que são elaboradas pelo intérprete. Ávila (2009) diz que “muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois consideração de todas as circunstâncias do caso”.

Há normas que num primeiro momento indicam uma forma absoluta de aplicação, mas quando em cotejo com as circunstâncias do caso concreto exigem um processo complexo de ponderação. Ávila (2009) explica tais considerações da seguinte forma:

não é adequado afirmar que as regras “possuem” um modo absoluto “tudo ou nada” de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz

respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente considerados.

Pode-se afirmar assim que a vagueza não é característica exclusiva dos princípios, mas traço comum de qualquer enunciado prescritivo, seja um princípio ou uma regra.

6. CONCLUSÃO

O direito desenvolvido como ciência, a despeito da tentativa kelseniana de construir uma teoria despida de valores, não pode ser tratada como tal. O substrato do direito sendo o fato social, não é na sua essência desprovido de valor quando da ação humana. Diferente não poderia ser a disciplina normativa deste fato social.

Temas como moral e ética, que estão hoje inclusos nas previsões normativas, seja na conformação de uma regra, seja no aspecto de um princípio, impossibilitam a construção de uma teoria científica acrítica e formalista.

Desta forma a inserção de valores no ato de interpretar as normas constantes do ordenamento e na própria construção científica do direito, se faz indispensável, notadamente num período histórico-filosófico em que o direito é influenciado por ideias neoconstitucionalistas, as quais têm como premissa base a aproximação do direito e da moral.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **La tese de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico**. Doxa vol. 8, 1990.

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razon práctica*. **Doxa**, vol. 5, 1988.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Consticionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 1986.
_____. **Introdução ao estudo do direito** – técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47-48.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol I.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2006.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 463.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 9. ed. Rio de Janeiro, 2006.
- MACEDO, Dimas. **Política e Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível**, 2009.
_____. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos**, uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Introdução axiológica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Virginia Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
_____. **Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. 2 ed., rev., e ampliada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.