XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-072-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;

b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;

c) política como fator complicador do direito;

d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;

e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;

f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;

g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e. portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência as contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

A POLÍTICA COMO FATOR COMPLICADOR DO DIREITO

POLITICS AS A COMPLICATING FACTOR OF THE RIGHT

Cândido Alexandrino Barreto Neto

Resumo

Direito e política são fenômenos decorrentes da coexistência social entre os seres humanos e por isso dissociá-los é tarefa árdua, se é que possível. O entrelaçamento, muitas vezes a simbiose entre eles, faz com que seja usado um em (des) favor do outro: o Direito serve à Política ou esta se vale daquele como melhor aprouver. Assim, uma ciência jurídica que desconsidere o fator político do Direito será incompleta. Mediante pesquisa bibliográfica, o artigo analisa a política como fator complicador do Direito.

Palavras-chave: Epistemologia jurídica, Direito, Estado, Sociedade, Direito constitucional, Política

Abstract/Resumen/Résumé

Law and politics are phenomena arising from social coexistence among men and dissociate them is arduous, if possible. Interlacing, often the symbiosis between them, gets them used one in (un) the other: right serves politics or this valley that as best sees fit. Thus, a legal science that disregard the political factor of the right will be incomplete. Through bibliographical research, the article will examine the policy as complicating factor of the right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal epistemology, Right, State, Society, Constitutional law, Politics

Introdução

Um dos fatores condicionantes do desenvolvimento humano é a vida em sociedade: estando as pessoas unidas sobrevivência é mais fácil e a troca de experiências é difusora de conhecimento. Experiências negativas ensinam e, o mais importante, reunidas em torno de um sistema de vida, lançadas estavam as bases das sociedades que, posterior e evolutivamente, seriam os Estados.

Conviver em grupo requer regras e um comando. Do contrário, cada componente poderia fazer o que quisesse, prejudicando a coexistência pacífica, por conseguinte, a própria evolução. No meio do caos[1], é impões-se ordem e uma liderança capaz de organizar a estrutura e agregar os integrantes em torno da melhor escolha a ser feita pela e para a coletividade. Assim, Direito e Política possuem a mesma origem, a sociedade.

Umbilicalmente ligados em sua origem, seria possível separar o Direito da Política? Muitas vezes, como instrumentos de dominação eles são propositadamente sinônimos, agentes da mudança ou manutenção do poder.

1 O Direito como fruto da convivência social

O homem é ser magnífico e bestial, capaz de atos belíssimos e ações vis. Possui qualidades, defeitos, necessidades, instintos, nalgumas vezes impregnados de altruísmo, ao passo que, noutras age com mesquinhez. Por isso a convivência entre semelhantes, às vezes pode ser difícil, demandando então um regramento para ordenar a coexistência entre os indivíduos.

Na compreensão de Paulo Nader (2010, pg 27), “O Direito está em função da vida social. A sua finalidade é favorecer o amplo relacionamento entre as pessoas e os grupos sociais, que é uma das bases do progresso da sociedade”.

Onde existir um grupo de homens convivendo, independentemente da quantidade, se estará perante uma sociedade e, por conseguinte, ali haverá regras, o que é imprescindível, pois a multiplicidade de relações pessoais – harmoniosas ou conflituosas – requer normas e princípios para assegurar direitos e enumerar deveres para a garantia da coexistência social.

1.1 Surgimento do Direito

[1] Se cada um fizesse o que entende certo ou como prerrogativa sua, certamente haveria um caos.

Popular e simplificadamente, pode-se definir o Direito como o conjunto de regras a disciplinar o cotidiano dos cidadãos. Sociedade e Direito estão umbilicalmente ligados e já o assinalava Domício Ulpiano: *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ib jus; ergo, ubi homo, ibi jus* (onde o homem, aí a sociedade; onde a sociedade, aí o Direito; logo, onde o homem, aí o Direito).

As condutas e atos humanos já existem e sãos observados desde os primórdios como amar, brigar, defender, roubar, matar[2] , quando eis que surge (ou se constata) o Direito[3] para qualificá-los, a depender das escolhas e normatização feitas por determinada sociedade em seu tempo, como certo (lícito) ou errado (ilícito), premiável ou sancionável.

Na lição de Djacir Menezes (1964, pg 129) "a lei, a norma, como fenômeno de coexistência, emana da própria sociedade que se organiza e é nos fatos sociais, nas relações sociais que deverá ser perquirida, como fenômeno objetivo que é, não pura criação legiferante".

Como produto da coexistência humana em sociedade, o Direito é cultural, e por isso, Glauco Magalhães Filho ensina que

> 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 sua razão de existência: a arte liga-se ao belo, a ciência à verdade e o direito à justiça. (2006, p 160)

Por ter uma finalidade, um dever-ser, o Direito não tem existência própria senão em virtude do homem, por causa dos atos humanos, dos atos sociais. Consoante leciona Arnaldo Vasconcelos (2006, pg 21), o Direito

> [...] não existe em si e por si, como os substantivos: o homem, a máquina, o livro. Existe apenas de modo parasitário, em outras coisas, como é o próprio adjetivo. Estas outras coisas são precisamente os substantivos: o homem culto, a máquina eficiente, o livro volumoso. Direito não é, portanto, a conduta humana, mas o modo de ser (direito ou torto) desta conduta. Sob este ponto de vista, desempenha função qualificadora das atividades humanas como conformes ou contrárias à eticidade jurídica.

O Direito é fruto da convivência social e dela não pode se apartar sob pena de incorrer em grave erro como fez o Hans Kelsen.

---

[2] A Bíblia, por exemplo, no Gênesis, relata o primeiro casamento, quando Deus criou Eva para ser ajudadora de Adão. Também menciona o homicídio que Caim cometeu.

[3] Com perspectiva jusnaturalista, o Direito não surge mas é constatado quando da análise de determinado fato, enquanto para os juspositivistas o Direito aprece quando um fato incide sobre norma prevista)

1.2. Crítica à Teoria Pura de Hans Kelsen

A Ciência realiza-se mediante acertos e erros e hodiernamente, com base numa hipótese verificável, tem-se uma teoria. Kelsen falhou, contudo, ao conceber uma teoria sem fato, imaginar que o Direito, adjetivo parasita dependente de outrem para existir, possa se justificar: o Direito surge das relações humanas logo, é impossível dissociá-los.

Por existir em origem da sociedade, e para regulá-la, o Direito é fato social e não pode ser compreendido autônoma e isoladamente. O Professor austríaco, no entanto, idealiza a Teoria Pura do Direito, afastando toda e qualquer interferência ou contaminação humana: o Direito existe por si e encontra fundamento em si próprio.

O Direito pode (ria) subsistir desvinculado de sua fonte? Direito sem fato? Fato jurídico puro? Não! E Arnaldo Vasconcelos crava:

> [...] na verdade, não existe o fato bruto ou puro. O simples e instantâneo ato de vê-lo, de identificá-lo, importa já valoração e julgamento. A contemplação descomprometida, ingênua, está vedada ao homem. Todo olhar está carregado de teoria, portanto, apto ao processo de individuação, de diferenciamento e de escolha. Tal se verifica não só no processo de captação, mas também no modo de representação do objeto. "nossa linguagem – escreve Karl Popper – está impregnada de teorias: não existe enunciado de pura observação (A, 120). Só o empirismo tosco dos positivistas não percebeu essa evidência, que a teoria da ciência contemporânea elevou à categoria de postulado universal". (Vasconcelos, 2006, p. 51).

Impregnado com carga valorativa o Direito, além de não ser puro, reflete então as escolhas, os desejos daqueles que detenham o poder de produzir as normas: este fato é importante e por isso deve ser normatizado, garantindo assim a coexistência social.

2 Ciência do Direito

O homem, por natureza, é inquieto, desbravador, buscando sempre conhecer e entender o que se passa ao seu redor. O que move o mundo são as perguntas.

Era de esperar que o Direito na qualidade de fenômeno impregnado de conteúdo social, político, econômico, despertasse a curiosidade, o desejo de entendê-lo, a necessidade de estudá-lo, sistematizando – o, principalmente pelo fim que se propõe: a Justiça.

Cumpre destacar, e lamentar, o fato de que um dos problemas no estudo científico do Direito é a falta de conhecimento teórico, de "base" dos pesquisadores. Arnaldo Vasconcelos indica uma solução plausível (na verdade, precisa!):

> [...] as pessoas em geral temem os raciocínios complexos, por exigirem concentração e aprofundamento teórico, a que não estão afeitas da vida diária, dominada pela urgência e imediatidade". (2006, p 20).

Apesar das dificuldades inerentes à pesquisa, sobretudo jurídica, uma vez que traz consigo, a Política, a Filosofia, a Sociologia, muitos pesquisadores sistematizaram consistentes teorias sobre o Direito. Merecem destaque, ainda que em sínteses apertadas, as teorias do Direito de Miguel Reale e Arnaldo Vasconcelos.

2.1 Tridimensionalismo de Miguel Reale

Superando a visão equivocada e purista de Hans Kelsen, de exaltação ao normativismo e exclusão científica de outros componentes do Direito, Miguel Reale mantém a norma, recobra os fatos sociais e acresce os valores, concebendo assim uma Teoria Tridimensional do Direito: Direito é fato, valor e norma.

Se as necessidades humanas impelem às escolhas para o desenvolvimento de uma sociedade e o Direito é fruto/reflexo deste contexto social, há de se reconhecer que estas escolhas, portanto, os valores eleitos, são componentes (indispensáveis) do Direito.

Como dever-ser, um fim que se almeja, o Direito busca, respeita e se baseia em valores, escolhas. O Direito é um valor que se pretende enaltecer, resguardar.

Na lição de Paulo Nader (2010, pg 66),

> a ideia de valor está vinculada às necessidades humanas. Só se atribui valor a algo, na medida em que este pode atender a alguma necessidade. Assim, a necessidade, gera o valor; este coloca o homem em ação, que por sua vez, vai produzir algum resultado prático: a obtenção de algum objeto natural ou cultural, ou a mentalização e vivência espiritual de objeto ideal ou metafísico.

Glauco Magalhães Filho entende que

> o processo de inserção de um valor num contexto específico, diríamos que ele se desdobra sempre em um dever ser ideal, que, por sua vez, se adapta à realidade através de um dever ser normativo. No plano do Direito, a Justiça é o valor básico, o qual se desdobra em um dever ser ideal (Direito Natural). O *dever ser* ideal ajustado ao tempo dará surgimento ao *dever ser* normativo (Direito Positivo). (2010, p 167).

Como a valoração não é única e comporta várias possibilidades, bem o problema: quais fatos normatizar?

Com propriedade assevera, Arnaldo Vasconcelos (2010, pg 30)

> [...] na verdade, a escolha do fato, que servirá de suporte à norma jurídica, constitui operação complexa e muito delicada, por envolver apreciações de índole axiológica. Diante, por exemplo, de uma pluralidade possível de fatos econômicos, cada qual com sua diversidade de situações e circunstâncias, o legislador escolherá aquele que, preservando o máximo de liberdade individual, melhor satisfaça às exigências fundamentais do bem comum.

Com a inserção do valor no Direito e o reconhecimento de que ele deve ser justo, a Teoria Tridimensional de Miguel Reale já não é suficiente. Além de ser jurídico, o Direito deve ser justo e emanar de autoridade legítima para facilitar sua aceitação. Configura-se o Tridimensionalismo Axiológico de Arnaldo Vasconcelos.

2.2 Tridimensionalismo Axiológico de Arnaldo Vasconcelos

O Direito existe com a finalidade de promover paz e justiça social. É um deve-ser e, para realizar seu destino, exige mais do que apenas uma fato incidindo sobre norma previamente escolhida: é Direito, deve ser justo e legítimo.

Para os positivistas, a noção de justiça é estranha à definição de Direito, contudo é grave equívoco porquanto Justiça é pretensão idealizada e perseguida. Arnaldo Vasconcelos explica (2010, pg 30): "o Direito é um dever-ser para ser justo. Não se pense num dever-ser puro, mero conceito lógico e matemático, mas num dever-ser ético e axiológico". Assim por coerência resgata-se a Justiça como essência do Direito.

No mesmo sentido Glauco Magalhães Filho

> toda obra cultural é dirigida a um fim (valor). Às vezes, o valor ou fim é utilitário, como uma cadeira ou mesa, mas no caso do Direito, é um valor ético: a Justiça. A ciência foi criada para atingir a verdade, a arte para atingir o belo, e o Direito para atingir a Justiça. Segundo Tomás de Aquino, a Justiça, valor-fim do Direito, é bem devido a outro, de modo que ninguém pode ser justo consigo mesmo. (2006, p. 202).

Jurídico e justo são suficientes para (re)qualificar o Direito? Arnaldo Vasconcelos afirma que não e aponta a necessidade de complementaridade da estrutura axiológica. "De fato, não basta que seja Direito e que este seja justo. É preciso ainda que seja legítimo. Ao tempo: Direito, justo e legítimo. De início, ao Direito posto, mero sistema da legalidade, somou-se o valor da justiça; depois, e finalmente, adicionou-se o valor da legitimidade. Teve-se configurada, então, a tridimensionalidade axiológica do Direito." (VASCONCELOS, 2006, pg 31).

Como conceber ou vivenciar em sociedade um Direito que não é justo? Que não possua legitimidade jurídica ou política? É difícil e razão assiste ao Mestre de Camocim em seu Tridimensionalismo Axiológico do Direito.

3 Estado, Direito e Política

Reconhecendo que onde houver um grupo social, ali haverá Direito, é imperiosa e necessária, a renúncia: viver em sociedade requer abstenção e dedicação em prol de uma vida, senão perfeita, ao menos harmoniosa.

Para Arnaldo Vasconcelos (2010, p. 395),

> a limitação comum das liberdades, exigida para a possibilitação da sociedade humana, é o que precisamente se chama Direito. Foi desse modo, como compartição da liberdade, que surgiu o Direito na vida do homem. Veio para limitar as condutas recíprocas, a fim de que, cada um por si e todos em conjunto, pudessem coexistir segundo o maior grau possível de liberdade. Essa forma especial de convivência, a vida jurídica, ao pretender fazer-se valer de modo universal, criou para a sociedade a obrigação imperiosa de proteger-se e garantir-se.

Não à toa, Rousseau defende um pacto (2006, pg 20), sendo necessário "encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Este é o problema cuja solução é fornecida pelo contrato social".

Na união e *compartição de liberdades* estão as bases para o Estado e, consequentemente, para a política.

3.1 Estado e Direito

Direito e Estado são interdependentes ao ponto de Paulo Nader (2010, p. 129) afirmar "que a visão do fenômeno jurídico não pode ser completa se não for acompanhada pela noção de Estado e seus afins".

Para estabelecer, delimitar e organizar o Estado, surgiu a Constituição. Para Aristóteles, "a constituição de um Estado é a organização regular de todas as magistraturas[4], soberana de tudo. Em toda parte, o governo do Estado é soberano, e a própria constituição é o governo". (2007, p. 84).

Uadi Lammêgo Bulos define a Constituição como

[4] Contextualizando a expressão, magistratura seria o equivalente aos cargos públicos, à atual Administração Pública.

> [...] organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição e exercício do poder.
> Traduz-se por um conjunto de normas jurídica que estatuem direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos, consistindo na lei fundamental de uma sociedade. (2014, p. 100).

Dalmo de Abreu Dallari ensina que "todo Estado implica um entrelaçamento de situações, de relações, de comportamentos, de justificativas, de objetivos, que compreende aspectos *jurídicos*, mas que contém, ao mesmo tempo, um indissociável conteúdo *político*. De fato não é possível estabelecer-se nítida separação entre o jurídico e o político" (2005, p. 127).

Direito e Política são siameses.

3.2 Direito e Política

Aglomerações cada vez maiores e seus desafios proporcionais obrigaram os grupos sociais a adotar regras e reconhecer uma liderança. Surge, assim, paralela e umbilicalmente ligada ao Direito, a política como administração do Estado[5].

No dicionário política é (2014, *online*):

> **Política:** po.lí.ti.ca
> ***sf*** (***gr politiké***)
> **1** Arte ou ciência de governar.
> **2** Arte ou ciência da organização, direção e administração de nações ou Estados.
> **3** Aplicação desta arte nos negócios internos da nação (política interna) ou nos negócios externos (política externa).

Paulo Nader (2010, p 129) explica que "da mesma forma que a sociedade depende do Direito para organizar-se, este pressupõe a existência do *Poder Político*, como órgão controlador da produção jurídica e de sua aplicação. Ao mesmo tempo, a ordem jurídica impõe limites à atuação do Estado, definindo seus direitos e obrigações".

No entendimento de Dallari, "enquanto sociedade política, voltada para fins políticos, o Estado participa da natureza *política*, que convive com a jurídica, influenciando-a e sendo por ela influenciada, devendo, portanto, exercer um *poder político*. (2005, p 128),

Sempre existiu e sempre existirão as divergências: não há unidade de pensamento, de intenções ou preferências. Logo, é cristalino a noção de que os integrantes (de maneira isolada ou em grupos) de um corpo social tentarão quando possível influenciar as escolhas,

[5] Agerson Tabosa define o Estado como, "Sociedade organizada, com território e poder supremo, destinada a realizar o bem comum. Nesta definição, estão expressos os três elementos essenciais do Estado – povo, território e poder – e, ainda, a sua finalidade, o bem comum, realçado por muitos como seu quarto elemento". (2002, p 24)

determinar políticas públicas e interferir nas decisões do Estado. O confronto de propostas (ideias) divergentes e seus respectivos seguidores/apreciadores é inevitável. Há fatores (reais) lutando com poder e pelo poder de ordenar as regras do jogo.

A respeito desse jogo de forças, Ferdinand Lassalle assinala que há uma Constituição formal erigida numa *folha de papel*, e outra real, fruto dos *fatores reais de Poder*:

> [...] os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. (2011 p 22).

Diz, ainda, que "os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder" (2011 p 50).

Exercer influência, estabelecer ou ditar o Direito é ter poder.

3.3 Direito é Poder

O Direito, como ordenamento das convivências sociais, pode ser instrumento de manutenção do *status quo*, a depender dos fatos escolhidos, e, portanto, valorados, para regulação, mantendo a sociedade como está, ou promover mudanças por meio de alterações legislativas permissivas ou garantidoras de direitos.

Obviamente, as pessoas em posição de liderança perceberam que podem usar o Direito para tomar ou se manter no Poder e o desvirtuam para benefício próprio direcionando a ação estatal. Não se pode negar o uso político do Direito, seja para dificultar alterações sociopolíticas, seja a promoção de direitos a determinados grupos com pequena representatividade ou mudanças, visando à perpetuação do grupo dominante no poder.

Assinalou Rousseau, de maneira atualíssima, como se presenciasse o mundo contemporâneo, "o mais forte nunca é bastante forte para ser sempre senhor, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever. (2006, pg 12)" [6].

A interferência política no Direito é tão cristalina quanto nefasta e praticamente inevitável, pois, como já advertiu Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, em

[6] Em tempo: no dia 04/12/2014, o Congresso Nacional aprovou mudança na Lei de Diretrizes Orçamentárias desobrigando o Governo Federal de cumprir o superávit primário que revela a boa ou má governança das contas públicas. Mais do que isso, a aprovação mostrou que uns podem descumprir as leis, bastando alterá-las posteriormente, enquanto outros só podem cumpri-las.

sua célebre, influente e atual obra, *L'Esprit dês Lois* – "qualquer pessoa que tenha poder tende a abusar dele".

Tobias Barreto, com precisão, acentuou em relação ao Brasil-Império como se lesse os jornais de ontem:

> "Reina em nosso país uma doença perigosa: é a ambição de governar que ataca até os espíritos mesquinhos. Pequenos escritores de frivolidades literárias tornam-se facilmente homens de estado". (1962, p 124).

A batalha pela positivação dos fatos tidos como importantes, seja para reconhecer direitos ou proibir determinadas condutas, é diária (nos parlamentos) mundo afora, e observa-se facilmente no Brasil de hoje bastando acompanhar sessões de uma das casas do Congresso Nacional e constatar o embate entre ruralistas e ambientalistas, religiosos e ativistas sexuais, por exemplo. Nessas disputas político-ideológicas, os grupos pleiteiam em nome próprio, "esquecendo" a coletividade: valem-se do Direito para alterar a Política.

Para Oscar d´Alva e Souza Filho (2013, pg 39), "o Direito Positivo significa a vontade do mais forte, do poderoso. Direito é controle, é ordenação coercitiva. Nasce da força real dos grupos em conflito na sociedade civil".

O doutrinador maranguapense Djacir Lima Menezes, em 1964, alertou para a ideia de que

> [...] o poder de legislar se organizara, absorvendo a função de legislar. A lei que não corresponde às exigências sociais, exprimindo relações necessárias, é fenômeno de vontade e de pressão do poder, não é expressão jurídica que reflita a essência organizadora do direito. (1964, p. 130).

No jogo do poder, as forças antagônicas pelejam contra seus oponentes em busca do reconhecimento e consequente guarida no ordenamento jurídico estatal, promovendo assim avanços e recuos na condução política do Estado: a política é fator complicador do Direito.

Considerações finais

A convivência em sociedade é um dos fatores de desenvolvimento da pessoa humana. Unidas as pessoas trocam experiência, somam forças e superam dificuldades. É claro que a vida em grupo não é fácil, pois os seres humanos até podem ter certas afinidades, mas, certamente, não há unidade de pensamento ou intenções.

Então o Estado, o Direito e a Política apareceram, não simultaneamente ou com os mesmos propósitos, mas oriundos da vida em sociedade, e para garantir-lhe o desenvolvimento, senão harmonioso, pelo menos, pacífico.

Com a pluralidade de ideias, a divergência entre os componentes de um grupo é algo inevitável, tanto quanto o desejo de "convencer" (ou impor) a opinião por aqueles que são mais fortes ou ocupam postos de liderança. Naturalmente o ser humano quer mais, seja amor, dinheiro e, principalmente, poder.

Querendo mais, o líder de um grupo, clã, partido, nação ou Estado poderá usar vários mecanismos para aumentar ou perpetuar-se no Poder. Uma das possibilidades é valer-se do Direito.

Direito e Política são gêmeos produzidos pela sociedade e por isso, muitas vezes, são usados um para aperfeiçoar (ou distorcer) o outro. Quem cria, organiza ou modifica o Direito tem poder em sua sociedade. São inegáveis, a "politicidade", e o uso político, do Direito.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Ícone, 2007.

BARRETO. Tobias – **Estudos de Direito e Política**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura. 1962.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Forense. 2005.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=pol%EDtica>. Acesso em: 07 dezembro 2014.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. 3 ed. Campinas: Russel, 2011.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos Valores Jurídicos** – uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MENEZES, Djacir. **Introdução à Ciência do Direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1964

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense. 32 ed. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social** – Princípios do Direito Político. São Paulo: Martins Fontes: 2006.

SOUZA FILHO, Oscar d´Alva. **Tetralogia do Direito natural**: ensaios de Filosofia do Direito acerca das principais justificações ideológicas do Direito positivo ocidental. 3 ed. Fortaleza: Imprece, 2013.

TABOSA, Agerson. **Teoria Geral do Estado**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2002

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, Humanismo e Democracia.** 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

VASCONCELOS, Arnaldo. Sobre a coação jurídica: verbete para um dicionário de Filosofia do Direito. In: **Pensar**. Revista de Ciências Jurídicas – Vol 15, nº 2 (jul / dez. 2010)