

A necessária renovação da dogmática jurídica do Direito Público: Direito e Política para além do formalismo jurídico e do neoconstitucionalismo

The necessary renewal of the legal dogmatics of Public Law: law and politics beyond legal formalism and neoconstitutionalism

Luzardo Faria¹

Universidade de São Paulo, Brasil
farialuzardo@hotmail.com

Resumo

O presente artigo analisa a dogmática jurídica do Direito Público, seu desenvolvimento histórico e sua insuficiência para tratar dos problemas mais complexos do Estado na atualidade. Elegeu-se para análise dois marcos fundamentais da ciência do direito no Brasil: o formalismo jurídico oriundo do positivismo e o neoconstitucionalismo propagado após a Constituição de 1988. Com isso, verificou-se que nenhum dos modelos foi capaz de desenvolver uma estrutura adequada de relação entre direito e política. Enquanto o formalismo intentava uma utópica separação rígida do direito e da política, as consequências perversas do neoconstitucionalismo (com a judicialização excessiva da política e o ativismo judicial) acabaram por sobrepor o direito à política. Sendo assim, pretende-se com este artigo demonstrar a importância de desenvolvimento de um novo modelo de dogmática, o qual, embora naturalmente jurídico, tenha em sua essência o reconhecimento da importância da política para o Direito Público.

Palavras-chave: dogmática; Direito Público; política; formalismo jurídico; neoconstitucionalismo.

¹ Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de cursos de especialização em Direito Administrativo. Editor-Adjunto da Revista de Investigações Constitucionais. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA), do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN) e do Instituto Brasileiro de Direito Regulatório (IBDRE). Diretor-Executivo da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB/PR. Advogado. Universidade de São Paulo, PPGD, Largo de São Francisco, 95, Centro, CEP 01005-010, São Paulo/SP, Brasil.

Abstract

This article analyzes the legal dogmatic of Public Law, its historical development and its insufficiency to deal with the most complex problems of the State nowadays. Two fundamental milestones of the science of law in Brazil were chosen for analysis: the legal formalism deriving from positivism and the neoconstitutionalism propagated after the 1988 Constitution. With this, it was found that none of the models was able to develop an adequate relationship structure between law and politics. While formalism intended a utopic rigid separation of law and politics, the perverted consequences of neoconstitutionalism (with the excessive judicialization of politics and judicial activism) ended up overriding Law over politics. Therefore, this article intends to demonstrate the importance of developing a new model of dogmatic, which, although naturally juridical, has in its essence the recognition of the importance of politics for Public Law.

Keywords: dogmatic; Public Law; politics; legal formalism; neoconstitutionalism.

Introdução

“Há pelo menos quarenta anos a dogmática jurídica tem sido tratada como o inimigo a ser combatido pelos agentes modernizadores das instituições, sejam eles pesquisadores ou agentes públicos”. A constatação é feita por José Rodrigo Rodríguez (2009, p. 2) e não poderia ser mais verdadeira.

O presente trabalho volta-se contra a ideia de que a dogmática jurídica, principalmente aquela forjada sob o manto do formalismo jurídico, é um saber constituído exclusivamente para aplicação objetiva das normas jurídicas positivas, tendo por finalidade última manutenção do *status quo*. Ao mesmo tempo, tampouco se concorda com o modelo de ciência jurídica implementado no Brasil após a Constituição de 1988 com o paradigma do neoconstitucionalismo, o qual, com o intuito de aproximar o direito das questões sociais relevantes dispostas no texto constitucional, acabou por conduzir o Poder Judiciário ao papel de “oráculo da razão pública”, crendo no direito como o principal o único instrumento para realização dos objetivos fundamentais da República.

O que se pretende demonstrar aqui é que a dogmática jurídica do Direito Público necessita ser reformulada para poder apresentar as soluções necessárias e adequadas aos complexos desafios com os quais se depara cotidianamente o Estado contemporâneo, sendo que essa reformulação depende de um novo modelo de relacionamento entre os saberes do direito e da política. É o que se passa a expor.

A insuficiência do atual modelo de dogmática jurídica do Direito Público para enfrentar os problemas do Estado contemporâneo: uma leitura a partir das políticas públicas

Dogmática jurídica é uma expressão à qual, ao longo da história, foram atribuídos múltiplos significados. Para dar início às discussões do presente trabalho, pode-se tomar a dogmática jurídica como conceito semelhante ao de ciência do direito, assim como entende Luis Alberto Warat (1980, p. 3).

Também é interessante notar a aproximação que pode ser feita entre as noções de dogmática e tecnologia. A dogmática aborda o direito a partir de um ponto de vista técnico, como um conjunto de instrumentos, mecanismos e ferramentas de direção das condutas humanas. Seu objetivo principal, ademais, é racionalizar a técnica jurídica com finalidade prática, dando ordem e coerência ao instrumental jurídico fornecido pelo ordenamento. Avaliar as intenções que existem por trás de uma determinada norma e as relações que esta norma estabelece com outros comandos do ordenamento jurídico também faz parte da essência da dogmática. É nesse sentido que se considera a dogmática uma *tecnologia*, isto é, o uso de técnicas para aperfeiçoar o sistema jurídico (Amselek, 2006, p. 2526).

Em relação às principais funções desempenhadas pela dogmática, elas podem ser compreendidas em três grandes etapas: (i) *conceitualização*: mais atrelada ao positivismo exegético, essa etapa da prática dogmática pressupõe o direito positivo como sendo todo o ordenamento jurídico, de modo que caberia à ciência jurídica apenas conceituar e explicar as normas postas pelo legislador; (ii) *dogmatização*: nesta etapa, relega-se à ciência jurídica a função de desenvolver dogmas, categorias e princípios que, a partir da conceituação legal, servirão para ordenar teoricamente o funcionamento do Direito; (iii) *sistematização*: por fim, cabe também à dogmática jurídica fazer do Direito um sistema uno, com uma série de preceitos com caráter universal e uma estrutura comum a todos os ramos jurídicos (Warat, 1980, p. 34-35).

De modo geral, a dogmática passou a ser vista como conhecimento objetivo, destinado à reproduzir a legislação positiva. É paradigmática, nesse sentido, a seguinte analogia tecida pelo argentino Rafael Bielsa (1961, p. 69-70):

nas discussões sobre direito procedemos com a mesma serenidade de um matemático, pois a dogmática não se dirige a fins políticos, econômicos ou sociais, nem é influenciada por eles; é o direito positivo o que influencia as direções, visões ou tendências da dogmática; tampouco a dogmática possui substrato valorativo; também por isso a dogmática é objetiva.

Apoiado nessa visão de dogmática, o Direito Público brasileiro desenvolveu-se historicamente a partir de uma lógica estanque, de imposição unilateral das vontades do Estado e firmado em relações verticais estabelecidas entre o Poder Público e os particulares. Essa lógica, contudo, não é capaz de conferir um adequado tratamento jurídico às políticas públicas,

que estão no centro dos impasses jurídico-estatais mais complexos da atualidade e as quais são, por natureza, são multifacetadas, flexíveis e negociadas.

Assim sendo, o estudo de políticas públicas no Direito demanda uma revisão do papel e da estrutura do Estado na ordem contemporânea. Indo além, a lógica consensual e de negociação política que envolve as políticas públicas deve ser internalizada na abordagem jurídica, a fim de que o Direito possa, antes de tudo, compreender toda a complexidade desse tema e os desafios que o envolvem, para, em um segundo momento, poder apresentar soluções adequadas a eles.

Ao se analisar a prática das políticas públicas, constata-se que essa faceta comercial já é uma realidade. No desenrolar dos processos de políticas públicas, vê-se que, na estrutura interna da Administração Pública, há a necessidade de concertação de uma miríade de órgãos públicos e que as atividades se desenvolvem a partir de processos administrativos cada vez mais abertos à participação dos interessados. Além disso, a articulação entre os entes federativos em matéria de políticas públicas é mais uma nuance marcante desse cenário. Nessa linha também pode-se citar a questão do controle das políticas públicas, que cada vez mais se dá através de processos consensuais.

Após elencar uma série de características consideradas fundamentais sobre o Direito das Políticas Públicas, o jurista William H. Clune (1993) defende que, entre outros fatores, as políticas públicas têm forçado o direito a se organizar e executar a partir de uma lógica de cooperação. Tal constatação vai ao encontro da leitura que Charles-Albert Morand (1999) realiza acerca do intitulado "*Direito pós-moderno das Políticas Públicas*". Nesse trabalho, Morand parte da demonstração de que o direito tradicional, rígido e inflexível, é insuficiente para tratar das políticas públicas. Assim, a internalização das políticas públicas como temática indissociável do direito opera transformações na estrutura estatal, podendo se falar atualmente em um Estado Reflexivo e Indutor.

No Estado Reflexivo, segundo Morand, o Poder Público abre mão cada vez mais de instrumentos autoritários e busca dialogar e negociar com aqueles que são interessados na construção de uma determinada política pública. A ideia dos programas relacionais é respeitar a autonomia dos grupos e sistemas sociais, ao mesmo tempo que orienta eles a uma direção comum e pré-determinada pelo Estado. Um dos efeitos disso é dar maior importância aos particulares no processo de formação, implementação e aplicação das políticas públicas, seja na etapa de criação da legislação, seja na negociação de decisões concretas, seja permitindo que os grupos sociais se autorregulem. Aprendizagens importantes para nossa realidade também podem ser extraídas do modelo tido por Morand como "Estado Indutor", cuja principal característica é renunciar a coerção típica da ação estatal para exercer uma influência suave sobre os comportamentos daqueles que ele pretende atingir, conduzindo-os a uma finalidade pré-estabelecida.

Como se percebe, há um descompasso entre a dogmática jurídica tradicional e os desafios do Estado contemporâneo. Por um lado, a dogmática jurídica tradicional parte do pressuposto de que seria possível operar o direito sem quaisquer referências de caráter sociológico, antropológico, político e econômico, tratando-se de uma elaboração conceitual objetiva do direito vigente, sem maiores indagações de viés ideológico ou político (Warat, 1980, p. 34).

Por outro, o Estado é cotidianamente convocado a resolver conflitos que, ainda que sob o prisma jurídico, são essencialmente políticos. A pandemia da Covid-19, causada pelo vírus Sars-CoV-2, trouxe diversos exemplos nesse sentido. Das diversas dificuldades que o direito enfrentou para lidar com a crise da Covid-19 no Brasil, uma das principais é referente à relação entre os entes federativos que atuam na formulação e execução de políticas públicas de saúde.

Durante o combate à pandemia, instaurou-se um cenário de grande conflito entre os entes federativos acerca de quais medidas deveriam ser tomadas no enfrentamento a essa crise. Diversas situações concretas ocorridas ilustram bem essa dificuldade de coordenação federativa, como, por exemplo, a existência de diferentes ordens políticas acerca de fechamento de comércio e de isolamento social, além da utilização, por parte da União, do instituto da requisição administrativa em face de outros entes federativos para obtenção de aparelhos respiradores.

A falta de cooperação entre os entes federativos, portanto, foi um dos principais obstáculos que o Brasil enfrentou (e, de certo modo, ainda está enfrentando) no combate à Covid-19. Com os entes federativos atuando de maneira desordenada, dificultou-se a atuação no SUS e mesmo a difusão de medidas de prevenção entre a população.

Uma dogmática jurídica calcada em uma adequada relação entre direito e políticas públicas mostra-se útil para esse tipo de problemática. Em primeiro lugar, por demonstrar que o problema em questão não será resolvido estritamente por instrumentos jurídicos. A simples leitura do texto constitucional ou mesmo de normas legais e infralegais dificilmente irá trazer uma solução adequada para o problema. O impasse dos conflitos federativos só será resolvido após a consciência de que esse não é um debate unicamente jurídico e que depende de arranjos políticos, econômicos e sociais para ser bem desenvolvido. E, em segundo lugar, por reforçar a importância da elaboração de mecanismos jurídicos de articulação no Direito Público, o que vai ao encontro da natureza negocial dos conflitos políticos.

A relação entre Direito e Política no marco do formalismo jurídico e seus reflexos para a dogmática jurídica

O conteúdo da dogmática jurídica do Direito Público ainda é fortemente marcado pelas influências que sofreu do paradigma do formalismo jurídico, que norteou a ciência jurídica por diversas décadas, tendo vigorado com certa soberania no direito brasileiro ao menos até os anos 1980.

Do ponto de vista teórico, o formalismo representa um conjunto de técnicas de interpretação jurídica baseada na conceituação das normas jurídicas e que recusa a referência às finalidades da norma ou aos seus aspectos políticos, além de também não admitir a relevância das preferências/intuítos extrajurídicos do intérprete (Kennedy, 2001, p. 8634).

Nessa linha, o formalismo se apresenta inicialmente como uma alternativa à ausência de racionalismo e previsibilidade da seara jurídica. Seu intuito é excluir da metodologia jurídica a influência de valores morais ou políticos do julgador, além de limitar rigorosamente o objeto de estudo da dogmática jurídica para o direito positivo. Com isso, pretende fazer do sistema

jurídico um sistema lógico-formal, que se estrutura integralmente a partir da prevalência da legislação positiva enquanto fonte de um ordenamento coeso e íntegro (Flach, 2000, p. 2).

Sendo assim, o conceito de formalismo envolve a noção de que as normas jurídicas têm a função de limitar às margens de escolha do julgador (Schauer, 1988, p. 509), de modo que a interpretação formalista se resumiria à identificação de qual seria a norma jurídica válida aplicável ao caso concreto e a sua posterior aplicação, considerando o significado extraível diretamente do texto legal.

O impacto dessa visão de encarar o direito para a dogmática é sensível. Para muitos autores, aliás, a dogmática jurídica passou a ser visto como sinônimo de formalismo e, por conta disso, de estruturação de um saber voltado à manutenção do *status quo*.² Essa assimilação, contudo, não parece adequada. Como dito anteriormente, parece mais correto enxergar a dogmática enquanto ciência do direito e, em sendo ciência, ela estará vulnerável a sofrer constantes adaptações conforme novos paradigmas metodológicos forem se apresentando e sendo praticados.

No marco do formalismo, a dogmática limita-se a descrever e explicar o conteúdo do direito vigente, sem questionar sua legitimação ou justificação. Assim, verifica-se que a dogmática jurídica do formalismo pressupunha uma *rígida separação entre direito e política*, no intuito de que o direito se limitasse ao estudo e a aplicação das normas positivas, sem se preocupar com questões políticas, econômicas ou sociais.

Atualmente, é fácil notar as falhas inerentes a essa forma de encarar a dogmática jurídica. Há, contudo, contribuições importantes para a ciência do direito que surgiram a partir do marco do formalismo jurídico e que não devem ser abandonadas por completo nem mesmo a partir do reconhecimento de que direito e política são saberes mútuos e intimamente ligados, como se pretende demonstrar nesse trabalho.

Nesse sentido, dentre os debates travados por autores formalistas, pode-se destacar por ora as contribuições legadas pela obra de Hans Kelsen ao desenvolvimento da dogmática jurídica, notadamente a demonstração, empreendida em tom crítico pelo jurista, de que até a época de seus estudos boa parte das teorias de direito defendidas naquele momento recaíam em confusões quanto ao método jurídico e o método sociológico de se fazer ciência. A partir disso, Kelsen advoga pela necessidade construção de um método jurídico de estudo do direito, que fosse autônomo em relação ao método das demais ciências sociais (Santos, 2018, p. 2654).

Ao contrário do que frequentemente propaga o senso comum no direito, Kelsen não defendia a ideia de que o direito não se relacionava com outras áreas do saber. Pelo contrário, o autor expressamente reconhecia a influência da política e da economia, por exemplo, para a construção do direito. Para Kelsen, pura deveria ser a *teoria do direito* e não o *direito em si*. Nessa linha, o que defendia o autor era que do ponto de vista metodológico a ciência do direito não deveria se "misturar" com a metodologia de outras áreas do conhecimento.³

² A ligação entre dogmática e formalismo é apenas um dos conceitos utilizados para esse termo. Pode-se apropriar de outros, mais relacionados à ideia de ciência jurídica. Para ver os diferentes conceitos de dogmática, cf. Nuñez Vaquero (2014, p. 246).

³ "Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [psicologia, sociologia, ética e teoria política], fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto." Kelsen (2006, p. 1-2).

Essas concepções foram essenciais para o desenvolvimento da dogmática jurídica enquanto forma autônoma do saber, que utiliza de seus métodos próprios para atingir seus objetivos (também próprios). Nessa linha, devem ser rechaçadas as teses pejorativas de que o direito não é produto da ciência.

Alberto Calsamiglia (1990), com esse intuito, demonstra que parte das críticas proferidas contra o desenvolvimento de uma ciência jurídica autônoma possuem uma confiança ilimitada no empirismo, pouco valorizam o papel exercido pelo saber na constituição do objeto de estudo e não percebem que a ciência não é uma mera reprodução das leis da natureza e tampouco um saber universal e imutável. A conclusão sustentada por Calsamiglia é a de que se deve abandonar a crença de que existe apenas uma metodologia de ciência ou mesmo uma definição de ciência. É inapropriado usar critérios metodológicos de outras áreas do saber para definir se o estudo do Direito é ou não uma ciência. Com efeito, considerando que os dogmáticos jurídicos se comunicam entre si através de uma linguagem comum da sua própria comunidade, que os juristas partilham entre si os seus avanços e estudos e que o direito se utiliza de métodos e estilos próprios à sua área (como o formalismo e a preocupação finalista), é inegável o reconhecimento do direito enquanto manifestação científica.

Sendo assim, do ponto de vista da dogmática o paradigma positivista-formalista relegou ao direito a importante contribuição de desenvolvê-lo como ciência autônoma, com sua metodologia própria e com seus objetivos específicos. Contudo, a dogmática formalista pecou pela separação absoluta que pretendeu empreender entre direito e política.

De certo modo, ainda continua válido o postulado positivista de que "enquanto disciplina normativa, a ciência do direito só pode responder a problemas normativos" (Santos, 2018, p. 2655). No entanto, isso não significa que o direito não possa contribuir para a solução de outros problemas (de caráter social, econômico ou político). O que o direito deve fazer é reconhecer seu campo de atuação. Seus limites de contribuição, nesse sentido, estão dentro da seara da normatividade, fornecendo ao Estado instrumentos jurídicos para que este, em um segundo momento, possa utilizá-los para combater os problemas dessas outras áreas.

Independentemente dos avanços trazidos pelo formalismo e das excessivas críticas que essa abordagem sofre até os dias de hoje, o que se deve ter em mente é que há a possibilidade de desenvolvimento de "versões mais sofisticadas [da dogmática jurídica] que procuram incorporar as necessidades sociais sem descaracterizar sua racionalidade própria" (Rodríguez, 2009, p. 2). O tema será retomado mais ao final deste trabalho. Antes, é preciso tratar do paradigma que mais recentemente subverteu a dogmática jurídica do direito público no Brasil: o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, a judicialização da política e o ativismo judicial: o Direito sobre a Política no Brasil do Século XXI

As transformações ocorridas no Direito brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988 impactaram fortemente a dogmática.⁴ Logo de início, verifica-se um rompimento doutrinário com a dogmática jurídica vigente até então. Luís Roberto Barroso (2001, p. 19) expressamente consigna em sua obra que o neoconstitucionalismo acarreta a superação da dogmática jurídica tradicional, tida por ele como inoportunamente formalista e objetiva.

Nessa linha, os teóricos dessa era nova (Lynch e Mendonça, 2017) analisam com desprezo a história constitucional brasileira anterior a 1988. Trataram-na, inclusive, sob o signo de “*pré-história*”, com o simples intuito de descrevê-la enquanto um modelo a não ser seguido. Com isso, davam início ao seu projeto de instituir no Brasil as teses da doutrina da efetividade, que teriam dado início, em sua visão, à real história constitucional brasileira.

De fato, a emergência de novos atores sociais, potencializados por um amplo rol de direitos e garantias fundamentais e de um acesso mais facilitado ao Judiciário, pôs em xeque a dogmática tradicional, exigindo que a ciência do direito e seus institutos se adaptassem às novas demandas individuais e coletivas da sociedade (Wolkmer, 2013, p. 123-124). Nas palavras de Luis Roberto Barroso (2001, p. 23), o que ocorreu no direito brasileiro após a Constituição de 1988 foi o “surgimento de uma geração *menos dogmática*, mais permeável a outros conhecimentos teóricos e sem os mesmos compromissos com o status quo.”

Enquanto resposta à pretensão de estabelecimento de um Estado Democrático de Direito e contraposição aos anos de regime ditatorial que o Brasil viveu na segunda metade do Século XX, a Constituição de 1988 pretendeu servir como norma jurídica vinculante e de aplicabilidade imediata, incorporando a seu texto valores morais e preocupações políticas do país e trazendo para o âmbito jurídico problemáticas sociais e econômicas. Para comprovar isso, basta uma rápida observação aos temas que a Constituição elegeu como objetivos fundamentais da República em seu art. 3º.

Com efeito, é visível que a Constituição de 1988 estreitou novamente as relações entre direito e política no Brasil, parecendo deixar no passado à rígida separação entre esses temas intentadas pelo formalismo jurídico. Calcada nesse novo paradigma, a dogmática jurídica pós-88 passou a se desenvolver com os olhos voltados à efetividade das normas constitucionais e à aplicação do pós-positivismo, com a substituição da ideia de subsunção de regras à de ponderação de princípios. Essa nova etapa da dogmática jurídica brasileira ficou marcada pela teoria do *neoconstitucionalismo* (também frequentemente referida como doutrina constitucional da efetividade).

Na síntese promovida por Ana Paula de Barcellos (2005, p. 91), a dogmática jurídica liderada pelo neoconstitucionalismo pode ser explicada a partir dos seguintes postulados: (i) a

⁴ Segundo Paulo Ricardo Schier (2005, p. 147), o neoconstitucionalismo inaugura um novo momento para a dogmática: “não sem razão, chegou-se mesmo a um momento, atualmente, de falar-se em um “neoconstitucionalismo”, ou seja, um novo momento da dogmática”.

Constituição estabelece as finalidades essenciais do Estado, com especial destaque à promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas são o meio pelo qual os objetivos constitucionais podem ser atingidos; (iii) uma vez que o atingimento dessas finalidades, através de políticas públicas, perpassa por escolhas constitucionais, cabe ao Judiciário controlar o cumprimento dessas finalidades.

Em sentido semelhante, Luis Prieto Sanchís (2003, p. 117), um dos principais teóricos estrangeiros que mais influenciou o desenvolvimento da teoria neoconstitucionalista no Brasil, elenca entre as máximas dessa abordagem jurídica "a onipotência da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, sobrepondo-se a espaços abertos a discricionariedade legislativa e a onipotência judicial em relação à autonomia do legislador".

Como se vê, a forte atuação do Judiciário em temas políticos, antes relegados à atuação quase exclusiva do Legislativo e do Executivo, é uma marca fundamental dessa forma de encarar o direito. Nessa nova realidade, o Poder Judiciário vai, aos poucos, tornando-se cada vez mais presente e próximo na vida dos cidadãos. A facilitação do acesso à justiça, a criação dos Juizados Especiais e a utilização em larga escala das ações civis públicas para fazer com que o Judiciário decida temas atinentes a políticas públicas abrem portas para uma sobreposição do direito ao político. Nesse contexto, "o juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos" (Vianna *et al.*, 2007, p. 41).

Trata-se do conhecido fenômeno da *judicialização da política*. Em que pese a utilização muitas vezes não precisa desse termo, de modo geral a doutrina considera a judicialização da política como o fenômeno pelo qual questões típicas da arena política, desde o controle de omissões do Poder Executivo até a verificação da validade jurídica de normas aprovadas pelo Poder Legislativo, são levadas à apreciação do Poder Judiciário, que não seria o primeiro incumbido para tratar dessas questões (Maciel e Koerner, 2002, p. 114).

A judicialização, contudo, não é por si só uma deformidade do sistema de separação harmônica entre os três Poderes da República. No modelo de desenho institucional implantado pela Constituição Federal de 1988, a judicialização da política é inevitável. Por outro lado, quando se verifica excessos na judicialização da política, com o Judiciário adentrando temas que não seriam de sua competência ou utilizando de meios de decisão não previstos no texto constitucional, o que entra em cena é o *ativismo judicial*, a versão "corrompida" do fenômeno da judicialização (Streck, 2016).

Na prática, a dogmática do neoconstitucionalismo acabou por fazer com que o Poder Judiciário se tornasse a "porta das esperanças"⁵ de todos aqueles que não recebem dos demais Poderes do Estado as prestações necessárias para a tutela de seus direitos. Nesse contexto, não mais apenas em matéria de direito, mas também em matéria de política o Judiciário – e em especial o Supremo Tribunal Federal – passou a nortear decisões relevantes para o país, consagrando a era da "supremocracia"⁶.

⁵ O termo é extraído de Hachem (2014, p. 48-54).

⁶ Sobre o termo, cf. Vieira (2008).

A partir dessas concepções, a dogmática jurídica passou a ver o direito como o principal ou até mesmo o único instrumento para transformar a realidade social e política do país. Partindo do pressuposto de que o Executivo e o Legislativo não possuem condições de liderar essa transformação, a doutrina do neoconstitucionalismo atribuiu ao Poder Judiciário uma função *iluminista*, no sentido de “uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens.” (Barroso, 2018, p. 2208).

Há diversos problemas nessa aceção. O primeiro deles é o de que essa forma de encarar a dogmática jurídica gera uma concepção isolada do direito e de suas atribuições. E o maior problema é que com isso deixa-se de considerar, no âmago da dogmática, “as dimensões econômica, política e cultural do direito enquanto fenômeno da realidade social, limitando-se a manejar conceitos instrumentais em termos de processos judiciais.” (BELLO *et al.*, 2019, p. 1777).

Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição de 1988 e da consagração do neoconstitucionalismo como marca latente da dogmática jurídica, o que se nota é que a aproximação pretendida entre direito e política, embora tenha se realizado, ocorreu de maneira trágica. Relegou-se tanta importância ao direito na resolução de conflitos políticos e sociais que o direito, nesse contexto de judicialização excessiva e de ativismo judicial, acabou por se colocar *sobre* a política, com o pretexto de que as melhores soluções para o país seriam sempre extraíveis do texto constitucional e através de debates jurídicos.

É sintomática, nesse sentido, a mudança de posicionamento praticada por José Joaquim Gomes Canotilho, provavelmente o constitucionalista estrangeiro mais citado pela doutrina brasileira da efetividade da constituição. A obra de Canotilho sobre a função dirigente da Constituição e a vinculação do legislador ordinário dá sustentação a boa parte das transformações fomentadas pelo neoconstitucionalismo nas funções da dogmática jurídica.

Mais recentemente, contudo, Canotilho (2008, p. 131-162) expressamente abandonou a teoria do dirigismo constitucional, explicando que atualmente não mais enxerga na Constituição o *locus* adequado para a resolução de todos os problemas sociais do país. Nessa linha, afirma que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo for entendido como normativismo constitucional, revolucionário, capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias.” (Canotilho, 2001, p. XXIX).

Embora seja o principal propulsor da dogmática neoconstitucionalista no Brasil, Barroso (2001, p. 45) também reconhece que “o constitucionalismo, por si só, não é capaz de derrotar algumas das vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira” e que “o Direito tem seus limites e possibilidades, não sendo o único e nem sequer o melhor instrumento de ação social”.

Na dogmática jurídica brasileira, contudo, o dirigismo constitucional ainda não foi abandonado. Ainda se crê no direito como principal motor de transformação da sociedade. Na visão de Maria Paula Dallari Bucci (2018, p. 64), essa forma de encarar o fenômeno jurídico “seria uma proteção, uma blindagem contra o mundo da política, corrompido e difícil de operar”. Tal blindagem, entretanto, apenas prejudica o adequado desenvolvimento da

dogmática enquanto saber voltado a fornecer ao Estado instrumentos jurídicos para a realização de suas tarefas.

Direito e Política como saberes complementares na dogmática jurídica do Direito Público

Nas últimas décadas, a dogmática jurídica do Direito Público brasileiro viu-se diante de um confronto instalado entre o paradigma do formalismo jurídico, de um lado, e do neoconstitucionalismo, de outro. Fez-se parecer, assim, que haveria apenas essas duas formas de encarar o fenômeno jurídico. Trata-se, contudo, de uma falsa dicotomia, que remete à inoportuna ideia de que a dogmática jurídica deve se estabelecer em um polo ou outro desse debate, sem considerar a possibilidade de pontos intermediários.

Partindo desse reconhecimento, Andrés Botero Bernal (2206, p. 33; 53) defende que nem o formalismo jurídico, nem a dogmática dos princípios e valores morais (algo que pode ser encarado, na realidade brasileira, como semelhante à teoria neoconstitucionalista) permitem enfrentar de maneira adequada os desafios com que se depara o direito nos países latinoamericanos.

Em linha semelhante, José Rodrigo Rodriguez (2009, p. 14), um dos teóricos do direito que mais se dedicam ao estudo da dogmática jurídica no Brasil atualmente, também entende que a caricatura feita da dogmática como instrumento excessivamente formalista e de manutenção do *status quo*, embora possa ter servido como crítica para aprimorá-la em um determinado momento de nossa história, deve ser abandonada, vez que não corresponde ao estado atual da pesquisa científica em direito no Brasil. Hoje, é certo que a dogmática pode, sim, contribuir com os avanços sociais do país.

Já se percebeu, contudo, que essa contribuição não virá através do modelo implementado pelo paradigma neoconstitucionalista. É que, como já explicado, a crença de que o direito resolveria todos os problemas da sociedade brasileira acabou por afastar as questões políticas, econômicas e sociais do debate público, sendo esse o principal fator que faz com que, 30 anos após a promulgação da Constituição, as ilusões com a Constituição de 1988 estejam se desfazendo. Nesse sentido, são dignas de destaque as palavras de Enzo Bello, Gilberto Bercovici e Martonio Lima (2019, p. 1774) sobre o assunto:

A teoria da constituição dirigente é uma teoria da constituição autocentrada em si mesma, uma teoria “auto suficiente” da constituição. Ou seja, criou-se uma teoria da constituição tão poderosa, que a constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Consequentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A teoria da constituição dirigente, portanto, é uma teoria da constituição sem teoria do Estado e sem política. E o paradoxal é que a constituição só pode ser concretizada por meio da política e do Estado.

Conforme explicado pelos autores (Bello *et al.*, 2019, p. 1776), a proposta teórica da doutrina constitucional da efetividade pressupõe que a efetividade das normas constitucionais

passa unicamente pelas vias jurídicas, notadamente através da interpretação constitucional e da argumentação jurídica, pelos atores tradicionais do sistema jurídico (Poder Judiciário, Ministério Público, advocacia, etc.) e pela utilização de ações judiciais (sejam individuais ou coletivas).

Esse foco inteiramente voltado ao Poder Judiciário, entretanto, não é o caminho a ser seguido pela dogmática jurídica. É evidente que o direito sempre terá que se preocupar com a resolução de conflitos na via jurisdicional. No entanto, já chegou a hora de se perceber que as mudanças estruturais que a Constituição pretende para o Estado e para sociedade brasileira não passam por esse âmbito.

Nesse sentido, Roberto Mangabeira Unger (2017, p. 37) afirma que se deve abandonar a ideia de que os juízes são os principais destinatários da dogmática jurídica. A preocupação maior da dogmática do Direito Público não pode ser com a pergunta “como um juiz deveria decidir esse caso?”, e sim com questões estruturais das instituições jurídico-políticas do Estado. Para Mangabeira, a atual dogmática focou excessivamente na resolução de conflitos jurisdicionais e esqueceu-se do papel institucional do direito.

Para explorar o papel institucional do direito, contudo, a dogmática deve se reconciliar com a política (se é que algum dia chegaram a conviver harmonicamente). Nem a separação rígida pretendida pelo formalismo, nem a sobreposição do direito à política causada pelo neoconstitucionalismo. O que se busca é uma dogmática jurídica que reconheça a importância da política e integre-a em seu método científico.

É preciso compreender que os comandos normativos são frutos de conflito e de negociação política, do mesmo modo como sua aplicação também o é. Tentar estudar ou aplicar o direito afastado da política é negar a realidade e se distanciar de qualquer contribuição significativa que a política tem a oferecer ao direito. Nesse sentido, William Clune (2021, p. 25), jurista dedicado ao estudo de políticas públicas, propõe um modelo jurídico de implementação de políticas públicas que possui em sua natureza a essência política: “o modelo é político no sentido de que as duas fases da produção normativa – formação e implementação de políticas – são representadas como um processo de luta, conflito e compromisso entre grupos de interesses conflitantes”. Essa relação intrínseca entre o direito e a política de fato marca a forma como Clune encara o direito: “o “direito” é simplesmente o equilíbrio atingido pelas forças em disputa, em um dado estágio do processo”.

Em que pese a outrora pretendida divisão entre direito e política, a separação entre essas duas áreas é evidentemente artificial. Desde a sua criação, o direito é fruto da política, uma vez que a principal fonte de direito (a Constituição e as Leis) são produto da atuação política do Parlamento (e, em determinados casos, do Executivo em conjunto).

Ainda assim, poderia se dizer que a separação entre direito e política deveria ao menos ocorrer na aplicação do direito, momento em que o operador (seja um magistrado ou qualquer outro agente que atue com a aplicação prática de normas jurídicas) não deveria se deixar influenciar por questões políticas. Novamente, trata-se de desejo inocente. A ideologia, a moral e as visões de mundo do magistrado, a relação do Poder Judiciário com outros órgãos públicos, a influência de atores políticos, da pressão popular e da mídia nos julgamentos e até mesmo a

instintiva busca do Judiciário pela expansão e preservação de seus poderes são fatores que invariavelmente impactam a aplicação prática do direito.

Desse modo, deve-se ter em mente a importância da dogmática jurídica como ciência autônoma do saber, que lida com um objeto próprio e que tem suas específicas contribuições a fazer ao Estado. Isso, contudo, não significa que se deva voltar à ideia de uma teoria pura do direito.⁷ Pelo contrário: as respostas aos desafios mais complexos do Estado contemporâneo demandam que a dogmática jurídica encarne em seu método o aspecto político que já é tão trabalhado em outras ciências sociais. Isso não desnatura a dogmática jurídica, tampouco significa que ela deve se render às metodologias e aos objetivos das outras ciências sociais.

A função prescritiva, por exemplo, está no âmago da dogmática jurídica. Através de transformações "extralegislativas", a dogmática jurídica cumpre uma importante função de reformular o direito positivo e as instituições públicas (Warat, 1980, p. 40). Esse, inclusive, é um dos pontos fundamentais pelos quais Kelsen sente a necessidade de se desenvolver uma ciência autônoma para o direito. Para ele, está na essência do direito trabalhar com o "dever ser" e com proposições, diferentemente de outras ciências sociais, que possuem um caráter mais descritivos e trabalham com o que "é" ou "não é" (Santos, 2018, p. 2654).

A construção dessa nova dogmática, todavia, deve ser feita de maneira cuidadosa. A questão do viés prescritivo do direito, aliás, é um bom exemplo para demonstrar a necessidade de cautela metodológica. Como alerta Maria Paula Dallari Bucci (2018, p. 38), "sem distinguir os momentos de observação e prescrição, o jurista muitas vezes perde o senso crítico, projetando suas condições subjetivas prévias na tela das conclusões do trabalho investigativo".

Sabe-se que o desenvolvimento de um modelo dogmático que, embora naturalmente jurídico, consiga conciliar direito e político não é tarefa fácil. Clune (2021, p. 74) alerta que "é difícil ensinar a nova forma jurídica integrada à política, não apenas por ser nova, mas também por deixar a natureza do conhecimento jurídico em uma condição problemática e, portanto, subjetivamente ameaçada". O desafio, contudo, está posto e deve ser objeto de atenções aprofundadas dos juristas do Direito Pública, sob pena de suas disciplinas perderem cada vez mais utilidade para a resolução dos desafios mais impactantes do Estado.

Conclusão

Como visto no trabalho, a dogmática jurídica tem sido objeto de disputa entre diferentes correntes da ciência do direito, visto que através dela molda-se o ordenamento jurídico e tudo a sua volta.

Inicialmente, no marco do formalismo teórico, pretendeu-se desenvolver uma dogmática calcada em uma separação rígida entre direito e política, no pensamento de que essa seria a melhor forma de garantir a aplicação imparcial e objetiva das normas jurídicas. Essa estanque divisão, contudo, trouxe-se graves colaterais para a dogmática, tornando-a estéril em matéria política por um bom período de tempo.

⁷ É utópico (e também inadequado) pensar que "a autonomia [científica] do Direito necessita de um Poder Judiciário independente, capaz de exercer sua função institucional sem qualquer interferência da Política." Streck; Tassinari; Lima (2013, p. 755.).

Quanto a isso, são irretocáveis as palavras de Barroso (2010, p. 25) de que “a energia despendida na construção de um muro de separação entre o direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada”, devendo-se “entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar, no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do direito”.

Por conta dessa visão mais tradicional da dogmática, ocorreu no Brasil um processo de estigmatização da dogmática jurídica, promovido por correntes que pregavam abordagens interdisciplinares no Direito, sendo essa enxergada como técnica utilizada por autores sem compromissos com transformações sociais ou políticos (Rodríguez, 2009, p. 2).

Sendo assim, quando urge, junto à promulgação da Constituição de 1988, a necessidade de o direito apresentar respostas às demandas sociais da população, as bases da dogmática até então desenvolvida mostram-se insuficientes. Com isso, desenvolve-se uma nova dogmática jurídica para o direito público brasileiro, calcada nos fundamentos oriundos do paradigma do neoconstitucionalismo.

Na prática, contudo, essa nova realidade acabou por gerar um cenário de judicialização excessiva da política e de ativismo do Poder Judiciário. Com o direito sendo visto como principal ou único instrumento para a transformação social, a política foi colocada em segundo plano. Após três décadas desse novo cenário, ele também se mostra inadequado para responder às demandas mais complexas do Estado contemporâneo, as quais perpassam em sua essência por aspectos políticos.

Nesse sentido, “sem um pensamento teórico estruturado que dê conta da conjugação das dimensões política e jurídica, sem distinguir prescrição de análise ou reflexão abstrata da aplicada, dificilmente se evoluirá numa estratégia de melhoria institucional e do sentido de coesão do estado brasileiro” (Bucci, 2018, p. 65).

O que se pretendeu demonstrar neste trabalho, em resumo, foi a necessidade de se repensar a relação entre direito e política como a linha diretiva de uma nova dogmática jurídica. Apenas assim o direito poderá cumprir sua missão maior de fornecer ao Estado os instrumentos jurídicos adequados à persecução de suas finalidades.

Referencias

- AMSELEK, P. 2006. El paradigma positivista de la dogmática jurídica. *Anuario de Derechos Humanos – Nueva Época*, 7(1):17-38.
- BARCELLOS, A. P. de. 2005. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e políticas públicas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, 240;83-103.
- BARROSO, L. R. 2010. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, 12(96):5-43.
- _____. 2018. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, 9(4):2171-2228.
- _____. 2001. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ*, 4(15):11-47.

- BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M. M.'Alverne. 2019. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?. *Revista Direito e Práxis*, **10**(3):1769-1811.
- BERNASCONI RAMÍREZ, A. 2007. El carácter científico de la dogmática jurídica. *Revista de Derecho (Valdivia)*, **20**(1):9-37.
- BIELSA, R. 1961. *Metodología Jurídica*. Santa Fe, Editorial Castellví.
- BOTERO BERNAL, A. 2006. Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: (formalismo versus principios y/o valores). *Opinión Jurídica*, **5**(9):33-61.
- BUCCI, M. P. D. 2018. A Teoria do Estado entre o jurídico e o político. In: M. P. D. BUCCI; M. GASPARD (orgs.). *Teoria do Estado: sentidos contemporâneos*. São Paulo, Saraiva.
- _____. 2019. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, **5**(3):791-832.
- CALSAMIGLIA, A. 1990. *Introducción a la ciencia jurídica*. 3ª. ed. Barcelona, Editoria Ariel.
- CANOTILHO, J. J. G. 2001. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra, Coimbra Editora.
- _____. 2008. Estado pós-moderno e Constituição sem sujeito. In: Id. "Brançosos" e interconstitucionalidade – Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra, Almedina, p. 131-162.
- CLUNE, W. H. 1993. Law and Public Policy: Map of an Area. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, **2**(1):1-39.
- _____. 2021. Um modelo político de implementação para as políticas públicas: os papéis do direito e dos juristas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, **11**(1):20-82.
- FERRAZ Jr., T. S. 2018. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 10ª. ed. Rio de Janeiro, Gen/Atlas.
- FLACH, N. 2000. O formalismo jurídico oitocentista: doença infantil do positivismo. *Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis*, **3**(3):131-180.
- HACHEM, D. W. 2014. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- KELSEN, H. 2006. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo, Martins Fontes.
- KENNEDY, D. 2001. Legal Formalism. In: N. J. SMELSER; P. B. BALTES (Eds.) *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Volume 13. Amsterdam, Elsevier, p. 8634-8638.
- LYNCH, C. E. C; MENDONÇA, J. V. S. de. 2017. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito e Práxis*, **08**(2):974-1007.
- MACIEL, D. A.; KOERNER, A. 2002. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, **57**:113-133.
- MORAND, C.-A. 1999. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris, LGDJ.
- NUÑEZ VAQUERO, Á. 2014. Dogmática Jurídica. *Eunomía – Revista em Cultura de la Legalidad*, **6**:245-260.
- PRIETRO SANCHÍS, L. 2003. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta.
- RODRÍGUEZ, J. R. 2009. Dogmática jurídica (verbete). *Artigos Direito GV - Working Papers*, **36**: 1-25.

- SANTOS, C. S. 2018. O formalismo jurídico em Hans Kelsen: tensões e limites. *Quaestio Iuris*, **11**(04):2653-2667.
- SARMENTO, D. 2009. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: D. SARMENTO, Daniel (Org.), *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris.
- SCHAUER, F. 1988. Formalism. *The Yale Law Journal*, **97**(4):50-548.
- SCHIER, P. R. 2005. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, **5**(20):145-165.
- STRECK, L. L. 2016. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law*, **17**(3):721-732.
- STRECK, L. L.; TASSINARI, C.; LIMA, D. P. 2013. A relação direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira. *Pensar*, **18**(3):737-758.
- UNGER, R. M. 2017. *O Movimento de Estudos Críticos do Direito: outro tempo, tarefa maior*. Belo Horizonte, Casa do Direito.
- VIANNA, L. W.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. 2007. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social - Revista de sociologia da USP*, **19**(2):40-85.
- VIEIRA, O. V. 2008. Supremocracia. *Revista Direito GV*, **4**(2):441-463.
- WARAT, L. A. 1980. Sobre la dogmática jurídica. *Revista Sequência*, **I**:33-55.
- WOLKMER, A. C. 2013. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, **2**(31):121-148.

Submetido: 28/10/2025

Aceito: 10/02/2026