

A POLÍTICA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DA BUSCA PELO IDEAL DO DIREITO JUSTO

Eduardo Hoff Homem

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Atualmente é professor de ensino superior da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO, Atua como advogado. Linha de pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito. E-mail: eduardo.homem@terra.com.br. Curriculum Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4227733T5>.

RESUMO: O artigo visa a analisar a política jurídica e a procura de novos caminhos para a solução das crises entre Direito e Ética, ou seja, entre o Direito vigente e o Direito justo. Conquanto o fundamento da Política Jurídica seja o bem-comum, este não se confunde com a soma de desejos particulares, ou com interesse de grupos, nem mesmo com os do Estado, mas com interesses comuns a toda sociedade. As ações político-jurídicas têm influído, ainda que timidamente, na abertura do sistema dogmático às transformações sociais evitando que o sistema entre em colapso, e rejeitando a substituição por paradigmas alternativos descompromissados com o Estado de Direito.

Palavras-chave: Política Jurídica. Direito. Poder. Ideologia. Dogmática Jurídica. Direito Justo.

Introdução

A preocupação com o direito justo sempre permeou a discussão no decorrer da evolução do que se convencionou chamar de sociedade. Desde o advento do Jusnaturalismo, passando pelo positivismo, pelo realismo e demais correntes do pensamento jurídico, que sustentaram a necessidade de realizar o justo, este entendido como o alcance do bem-estar da comunidade.

A política jurídica é um conjunto de estratégias destinadas a corrigir rumos e aperfeiçoar o sistema dogmático. A dogmática jurídica funciona como um sistema de conceitos, princípios e normas cujo objetivo imediato é a decidibilidade dos conflitos postos, baseados em demandas definidas e fundamentadas no princípio da exigibilidade. Seus objetivos são promoção da segurança jurídica que fundamenta o Estado de Direito, o que levou a dogmática jurídica a proteger seu ambiente interno das “agressões” externas, assim consideradas as de natureza política, ideológica ou doutrinária. Tal proteção explica a aparente neutralidade em face das demandas sociais, a indiferença pela questão de

buscar a norma justa e socialmente útil, bem como a fidelidade absoluta aos princípios da legalidade e da segurança.

As ações político-jurídicas têm influenciado, ainda que timidamente, na abertura do sistema dogmático às transformações sociais evitando que o sistema entre em colapso, e rejeitando a substituição por paradigmas alternativos descompromissados com o Estado de Direito.

O papel do político do direito não é de natureza descritiva, mas sim de natureza prescritiva, comprometido o discurso com a necessidade de configurar-se um ambiente onde se desenvolvam formas saudáveis de convivência. A política do direito procura novos caminhos para a solução das crises entre Direito e Ética, ou seja, entre o Direito vigente e o Direito justo.¹

1. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E PODER

O reconhecimento dos direitos fundamentais é a antítese do poder despótico. A supremacia do direito consubstancia-se na supremacia da Constituição documento escrito de organização e limitação do poder². Assim, neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos

¹ MELLO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

² Historicamente o Poder esteve presente para a direção de situações sociais, ou seja, a capacidade de obter a obediência de outros. Possui o Poder aquele ou aqueles que conseguem que os outros, pelo exercício deste Poder, façam o que ele quer. É dizer daquele que é capaz de impor aos demais uma definição de metas e um modelo de organização. Neste sentido, o Poder é um meio, mas sendo universal, permite realizar os demais valores, e aí, se torna um fim. Com base no que escreve Karl Deustch, pode-se dizer que o poder pode ser entendido como o instrumento pela qual se obtêm os demais valores, da mesma maneira como uma rede é usada para capturar peixes. Muitos autores entendem que o poder é também um valor si mesmo. Na realidade, para alguns é o prêmio principal. Muitas vezes o Poder funciona como um meio e um fim simultaneamente, constituindo um valor-chave na Política. O Poder deriva basicamente de três fontes: a coerção, a persuasão e a retribuição (ou recompensa). O chamado *Poder Coercitivo* consiste na capacidade de obter obediência mediante a privação ou ameaça de privação da vida, da integridade, da liberdade ou de bens, pelo uso da força. O *Poder Persuasivo* consiste na capacidade de obter obediência mediante a unificação das preferências e prioridades, convencendo os que têm que obedecer da justiça, correção e bondade do modelo de ordem projetado. A ideologia é o instrumento deste tipo de poder. O dito *Poder Retributivo* atua para a obtenção de obediência mediante o estabelecimento de uma relação de intercâmbio. O que obedece o faz em troca de algo que receberá daquele que manda. Este tipo de poder se baseia numa relação de utilidade mútua entre o que manda e o que obedece. A forma mais emblemática de manifestação do Poder Coercitivo é aquela existente entre os poderes públicos e os cidadãos, já que o Estado tem como um de seus objetivos o de possuir o monopólio da coerção na Sociedade, com o fim de constituir-se no Poder Soberano da mesma. Coerção, desta forma, “*pode ser definida como um alto grau de constrangimento (ou ameaça de provações)*”. Quanto ao Poder Persuasivo, sua forma mais característica de atuação é aquela presente na relação dos partidos políticos – e dos políticos – com relação a seus filiados ou eleitores, que se identificam com as ideologias e com o discurso respectivos. Já com relação ao Poder Retributivo, pode-se apontar como sua manifestação mais característica aquela que acontece entre patrões e empregados, em países onde há livre iniciativa e uma economia de mercado, consistindo na troca do trabalho pelo salário, mesmo com o fato de que esta relação retributiva também enseja uma outra coercitiva, que impede a

fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder³.

Platão já sintetizava tal preocupação ao afirmar que onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, é possível enxergar a ruína da cidade; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vê-se a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades. Aristóteles indagava se seria mais conveniente ser governando pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores e concluía que a lei não possui paixões, que ao contrário se encontram em toda alma humana.⁴

A doutrina política medieval assentou-se no pressuposto de subordinação do príncipe à lei. O *rule of Law* (governo da lei) consubstancia o fundamento da tradição jurídica inglesa. Segundo Bobbio⁵, a última luta pela limitação do poder político foi a que se combateu sobre o terreno dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, a começar dos direitos pessoais, já enunciados na Magna Carta de Henrique III (1225), até os vários direitos de liberdade, religião, de opinião pública, de imprensa, de reunião e de associação que constituem a matéria dos *Bill of Rights* dos Estados americanos e das Declarações dos direitos do homem e do cidadão emanadas durante a revolução francesa⁶. Neste sentido também se manifesta Ingo Sarlet afirmando que:

À *Magna Charta*, esses pactos se caracterizavam “pela concessão ou reconhecimento de privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam. Ainda assim, impende não negligenciar a importância desses pactos de modo especial as liberdades constantes da *Magna Charta*, para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições, ainda mais quando é justamente no seu já referido art. 39 que a melhor doutrina – contrariando a ainda prestigiada tese de George Jellinek, no sentido de que a liberdade religiosa teria sido o primeiro direito fundamental – vê a origem destes direitos na liberdade de locomoção e sua proteção contra prisão arbitrária, por constituir o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião⁷.

modificação das relações de domínio sobre a riqueza e a produção. **CRUZ, Paulo Marcio. Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo.** p. 60-62.

³ Ibidem, p. 36.

⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade – para uma teoria geral da política.** p.35

⁵ Idem. p.

⁶ Cumpre salientar, neste contexto, que Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governos, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do Jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** p. 40.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional,** p. 41-42.

Não se pode deixar de lembrar a posição de Gregorio Peces-Barba Martínez quando refere que:

Há que lembrar que os núcleos centrais, onde se forma em nível filosófico, ou seja, no nível de valores, antes do século XVIII, são três: a reflexão sobre a tolerância religiosa, a filosofia dos limites do poder, e o humanismo em matéria de Direito processual e de Direito penal. Na primeira perspectiva a reflexão sobre a tolerância religiosa, depois da ruptura da unidade religiosa e as guerras de religião do século XVI e da primeira metade do XVII, leva à conclusão da necessidade de garantir um âmbito de autonomia à consciência por parte do Direito. Na segunda perspectiva, a organização do poder político no mundo moderno como Estado absoluto (depois de uma etapa inicial de Estado estamental) produzirá por razões econômicas – de autonomia do comércio e da indústria, reclamada pela burguesia –, por razões ideológicas e religiosas – lutas contra as intenções de imposição de uma religião do Estado – e por razões políticas – defesa da participação do cidadão na gestão da coisa pública –, uma corrente de reflexão tendente a limitar a ação do poder do Estado Absoluto e a potencializar a ação do indivíduo. Também essa perspectiva ilumina uma concepção da liberdade de autonomia, tentando estabelecer em torno do indivíduo um espaço livre para sua ação frente a qualquer intervenção do Poder. E nela desponta também a ideia da participação na formação da vontade do poder. Nesta dimensão os elementos liberais estão já acompanhados de elementos democráticos. Por fim, a humanização do Direito penal e do Direito processual tende, por um lado, assim mesmo a defender a autonomia do indivíduo frente aos abusos do Poder e, por outro, a racionalizar a ação repressora do Estado⁸.

Em síntese: atrela-se o poder político ao direito objetivo, expressão do justo, mediante leis revestidas de generalidade e impessoalidade. Assim, Antonio E. Perez-Luño:

Tese como a que postulava no seio da doutrina estoica, a unidade universal dos homens, ou a afirmação cristã da igualdade essencial de todos os seres humanos diante de Deus, constituem no mundo antigo um golpe para despertar e estimular a conscientização da dignidade humana. Essas premissas foram o fermento para o desenvolvimento, através do jusnaturalismo medieval, a ideia de alguns pressupostos suprapositivos que orientam e limitam, ou seja, que atuam como um critério de legitimidade, de quem exerce o poder⁹.

⁸ Hay que recordar que los núcleos centrales, donde se forma a nivel filosófico, es decir, a nivel de valores, antes del siglo XVIII, son tres: la reflexión sobre la tolerancia religiosa, la filosofía de los límites del poder, y el humanitarismo en materia de Derecho procesal y penal.

En la primera perspectiva la reflexión sobre la tolerancia religiosa, después de la ruptura de la unidad religiosa y las guerras de religión del siglo XVI y de la primera mitad del XVII, lleva a la conclusión de la necesidad de garantizar un ámbito de autonomía a la conciencia por parte del Derecho. En la segunda perspectiva, la organización del poder político en el mundo moderno como Estado absoluto (después de una etapa inicial de Estado estamental) producirá por razones económicas – de autonomía del comercio y de la industria, reclamada por la burguesía –, por razones ideológicas y religiosas – luchas contra los intentos de imposición de una religión del Estado – y por razones políticas – defensa de la participación del ciudadano en la gestión de la cosa pública –, una corriente de reflexión tendente a limitar la acción del poder del Estado Absoluto y a potenciar la acción del individuo. También esa perspectiva alumbra una concepción de la libertad autonomía, intentando establecer en torno al individuo un espacio libre para su acción frente a cualquier intervención del Poder. Y en ella apunta también la idea de la participación en la formación de la voluntad del poder. En esta dimensión los elementos liberales están ya acompañados de elementos democráticos. Por fin, la humanización del Derecho penal y procesal tiende, por una parte, asimismo a defender la autonomía del individuo frente a los abusos del Poder y, por otra, a racionalizar la acción represora del Estado. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **ESCRITOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES**, p. 196. (Tradução livre).

⁹.Tesis como la que postulaba, en el seno de la doctrina estoica, la unidad universal de los hombres, o la afirmación cristiana de la igualdad esencial de todos los seres humanos ante Dios, constituyen en el mundo antiguo un aldabonazo para despertar y alentar la conciencia de la dignidad humana.

Na concepção setecentista, os direitos do homem têm um carácter substancial, ou seja, não resultam da vontade humana, mas da própria natureza. As Constituições emergentes dos movimentos revolucionários liberais, na América do Norte e na França, tiveram sua marca nas declarações de direitos. Tais declarações consagram um mínimo irredutível de direito, espaços de liberdade na concepção clássica do pensamento liberal, consubstanciados em verdades evidentes, imutáveis, universais, justificadas pela razão, portanto, pela natureza. Esse mínimo irredutível do direito diz respeito, substancialmente, aos direitos do homem, na concepção individualista que marcou aqueles movimentos. Os direitos fundamentais são direitos declarados, não criados, nem instituídos, porque preexistentes, naturais.

O reconhecimento proclamado de sua existência marca indelevelmente o direito moderno, que se universalizou no bojo da civilização cristã ocidental e integra os capítulos nobres de todas as constituições dos Estados Democráticos de Direito¹⁰.

Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal¹¹.

1. Conceitos de política jurídica

Existem diversas correntes jurídicas e políticas acerca da Política Jurídica, todas elas com visões muito particulares e, não raro, conflitantes. Será examinado esse pluralismo de conceitos pelo estudo das posições de autores que deixaram contribuição explícita a este campo de estudo.

Estas premisas fueron el fermento para el desarrollo, a través del jusnaturalismo medieval, de la Idea de unos postulados suprapositivos que orientan y limitan, es decir, que actúan como criterio de legitimidad, de quien ejerce el poder. PEREZ LUÑO, António Enrique. **Los derechos fundamentales**, p. 30. (Tradução livre).

¹⁰ Mas o indivíduo, para os liberais, também possui direitos além de sua esfera de cidadão. Esses direitos personalíssimos lhe asseguram integridade pessoal e o protegem da arbitrariedade de prisões e punições. Em uma democracia liberal determinados assuntos não interessam ao Estado. Tais assuntos podem variar desde a prática religiosa e a criação artística à forma como os pais devem educar seus filhos. Para os liberais dos séculos XVIII e XIX, esses direitos à privacidade incluíam, acima de tudo, as atividades de produção e comércio. TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas: Direitos Fundamentais**. p. 28.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. p. 168.

Para Pascual Marin Perez deveria haver a adequação entre a Política Jurídica ao Direito Natural. Haveria a coexistência entre o Direito Natural e o Direito Positivo, devendo este último rigorosamente adequar-se àquele, e só quando isso acontecer haverá a validade da norma, pois apenas o direito objetivamente válido será justo.¹²

Uma das funções que Perez atribui à Política Jurídica é de esta deveria propugnar pela substituição paulatina da massa legislativa por simples declarações de princípios, ficando a regulamentação destes a cargo dos instrumentos contratuais.

Com isso Perez conceitua a Política Jurídica como um conjunto de regras que determinam a vinculação do homem de governo ao Direito Natural, através da técnica jurídica e com rigorosa lealdade aos princípios ideológicos do Estado, na mais ampla acepção do vocábulo.¹³

Para Kelsen prevalecia a concepção de que só a norma formalmente válida faz algo ser jurídico. Tal revela-se essencial na dogmática Kelseniana a ideia de que, fora das normas, nada mais poderia importar ao renomado cientista do direito. Kelsen pretendia superar isso tudo ensinando que o conceito de Justiça deveria ser distinguido do conceito de Direito e que, portanto, a norma de justiça tem vida à parte da norma jurídica.

A Política Jurídica, no contexto Kelseniano, é considerada disciplina autônoma, mas de cientificidade descartada, pois várias vezes Kelsen tomou posição extremada contra a pretensão científica daqueles que “crêem poder estabelecer o direito justo e assim o padrão axiológico para o direito positivo”.¹⁴

Alf Ross conceitua a Política Jurídica em seu discurso como a consciência Jurídica da comunidade inclui, além das motivações de interesse e dos resultados psicológicos das persuasões, o fruto das experiências e das práticas sociais acumuladas no imaginário social, resultantes das lutas sociais, dos conflitos entre interesses de classes, dos acertos e desacertos nas relações políticas, enfim não só do lento e inexorável aprendizado pelo sofrimento e pelas decepções, mas também pela sensação de haver-se encontrado solução a problemas que se repetem na vida social.¹⁵

¹² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p 27.

¹³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p 29.

¹⁴ Idem. p 36.

¹⁵ Idem. p 44.

Segundo Miguel Reale a Política Jurídica é aberta, polissêmica, participativa e comprometida com as utopias sociais. Torna-se assim, o mais adequado espaço de criação democrática no universo jurídico, pois nem se compadece com o autoritarismo do pensamento jurídico tradicional, que fala em nome da lei, nem com o pensamento de contemporâneas correntes pseudo-emancipatórias que falam em nome de uma verdade social imobilizada por signos configurados em velhos preconceitos, vestidos de novas roupagens.¹⁶

Para Reale o fato de a Política Jurídica figurar como parte culminante da Teoria do Estado, tanto no campo do saber político, quanto no saber jurídico, é que esta representa o ponto de intercessão ou de interferência das duas pesquisas no plano empírico-positivo, como prudência legislativa e jurídica.¹⁷

As diversas posições tradicionais adotadas pelos juscientistas são restritivas, ou seja, mesmo quando libertas das concepções de neutralidade axiológica, consideram a importância de um valor exclusivo que para uns é apenas a justiça e para outros é a utilidade. O justo e o útil seriam antitéticos segundo a posição ideológica ou as amarras teóricas de cada autor. Poucos, entretanto percebem que convivem, nos sistemas jurídicos, normas que realizam o valor justiça e normas que realizam o valor utilidade. Uma comunidade consciente de suas necessidades considerará ou justa ou útil a norma desejada, pois o desejo, como vontade de ter e de ser, explica o porque a vontade se dirija ao ser valorado positivamente.

2. Definição de ideologia

O termo ideologia apresenta tamanha variedade de nuances em seus significados correntes, que se torna imprescindível estabelecer, de pronto, um acordo semântico para seu emprego.

Para Marx, claramente, ideologia é um conceito pejorativo, um conceito crítico que implica ilusão, ou se refere a consciência deformada da realidade que se dá através da ideologia dominante: as idéias das classes dominantes são as ideologias dominantes na sociedade. Mas o conceito de ideologia continua sua trajetória no marxismo posterior a Marx, sobretudo na obra de Lênin, onde ganha outro sentido, bastante diferente: a ideologia como qualquer concepção da realidade social ou política, vinculada aos interesses de certas classes sociais.

¹⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p 48.

¹⁷ Idem. p 47.

Para a filósofa brasileira Marilena Chauí, “a ideologia é um saber cheio de ‘lacunas’ ou de ‘silêncios’ que nunca poderão ser preenchidos, porque, se o forem, a ideologia se desfaz por dentro; ela tira a sua coerência justamente do fato de só pensar e só dizer as coisas pela metade e nunca até o fim”.¹⁸

Entende-se que importa pouco para a Política Jurídica o discurso retórico de procurar estabelecer se a ideologia representa uma falsa consciência ou não. Interessa, sobretudo entendê-la como uma realidade, realidade tão forte que; é capaz de servir de obstáculo ao progresso social como também de o estimular, dependendo do contexto em que se manifeste. Além disso, como sistema de idéias e valores, a ideologia influi diretamente no imaginário social, na formação da consciência jurídica da sociedade e, portanto, no arbitramento valorativo da norma, assunto da maior relevância para a Política Jurídica.

3. A questão da dogmática jurídica

O pensamento dogmático, em que pese sua inestimável e permanente tarefa de sustentar o Estado de Direito, pelo inflexível compromisso com o princípio da segurança jurídica, tem sido submetido a uma crítica cada vez mais perturbadora, em razão de pretender insistir na fonte normativa para a decisão sobre a norma, o que significa tão só o estudo do direito vigente, abstraindo-se de emitir juízos de valor, como se bastante fosse explicar e ampliar a norma sem justificá-la. O pensamento dogmático não se dirige apenas – como geralmente se imagina – à sistematização do direito posto, mas também como uma estratégia de persuasão, apresenta regras e proposições que visam, orientar, com lato grau de certeza, as decisões dos tribunais. No entanto, a estrutura dogmática se torna mais vulnerável, quando, em nome do princípio da segurança jurídica, não só põe em segundo plano o princípio da justiça, mas sobretudo, pelas próprias razões de sua lógica, mascara as situações conflitantes com um discurso pretensamente neutro, mas que, em verdade, tem forte conteúdo ideológico.¹⁹

¹⁸ **Conceito e Ideologia.** Disponível em: <http://www.portalimpacto.com.br/docs/ImpactoAlexVazVest2008Aula24.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2010.

¹⁹ MELLO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito:** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

4. A questão do direito justo

A justiça, como valor jurídico carece de definição e delimitação. A ideia de justiça é mutável, relativa e de difícil delimitação devendo ser analisada dentro de um contexto histórico-social-cultural, uma vez que reflete os anseios de uma determinada sociedade em um dado momento histórico e segundo valores inculcados em um dado agrupamento social. Direito e Justiça não se confundem, mas ao contrário, entrelaçam-se. O papel da Política Jurídica é justamente realizar a intercomunicação entre a Política e o Direito.

A elaboração da norma jurídica, ou mesmo a simples correção da norma já existente pode e deve ser compreendida como uma tarefa das mais árduas para o estudioso do direito. Não se trata apenas de construir um significado²⁰ para o texto normativo, senão de objetivar, através das técnicas, legislativa, judiciária e pelas práticas sociais, os interesses manifestados pela coletividade. A norma concebida pelo poder legiferante do Estado deve, para que possa contar com um mínimo de aceitação social que a torne passível de obediência, realizar a ideia do justo, do ético e do útil.²¹ Compreende-se que a aceitação social da norma gestada no âmbito legislativo somente se torna materialmente eficaz quando vai ao encontro das demandas legítimas manifestadas no imaginário social.²²

A esta preocupação - concepção da norma materialmente eficaz porque justa, ética, legítima e útil – é que deverá responder a política do direito. Conceber-se o Direito sem a política é afastá-lo da renovação produzida pelo fato social. Conceber-se a política sem o Direito é impossibilitar seja o fato social objetivado em sistemas de princípios e normas, formal e materialmente válidos.²³

²⁰ Para que seja cumprida a função social da linguagem no processo de comunicação, há necessidade de que as palavras tenham um **significado**, ou seja, que cada palavra represente um conceito. Essa combinação de conceito e palavra é chamada de **signo**. O signo lingüístico une um elemento concreto, material, perceptível (um som ou letras impressas) chamado **significante**, a um elemento inteligível (o conceito) ou imagem mental, chamado **significado**. Por exemplo, a "abóbora" é o significante - sozinha ela nada representa; com os olhos, o nariz e a boca, ela passa a ter o significado do Dia das Bruxas, do Halloween. Temos, portanto, o seguinte: **Signo**= significante + significado. **Significado**= idéia ou conceito (inteligível). Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/fovest/teoria_comunicacao.shtml>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2010.

²¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 21

²² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 21. A adesão social que torne a norma jurídica materialmente eficaz deve estar impregnada do sentimento de ético justo, legítimo e útil. Somente assim, tornar-se-á receptiva àquela comunidade ainda que haja obediência rigorosa às regras legislativas de criação da norma, o que atesta sua validade formal. Norma que se mostre incompatível com o ideário social desejado e, mais ainda, necessário ao ser humano poderá ser formalmente válida, mas não o será em sua dimensão material.

²³ Idem.

O direito, elaborado pela via legislativa, de tradição romano-germânica, apresenta-se como a forma mais comum. Observe-se que o início do século XIX, definido pelas revoluções filosóficas marca uma considerável transformação no sistema jurídico até então dominante – o Jusnaturalismo²⁴ – com o deslocamento para o pensamento dogmático. A ideal de direito “certo” amparava a ideia de segurança, conceitos sensivelmente simpáticos à ideologia professada pela emergente sociedade burguesa. À dogmática jurídica caberia a construção dos juízos normativos e a determinação de suas fontes e seus fundamentos. Em Kelsen, a construção do direito far-se-ia através de uma metodologia própria cujas regras seriam deduzidas de outras regras, observando-se uma escala hierárquica e pré-fixada.²⁵ Tal raciocínio, dedutivo, subordinar-se-ia a princípios de lógica formal consubstanciada num silogismo onde a premissa maior seria o fato, a premissa menor a norma posta.

A preocupação fundamental da teoria kelseniana é a necessidade de construir um conhecimento puro do direito aprofundando a investigação para determinar a sua natureza com base nos critérios próprios das ciências na modernidade. Enquanto teoria geral do direito, não se preocupa com a interpretação de uma dada ordem jurídica, mas com o direito em geral. Sua intenção, enquanto ciência consiste em conhecer seu objeto, determinando o que é e como se forma o direito.²⁶ O objeto da ciência do direito é a norma jurídica, consistindo a Teoria Pura do Direito na resposta à indagação: o que é uma norma jurídica? Não há, em Kelsen, a preocupação em saber como deveria ser ou como deveria constituir-se o direito, dada a conclusão de que isto seria papel da política jurídica e não da ciência jurídica.²⁷

²⁴ Assim, as doutrinas jusnaturalistas sempre, em que pesem suas diferentes formulações, foram atitudes estimativas perante a norma jurídica. Os postulados do Jusnaturalismo, destacando que o preceito justo só é aquele compadecente com o Direito Natural, expressaram uma postura filosófica que tentou impor um metadireito concebido, ao qual todo o direito positivo deveria adequar-se. Mesmo quando se concebeu o direito natural como fruto de apelo à razão humana, permaneceu uma concepção metafísica do revelado e do intuído. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 25.

²⁵ Kelsen pretendeu criar uma ciência cujo objeto único fosse a norma. É importante ressaltar que Kelsen diferenciava as ciências sociais que tinham por objeto o estudo dos fenômenos sociais das ciências naturais que tinham por objeto o estudo dos fenômenos naturais, classificando o direito como integrante das ciências sociais. DIAS, Maria da Graça dos Santos. Repensando a dogmática jurídica a partir de referentes da política jurídica. *In*: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. GARCIA, Marcos Leite. (Org.). **Reflexões sobre política e direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Mello e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 303

²⁶ DIAS, Maria da Graça dos Santos. Repensando a dogmática jurídica a partir de referentes da política jurídica. *In*: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. GARCIA, Marcos Leite. (Org.). **Reflexões sobre política e direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Mello e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

²⁷ Segundo Kelsen, a Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica em especial. Sendo teoria, objetiva conhecer seu objeto de estudo respondendo à indagação: o que é e como é o direito? Não releva, para o estudo da Teoria Pura do Direito a indagação acerca de como deve ser o direito, ou ainda como deve ele ser feito. Eis a diferenciação

A teoria pura do direito procurou apartar da compreensão do fenômeno jurídico a ideia de valor.²⁸ Tal concepção reducionista levou Kelsen a afirmar que o ideal de justiça é possível, porém desnecessário em uma ordem social. Segundo ele, a busca da justiça é a eterna busca pela felicidade. Justiça é felicidade e só a pode encontrar o homem, em uma ordem social.²⁹ Quando trata de ordem social Kelsen pretende oferecer um conceito de justiça, mas do ponto de vista formal, confundido-o com o conceito de legalidade. Entretanto, análise mais detida obtemperaria à conclusão a afirmação de que a justiça formal, traduzida no conceito de legalidade foi capaz de fundamentar inúmeras legislações as quais mutilaram ou feriram de morte os direitos humanos.

Neste sentido veja-se a pedra de toque do fundamento da legalidade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.” Ora, assim como tal enunciado serviu para frear o ímpeto despótico dos soberanos, igualmente orientou a ascensão do Estado Nacional Socialista na Alemanha de Hitler.

Tal assertiva remete à conclusão de que o Direito tem a função única e exclusiva de assegurar a ordem estabelecida, agindo como instrumento de dominação através da promoção da disciplina social, não como uma ordem almejada, mas como uma ordem imposta. Para Maria da Graça dos Santos Dias não se pode identificar o direito como uma ordem jurídica senão que as normas são produzidas para que seja realizada a justiça e não para que sejam produzidas regras jurídicas.³⁰ Além disto, igualmente não se pode identificar o direito com ordem jurídica uma vez que podem ser verificadas regras que sejam injustas, por contrariarem os sentimentos de “direito” e “humanidade”, mas que, do ponto de vista formal, integrante desta ordem jurídica e, por esta razão, dotadas de plena validade.³¹

entre política do direito e ciência do direito. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: Introdução à problemática científica do direito. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p 51.

²⁸ Observe-se que o agnosticismo axiológico de Kelsen será válido apenas e tão somente até o ponto em que não seja possível demonstrar que uma norma jurídica seja útil ou inútil, justa ou injusta do ponto de vista social. MELO, Osvaldo Ferreira de. **A política jurídica na visão kelseniana**. Santa Catarina, 1998. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/sequencia/article/viewFile/982/978>>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2010.

²⁹ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Tradutor: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 2

³⁰ DIAS, Maria da Graça dos Santos. Repensando a dogmática jurídica a partir de referentes da política jurídica. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. GARCIA, Marcos Leite. (Org.). **Reflexões sobre política e direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Mello e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 310.

³¹ Idem.

O direito positivo tem como objeto o direito que é., no entanto, o mundo real, no qual o fenômeno social está inserido apresenta-se muito mais complexo do que o “mundo das normas”. Em verdade, pretender compreender e explicar o direito apenas a partir de um sistema normativo, dogmático, sem atentar para a fenomenologia social é tarefa impossível porque tal implicaria questionar a congruência entre a norma jurídica e o fato social.

A política jurídica não vê o direito como meio de controle social, mas sim como instrumento de mudança social. É um processo de reflexão constante sobre a adequação do direito às demandas da comunidade. O pensar a gênese e a modificação do direito a partir do consciente jurídico coletivo implica superar o dogmatismo do modelo positivista clássico, claramente esgotado em sua capacidade de resposta aos anseios da sociedade. Importa ressaltar que não se está a pregar o banimento do modelo positivista, mas tão somente uma abertura ao diálogo interdisciplinar, numa perspectiva dialética de complementaridade quanto à problemática social e política³². O alcançar a norma justa, adequada, necessária e útil não compreende a eliminação do Estado de Direito, mas tão somente uma adequação do modelo vigente, tornando-o permeável às demandas produzidas no tecido social. Neste sentido, para que as normas respondam aos os anseios legítimos do agrupamento social é fundamental a intercomunicação dos saberes dos diversos campos do conhecimento jurídico, além de outras disciplinas e entre estas e a sabedoria popular.³³

Observe-se que nem todas as práticas sociais são necessariamente boas, ou seja, não há relação direta entre a justiça e a práxis. Segundo Melo, somente será possível a construção de um direito novo e adequado partindo-se da visão de um sistema jurídico sem fronteiras rígidas com os demais sistemas sócio-culturais.³⁴ A política jurídica impõe ao direito a obrigação de garantir a prevalência dos valores humanos sobre quaisquer formas de dominação, exploração e exclusão social.³⁵ A escolha de normas mais justas e mais úteis tem direta relação com os direitos essenciais da pessoa humana, não só os que dizem respeito à personalidade propriamente dita, mas os direitos políticos, os sociais e os econômicos.³⁶ Uma norma será aceita, reconhecida e legitimada

³² *Ibidem*

³³ Op. Cit. p. 316

³⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 100.

³⁵ *Idem*.

³⁶ *Ibidem*.

materialmente quando considerar a expressão do imaginário social do que é justo, ético, necessário, útil e desejado, independentemente de sua validade formal.³⁷

Para a política jurídica, o direito assume papel de instrumento de transformação e não como meio de dominação na medida em que permite a abertura à problemática social e compromete-se com as exigências histórico-axiológicas da sociedade. Esta tende a não mais aceitar o direito como instrumento meramente coercitivo, manejado pela classe que ocupa o poder.

Considerações finais

O papel da política jurídica é crítico e desmistificador e isso porque não só se opõe ao mito do poder das significações jurídicas, como também porque levanta dúvidas quanto às certezas apontadas pela pretensa racionalidade do positivismo jurídico. A política jurídica redimensiona a visão tradicional das fontes do Direito, buscando, na consciência jurídica social e nas reivindicações dos movimentos e práticas sociais, fundamentos para seus juízos axiológicos.

Em decorrência, os valores justiça e utilidade passam a fundamentar-se nos conteúdos éticos buscados no mundo da cultura e não na nebulosa metafísica do chamado Direito Natural.

Na dimensão epistemológica, em direção contrária ao positivismo, a política jurídica, que antes de tudo é estratégia política para abordagem do jurídico, se preocupa mais com a necessidade de politização do Direito do que com a jurisdicização da política.

Na dimensão ideológica, a política jurídica trabalha com predições de novas realidades desejadas e possíveis e não com previsão de certezas. Por isso é sistema aberto, por isso é ideologia que se realiza na ação; por isso, enfim, é política.

Na dimensão operacional, a política jurídica é o agir, que é a operação do fazer, a realização de uma ideia, de um querer. Os fins da política jurídica visarão a desconstrução de paradigmas que negam ou impedem, a criatividade, entendida esta como um agir permanente de mediação entre os núcleos de poder e a sociedade, criando-se espaço para um ambiente de novas possibilidades que serão as exigidas pelos projetos de solidariedade e cidadania.

³⁷ DIAS, Maria da Graça dos Santos. Repensando a dogmática jurídica a partir de referentes da política jurídica. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. GARCIA, Marcos Leite. (Org.). **Reflexões sobre política e direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Mello e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 316.

Finalmente é preciso acrescentar que a Política Jurídica, conforme a entendemos, é o mais adequado instrumental de que dispõe o jurista para participar do esforço de todos os cientistas sociais no direcionamento das mudanças sócio-econômicas, levando em conta as utopias da transmodernidade.

A política Jurídica, não mais compreendida como mera “técnica de legislação”, ou simplesmente sociologia jurídica aplicada como defendia Alf Ross, menos ainda conjunto de regras que vinculam o poder ao direito natural segundo Pascoal Marin Perez, mas como estudo e proposição do direito que deve ser e de como deva ser conforme Kelsen e, sobretudo, realização empírica das condições transcendentais da validade jurídica como define Miguel Reale, e condição de autonomia para criatividade.³⁸

Deve-se entender que o fundamento da Política Jurídica seja o bem-comum, este já citado na presente introdução, porém este bem-comum não se confunde com a soma de desejos particulares, ou com interesse de grupos, nem mesmo com os do Estado, mas com interesses comuns a toda sociedade, pois a preeminência do bem público como sistema de valores a realizar, constitui fundamento do Estado e da soberania.

Referências

Conceito e Ideologia. Disponível em:

<<http://www.portaimpacto.com.br/docs/ImpactoAlexVazVest2008Aula24.pdf>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2010.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica.** Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13 reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
_____. **Do Estado liberal ao Estado social.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

³⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p 49.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Repensando a dogmática jurídica a partir de referentes da política jurídica. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. GARCIA, Marcos Leite. (Org.). **Reflexões sobre política e direito: Homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Mello e Cesar Luiz Pasold**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** Tradutor: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria pura do direito: Introdução à problemática científica do direito**. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Estado liberal de derecho y Estado social de derecho**. Madrid: Universidad de Salamanca, 1955.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Madrid: Ediciones de la Universidad Complutense S.A., 1988

MELO, Osvaldo Ferreira de. **A política jurídica na visão kelseniana**. Santa Catarina, 1998. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/sequencia/article/viewFile/982/978>>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2010.

_____. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.