

O DILEMA DA POLÍTICA JURÍDICA

José Isaac Pilati*

Recorro à técnica que empreguei em artigo anterior desta Revista (Pilati, 1998, p. 87), para discorrer, brevemente, sobre os *Fundamentos da Política Jurídica*, de Osvaldo Ferreira de Melo (1994, p. 15-52), e tirar algumas reflexões. Basicamente, é um método em que procuro identificar o **conceito nuclear** da obra em exame, relacionar-lhe as **categorias** estratégicas (Pasold, 1999) e caracterizar o **campo dialético** em que o autor estudado busca afirmar ou justificar a sua idéia.

O resultado a que cheguei está sintetizado no título do presente artigo; sob certo prisma, a Política Jurídica pode dar a impressão de um embrião que Kelsen teria criado e congelado, por ocasião da elaboração da sua

Teoria Pura do Direito. Criou as duas, desenvolveu uma, e de fato, desprezou a outra. Osvaldo Melo, cientista competente que é, localizou o pequeno ser abandonado, um simples conceito na colossal obra kelseniana, e aceitando um desafio, procurou resgatá-lo e desenvolvê-lo; mas a impressão que assalta, perdão pela insistência, à leitura do primeiro capítulo dos *Fundamentos da Política Jurídica*, é de que se trata (a Política Jurídica) de uma criatura traumatizada pelo enjeitamento, no berço.

Vejamos por que ou com base em que estou fazendo tal assertiva, começando pela identificação do conceito nuclear de *Fundamentos da Política Jurídica*.

1. O conceito e o objeto da Política Jurídica

Na introdução de seu livro, que orgulha a comunidade científica da Univali, Osvaldo Melo (op. cit., p. 16), caracteriza a Política Jurídica como “uma disciplina para tratar do *Direito que deve ser (jus condendum)*, ou seja, do processo criativo do Direito”.

O objeto (e a origem) dessa disciplina, Melo (op. cit., p. 29-39) vai buscar na matriz do “normativismo de Kelsen” (nº II.3, da obra citada). Em cuidadosa incursão no pensamento do insigne autor da Teoria

Pura do Direito e da Teoria Geral das Normas, procura identificar “o lugar” da Política Jurídica, “frente à Ciência do Direito” (de Kelsen). A Ciência do Direito teria por objeto, para Kelsen, descrever “o Direito que é”, e este se resume e restringe à norma, “pois só a norma formalmente válida faz algo ser jurídico” (op. cit., p. 29).

Fora disso, o estudo dos fatos geradores das normas; o conteúdo moral da norma; a questão da justiça ou

* Doutor em Direito. Professor da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Convidado do CMCJ-UNIVALI.

do direito justo; os aspectos político e sociológico – seriam todas instâncias à parte, e relativas, às quais Kelsen, se não nega importância, nega-lhes, pelo relativismo em que laboram, os foros de ciência.

Repetindo e resumindo: para Kelsen, a Ciência do Direito tem por objeto o direito positivo, como realidade jurídica, ou seja, tem normas por objeto, “e outra coisa não pretende senão descrever essas normas e suas relações recíprocas, sem valorar seu objeto ou querer reformar” (Melo, op. cit., p. 37).

Frente a isso, enfatiza Melo, o **juízo crítico** do Direito ficaria a cargo de outra disciplina, exatamente, a Política Jurídica, cujo objeto seria “tratar do Direito que deve ser” (aspectos da Política Jurídica propriamente dita, que remete à Deontologia e à Teleologia) e “como deva ser feito” (aspectos da tecnologia jurídica – como deve ser feito o Direito).

2. O campo dialético em Kelsen

Num esforço científico indefectível, Melo encarregasse, ele mesmo, de identificar “o quadro dialético de Kelsen” (op. cit., p. 34), que se trava na oposição entre Direito Positivo e Direito Natural.

Os adversários da sua Ciência Jurídica seriam aqueles que procuram estabelecer o direito justo, “e assim o padrão axiológico para o Direito Positivo” (idem, p. 33). Kelsen é intransigente em relação às “escapadas metafísicas” (do Direito Natural) e às “afirmações ao gosto do sociologismo jurídico” (id., p. 35-36).

Vale dizer, na sistematização da Ciência do Direito só entra o (ungido) jurídico, ficando “na outra ponta” as “ideologias sociais”, **patrocinadas “pelos detentores do poder”** (id., com grifo acrescentado). Os interesses e valores (particulares) e as normas de justiça com que se degladiam, não se confundem com a Ciência do Direito, que é uma ciência que **descreve** e não **põe**, normas.

3. O campo dialético em Melo

O problema metodológico concreto, para Osvaldo Melo, em partindo de Kelsen na definição do objeto e do conceito da Política Jurídica, realmente é esse.

À vista disso, Melo (id., p. 38) arremata: “O objeto da Política Jurídica deve, então, ser considerado no universo das grandes reflexões e das grandes decisões: Como deve ser o Direito? Fruto retórico da dominação ou instrumento estratégico das mudanças? Deverá ser ele descompromissado com a degradação do meio ambiente, mantendo-se como ineficaz remédio para os delitos contra a natureza ou como poderoso mecanismo da prevenção desses males? O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhado na construção ética do devir?”

Em termos filosóficos, estamos, sem dúvida, perante a dicotomia kantiana *ser/dever ser*, (v. a respeito Wolkmer, 1995, p. 162) e esse aspecto assume importância para identificar **o ponto de negação** (Pilati, op. cit.) sobre o qual os dois autores em questão buscam erigir e legitimar o seu pensamento.

Assim, o Direito natural, nas suas diferentes fases e feições, como “meta-direito concebido *a priori*”; como “explicação totalitária do justo e do necessário” (id., p. 25), esbarra na realidade de estar fora do objeto, e na incompatibilidade de método.

Kelsen, portanto, labora numa “grande dicotomia” (Bobbio, 1995, p. 13): tudo o que não é jurídico e não integra o sistema de normas formalmente válidas, é relativo, é ideológico, é casuístico e pontual. Não é ciência.

Aqui reside a questão e a pergunta é a seguinte: como procedeu Osvaldo Melo para delinear a sua Política Jurídica, perante uma atitude metodológica tão rígida de Kelsen? Se olharmos, com efeito, o campo da Política Jurídica, frente à proposta de uma Teoria Pura, a sua natureza pode não ser a de um embrião, que pode ser retomado e desenvolvido, mas de “sobra de material”, ou material de segunda categoria, que o construtor rejeitou, no momento próprio.

Kelsen fez referência à Política Jurídica com intuito positivo ou negativo?

Quais seriam as possibilidades de uma Política Jurídica que parte da férrea matriz kelseniana, que a desclassifica (como ciência) ou reduz (ao casuismo de cada caso concreto), no próprio nascedouro?

Osvaldo Melo assenta a sua construção na dicotomia *Modernidade/Pós-modernidade (Transmodernidade)*: “estamos vivendo um período de transição, o que significa a ruptura dos paradigmas da modernidade e a passagem para uma fase subsequente que, à falta do batismo que só deverá ocorrer num futuro preciso, chamaremos precariamente de pós-modernidade, para usar de expressão genérica já corrente nos meios acadêmicos” (op. cit., p. 18).

Com esse salto, o autor catarinense destaca um objeto de cogitação teórica que tem o espectro e a amplitude dos ordenamentos jurídicos (campo *do ser*), a par de uma perspectiva histórica de transformação (no campo *do dever ser*). Com esse arcabouço, consegue o intento de resgatar a Política Jurídica, sem abrir mão do método, ou melhor dizendo, da grande dicotomia de Kelsen; pois confere ao *dever ser* uma feição equivalente ao objeto do *ser*.

Eis o primeiro andaime da sua construção teórica: dar à Política Jurídica dimensão, em termos de objeto, semelhante à dimensão do objeto científico de Kelsen, na sua Ciência do Direito.

Não se trata, pois, de Política Jurídica em um caso pontual, em que se argumenta em prol do justo ou da mudança de uma lei, por parte de um governante ou de um particular. É todo um paradigma (*do ser*) que é colocado em xeque, por um novo paradigma (*de dever ser*).

O segundo passo é a estratégia metodológica para caracterizar a Política Jurídica. Melo optou por um caminho muito interessante e adequado: garimpar, em diversos autores e contextos, a “contribuição explícita” à Política Jurídica; os “elementos comuns” a uma “sistematização”, sem ilidir “a universalidade” (op. cit., p. 25). Não parte, por exemplo, de um conceito de *Política* e de *Direito* ou *Ciência do Direito*.

A peregrinação começa – e não por acaso, certamente – por um autor jusnaturalista (Pascual Marin Perez). Ali, ao refutar as explicações totalitárias e as concepções metafísicas do jusnaturalismo, em detrimento das realidades histórico-culturais, Melo pinça duas afirmações de Perez, que de outro lado, são iconoclastas à lógica kelseniana: a) a necessidade de

conciliar Política e Direito “como tarefa metodológica preliminar, sem o que não se construirá teoria alguma dentro dessa área específica (da Política Jurídica)” (id., p. 27); e b) a crítica ao voluntarismo normativo (voluntarismo que em suma, outra coisa não seria senão o legislador entregue ao seu próprio arbítrio).

Trata-se de uma operação dialética interessante; Melo vai ao jusnaturalismo para importar uma idéia culturalista, na linha de Reale. Com isso, está aparelhado a passar pelo “normativismo de Kelsen”, de onde retira o conceito de Política Jurídica e parte para a transmodernidade: “O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhado na construção ética do devir?” (id., p. 38).

Prosseguindo, a habilidade de Osvaldo Melo, como escritor, fica mais refinada quando incursiona pelo empirismo de Alf Ross (op. cit., p. 39-45). Ao criticar o reducionismo daquele autor e do empirismo escandinavo, pretensamente, neutro, limitado a determinados campos (da própria pesquisa), sem se deter no domínio amplo do conhecimento jurídico, Melo está negando, e rompendo indiretamente, com o lugar epistemológico em que o próprio Kelsen colocou a Política Jurídica.

A crítica a Ross vai mais longe, pois este teria sido levado “a confundir o aspecto técnico contido na norma (questões econômicas, de trânsito, de administração ou quaisquer outros), com o sentido ético, político e social da mesma...” (id., p. 41).

Todavia, exalta a contribuição de Ross em relação à categoria Consciência Jurídica. “Se tratarmos dessa questão”, acrescenta, “numa visão culturalista, ou seja, encarando o Direito como fenômeno cultural, veremos que o conceito de consciência Jurídica embutido no discurso de Alf Ross poderia ampliar-se significativamente” (id., p. 44). Incluir-se-ia o fruto das lutas e experiências sociais acumuladas, o aprendizado das soluções corretas, que paralelos ao direito imposto, poderiam ter o condão “senão de substituí-lo, pelo menos de transformá-lo” (op. cit., p. 44, citando Arnaud).

Nesse diapasão, Melo passa a examinar o “culturalismo de Miguel Reale” (p. 45-52), elogiando a sua contribuição “para o entendimento dos pressupostos epistemológicos quanto ao conceito e objeto da Política Jurídica”, e às “possibilidades...” de “contribuição do Direito para a melhoria da sociedade”

(op. cit., p. 45). Antes, porém, realiza cuidadoso trabalho de consolidação dos saldos obtidos até ali, na exposição. Por que aceitar, como uma fatalidade, “ser o Direito expressão da dominação?”, pergunta à guisa de introdução. “O direito tem que ser fecundado pela política para que tome consciência de seus fins e de seus fundamentos” (id., p. 46), acrescenta; e conclui: “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**” (id., p. 47, grifo acrescentado).

Acredita, portanto, no papel positivo do direito “no processo global de transformação do presente e na construção do futuro melhor” (op. cit., p. 45), e bem assim, numa “racionalidade ligada aos legítimos desejos do cotidiano” (id.).

Nesse ponto, Melo identifica-se com Reale e elogia a sua “mundividência epistemológica”, que, afirma, não é desintegradora, mas ao contrário, “guarda precioso sabor heurístico” (id., p. 48).

Todavia, é no outro aspecto, crucial e essencial, no confronto com Kelsen, que o pensamento de Reale cai como uma luva para a construção de Melo; é quando o jusfilósofo coloca a Política Jurídica como ponto culminante da Teoria do Estado, tanto no campo do **saber político**, quanto no do **saber jurídico**. Diz Reale, em citação literal: “é ela que representa o ponto de intercessão ou de interferência das duas pesquisas, no plano empírico-positivo, como prudência legislativa e jurídica” (Melo, op. cit., p. 47).

Na verdade, é a mesma tecla inaugurada por Perez, ou seja, a possibilidade de harmonização ou de harmonia entre política e direito, o que é essencial para Política Jurídica. Mas Reale vai adiante, e estabelece uma taxinomia: na discriminação do **saber político**, “a Política Jurídica comparece interligada à Deontologia Política pela preocupação com o **valor**,

e também com a Teoria Geral do Estado, pela qual seria uma especificação, juntamente com a Teoria Social do Estado e com a Teoria Política do Estado” (Melo, op. cit., p. 47).

No outro lado, do **saber jurídico**, a Política Jurídica compareceria “interligada à Deontologia Jurídica e à Teoria Geral do Direito, com caráter independente e na posição culminante em relação à sociologia Jurídica, à História do Direito, à Etnologia Jurídica e à Psicologia Jurídica” (id., p. 47-8).

A contribuição de Reale, em verdade e como se percebe, representa um rompimento com a dicotomia kelseniana, pois coloca a Política Jurídica, ao mesmo tempo, nas duas esferas: do ser e do dever ser – no rumo da persecução do Bem Comum – graças à sua perspectiva culturalista.

Com isso, Osvaldo Melo recebe um reforço teórico para afastar uma série de limitações que a concepção de Kelsen impõe à Política Jurídica, desde o fundamento da norma, e da questão do Valor, até a mais tormentosa de todas, que é a questão do Poder.

“O poder a que se refere Reale”, diz Melo (id., p. 50), “não é apenas representado pelo sistema de forças hegemônicas e controladoras, incrustadas no escalão governamental, porém o poder em geral, que envolve os que comandam mas também as instituições e a soberania popular.”

Ora, para Kelsen, a política é dos políticos e dos detentores do poder; mas para Melo, a política se forja e desenvolve num contexto muito mais amplo e participativo, que a consciência jurídica capta e a Política Jurídica capitaliza para a transformação do próprio Direito e da Ciência Jurídica.

Surpreendentemente, pois, o campo dialético de Osvaldo Melo e sua Política Jurídica, trava-se é contra o próprio Kelsen e sua redução (de ordem) metodológica.

4. Reflexões finais

Pôde-se identificar, pela aplicação de uma matriz, ou de uma técnica muito simples de análise de texto, destacada na introdução, a sutileza de Osvaldo Melo e sua dialética, na tentativa de resgatar um conceito

de Política Jurídica adequado às grandes transformações do Direito.

O liame de contradição que perpassa todo o trabalho de construção teórica do ilustre autor catarinense,

tem a sua origem num expediente metodológico de Kelsen, que coloca a Política Jurídica no campo do *dever ser*, em oposição à Ciência Jurídica, encastelada no *ser*. Colocando a sua fonte de inspiração em Kelsen, Melo trabalha num arcabouço teórico muito restrito e contraditório, e isso revela todo o seu talento de escritor e de pesquisador.

A noção do que seja uma grande dicotomia, fornecida por Norberto Bobbio (1995, p. 13), dá a dimensão mais exata do problema:

Podemos falar corretamente de uma grande dicotomia quando nos encontramos diante de uma distinção da qual se pode demonstrar a capacidade: a) de dividir um universo em duas esferas, conjuntamente exaustivas, no sentido de que todos os entes daquele universo nelas tenha lugar, sem nenhuma exclusão, e reciprocamente exclusivas, no sentido de que um entre compreendido na primeira não pode ser contemporaneamente compreendido na segunda; b) de estabelecer uma divisão que é ao mesmo tempo total, enquanto todos os entes aos quais atualmente potencialmente a disciplina se refere devem nela ter lugar, e principal, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela, secundárias.

Ora, a distinção e separação de Kelsen, entre Ciência do Direito e Política Jurídica, é uma dicotomia, nesses termos, exatamente, em que Bobbio acaba de afirmar. São duas esferas que não se tocam, cada qual com objeto próprio e realidades próprias.

Daí, o problema é que Kelsen tem “um juízo negativo de ideologia” (Wolkmer, op. cit., p. 162), e por conseqüência, da própria Política Jurídica, que coloca fora da ciência, na outra esfera da sua grande dicotomia. A ideologia, para ele, tem a sua raiz na vontade e não no conhecimento; nasce dos interesses e não do interesse pela verdade (id., p. 163).

A dura tarefa de Osvaldo Melo, pois, é resgatar a ideologia e a participação social, dentro de um arcabouço teórico que parte, exatamente, do modelo kelseniano. Como fazê-lo senão negando, numa dimensão ontológica, a dicotomia kelseniana?

De fato, e Antônio Carlos Wolkmer destaca muito bem, Kelsen labora em um “seguro sistema dogmático, solidificado no substrato da lógica formal, **erradicando toda sustentação de base social e de prática política**” (ib., grifo acrescentado).

Em outras palavras, Kelsen sustenta-se num rigor formal tão veemente, e lógico, que a Política Jurídica, que ele mesmo criou, pouco ou nada poderia fazer contra uma Teoria Pura do direito positivo; até porque o mestre de Viena exclui, *a priori* e radicalmente, qualquer influência do *dever ser* social e político!

A resposta de Melo, conforme se pôde observar pela análise do texto em questão, foi a criação de uma outra dicotomia: Modernidade/Pós-Modernidade, com o que pôde criar um espaço à Política Jurídica, na categoria Transmodernidade.

Mas não resta dúvida que foi buscar em autores que laboram com um direito “ideal” e justo, as contribuições com que pôde erguer uma réplica ao sólido modelo kelseniano (cuja unidade gira em torno do “ser jurídico”); réplica que encontra a sua unidade no “fato cultural” (que concilia Política e Direito).

A maior reflexão, talvez, advenha de uma pergunta muito simples: por que Osvaldo Melo não partiu, imediatamente, do pensamento de Miguel Reale, preferindo lançar-se das íngremes asperezas da obra de Hans Kelsen?

Seria por que a dicotomia kelseniana oferece um *status* mais elevado e privilegiado à Política Jurídica? (em Reale, ao que parece, a Política Jurídica não ultrapassaria em muito a condição de um simples curso de sociologia)...

Ou será que o que une os três ilustres autores, Kelsen, Reale e Melo, é a crença comum na função do Direito e na sua especificidade, como instrumento insubstituível à decidibilidade dos conflitos, sejam eles de que expressão ou magnitude forem?

O artigo está encerrado, mas me atrevo a acrescentar uma opinião pessoal, que o leitor mais exigente não está obrigado ler. O Direito pode ser estudado autonomamente, como destaca Alvarez (1980, p. 110-148), porém, isso não significa que exista autonomia do Direito. A sua totalidade – e ele a possui – é formal, técnica e contingente. O Direito, como sistema de normas, fornece, realmente, um objeto próprio à construção de uma ciência, mas isso não exclui a sua contingencialidade

(do Direito), a dimensão cultural (que o critica) e a realidade da vida (que a todos atropela).

O Direito, enfim, como se sabe, é essencialmente argumentativo: o fato se equaciona; a norma se

interpreta e o valor se discute. Não serão obstáculos de ordem meramente formal ou metodológica que barrarão a dinâmica do Direito, na persecução da Justiça, ante a dinâmica da vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Reflexões para um estudo da norma no direito civil. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 110-148.
- BOBBIO, Norberto. *Estado governo sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995. 173p.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. 136p.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC, 1999. 191p.
- PILATI, José Isaac. *Ad Melum. Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, n. 7, p. 87-90, out. 1998.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995. 188p.