

# A POLÍTICA JURÍDICA E OS NOVOS DIREITOS

Osvaldo Ferreira de Melo\*

## 1. Introdução

Paul Roubier, na sua monumental *Théorie Générale du Droit*, para muitos uma das mais lúcidas sínteses do pensamento jurídico da 1.ª metade do Século XX, dedica cerca de 30 páginas ao exame da natureza e funções da Política Jurídica, disciplina que, a seu ver, teria por objeto “*l’elaboration du contenu de la règle de droit*”, enquanto a Tecnologia Jurídica se ocuparia “*de la forme extérieure de la règle de droit*”.<sup>1</sup>

Roubier entende que a Política Jurídica tem um duplo aspecto. Por uma parte, com o auxílio de disciplinas conexas como a Economia Política, a História e a Sociologia, deve analisar os elementos da vida social para que sejam identificadas alternativas, visando às imprescindíveis escolhas. Seria, então, antes de tudo, um trabalho de natureza científica, ou seja, uma tarefa voltada para a observação rigorosa dos fenômenos emergentes no meio social. De outra parte, será necessário propor o conteúdo de normas referentes aos fenômenos estudados, balizando sempre essas escolhas em juízos de valor. Já não mais teríamos, segundo ele, um trabalho de ciência, mas uma obra de arte, pois não se trataria apenas de identificar regras impostas pela necessidade, mas de constante busca da norma mais justa e, porque isso implica escolha, “*c’est assurément le point le plus délicat de la politique juridique*”.<sup>2</sup>

Relendo o mestre de Lyon, inspirador da famosa “*courant axiologique française*”, pensei na pertinência da aplicação daquelas observações ao momento presente, em que temos desafios não pequenos para realizar criteriosamente escolhas de conteúdos normativos, em face dos chamados novos direitos.

Toda época tem seus direitos nascentes ou emergentes, que se originam das mudanças tecnológicas, dos costumes e da moral e ainda dos progressivos avanços das descobertas e invenções que tanto impacto causaram e ainda causam nas relações econômicas e sociais. Os direitos trabalhistas e previdenciários foram, em determinado momento, “novos direitos” e exigiram dos juristas e outros cientistas sociais rigorosa observação empírica de uma fenomenologia emergente, até que fosse possível realizar as imprescindíveis escolhas do conteúdo das novas normas, visando a assegurar o bem comum e a possível harmonia social. A seleção do conteúdo da conseqüente legislação foi, assim, uma tarefa político-jurídica lenta, mas decisiva, na tentativa de equilibrar interesses em conflito.

Neste fim de século, temos outros desafios também provocados em parte pelas mudanças e pelos avanços da ciência e, em parte, pela tomada

\* Professor do CMCJ/UNIVALI,  
Consultor ad-hoc da CAPES e Pesquisador do CNPq

de consciência política por grande parcela da população, antes alienada quanto a seus direitos de cidadania.

Na área jurídica, ao que sabemos, ainda não se conta com uma metodologia devidamente testada que se possa aplicar com segurança a essas etapas da construção normativa, mas há indicações interessantes para emoldurar os procedimentos básicos. Francois Géný, o grande humanista com visão eclética dos fundamentos do Direito, em sua *Science et Technique en Droit Privé Positif*, já nos falava sobre os dois estratos que se revelam na análise de qualquer sistema jurídico: o dado (*le donné*) e o construído (*le construit*). O dado consiste em princípios descobertos pela pesquisa, que deveriam guiar a obra legislativa. O construído compreende todas as estratégias para, à base daqueles princípios, criar a legislação adequada e necessária. Giuseppe Graneris, analisando o binômio “le donné et le construit” na obra do mestre lionês, entende que, “no primeiro plano, o homem deve contentar-se com o descobrir e conhecer; no segundo, inventa e cria”.<sup>3</sup>

Ao tratar sobre “le donné”, Geny nos esclarece que esses elementos fundamentais seriam: **a) os dados reais**, que consistiriam nas condições de fato da vida humana, incluindo os da natureza física: clima, meio-ambiente, aspectos fisiológicos, anatômicos e psicológicos do homem, e as condições econômicas que influenciam a atividade humana. Seriam, enfim, segundo Duguit, as realidades atuais que, se não criam diretamente as normas, criam o meio necessário e a adequada lógica para que elas se construam; **b) os dados históricos** seriam os fatos e as circunstâncias da vida social, os quais tenderiam a uma normatização. Incluiriam os costumes, a legislação, a doutrina, os procedimentos e os julgados. De tudo isso se extrairiam os valores daquela

sociedade, ou seja, elementos de sua tradição cultural, para tornar possível “*l’elaboration scientifique du droit objectif*”<sup>4</sup>; **c) os dados racionais** que seriam a reinterpretação do direito natural clássico, ou seja, segundo aquele Autor, as normas de conduta que a razão busca na natureza humana e nos contactos entre o homem e o mundo, apresentando-se não como algo metafísico, mas como “*un produit de la raison intuitive, pénétrant l’essence des choses*”; **d) os dados ideológicos** referem-se às aspirações humanas de um Direito melhor e mais progressista. Como os racionais, são dados normativos, diferentes dos reais e históricos, ambos extraídos dos fatos. São também os racionais e os ideológicos, segundo Geny, os dados que levam à descoberta da justiça, de forma objetiva.

É interessante observar que as preocupações metodológicas de Paul Roubier e de Francois Geny, no tocante à dualidade entre o “dado” e o “construído”, ou seja, entre a observação científica dos fatos da natureza e da vida social e a construção da norma jurídica, são bastante coincidentes. Também o são a oposição metodológica entre a Tecnologia Jurídica e a Política Jurídica, quando ambos os autores atribuem à primeira o cuidado de revestir com a forma adequada a matéria da norma, sendo esta última um problema político-jurídico que será resolvido com a imprescindível colaboração da Ciência do Direito e da Filosofia Jurídica.

Esse ecletismo metodológico amplia o horizonte do jurista para mais além da simples descrição e comentário da lei, oferecendo ricas sugestões e apontando para outra tarefa assaz importante na qual o político do Direito deve ser um seguro mediador, no que se refere à construção da norma adequada e eficaz para o momento, e que possa atender aos legítimos anseios sociais.

## 2. O Biodireito, exemplo de novos desafios normativos \* \* \* \* \*

Destaquemos um aspecto dos agora chamados novos direitos que, pela sua repercussão no meio social, têm sido destaque não só nos ambientes aca-

dêmicos, mas também nos espaços da mídia. Refiro-me a assuntos que preocupam pesquisadores e profissionais quer da área bio-médica, quer das dis-

ciplinas jurídicas, além de despertar a manifestação de pensadores humanistas e religiosos e que incidem sobre a ordem ética e deontológica.

As perplexidades nessa área são grandes, principalmente por tratar-se de assuntos não objetivamente normados e que extrapolam ao racionalismo pretensamente globalizante e certo da dogmática jurídica.

Temas difíceis comparecem como novidades: manipulações genéticas, constatação de morte cerebral e suas decorrências, procriação assistida, possibilidade técnica da clonagem humana, doação presumida de órgãos humanos, etc. Outros já antigos, mas nunca bem resolvidos na ordem jurídica, voltam a debates sob novos fundamentos, como a eutanásia e o aborto.

Assuntos dessa natureza não podem ficar apenas ao alvedrio dos pesquisadores ou profissionais da área bio-médica e muito menos dos fundamentalistas religiosos que não se afastam da visão rigidamente maniqueísta.

A este novo campo da taxionomia jurídica que se convencionou chamar de biodireito, cabe enorme desafio, que implica atendimento às exigências de normas que possam harmonizar a liberdade de investigação e experimentação como pressupostos da Ciência: a preservação da dignidade da vida, entendida como valor primo do Direito; e o respeito à pessoa natural, como norma fundamental da Ética.

Embora difícil essa conciliação na essência da norma, ela é absolutamente necessária, tendo-se em vista que o juiz não pode eximir-se da prestação jurisdicional - pelo menos no sistema dogmático válido no Brasil - alegando lacunas no Direito. Deixa-se, então, ao juiz decidir sobre os casos concretos, sem oferecer-lhe normas que orientem sua

decisão que estará apoiada tão só nas fontes informais do Direito e nos ditames de sua própria consciência, o que, convenhamos, certamente não aponta para a sempre esperada segurança jurídica.

Por outro lado, não podemos nos açodar com a regulação dos novos problemas de natureza bio-médica que repousam, por sua vez, sobre a bioética, antes de dominarmos aquelas fases pré-normativas sobre as quais nos fala Geny e já referenciadas neste texto. É bastante interessante a observação que a esse respeito oferecem Regina Fiuza Sanwer e Severo Hrymiewiez, quando lembram que “a recordação do coro final de Antígona (Sófocles, século V a.C.) é extremamente adequada aos que estão envolvidos nessa tarefa de produção do novo direito em relação aos progressos da Biomedicina: “A prudência é a primeira fonte da felicidade. E a prudência só pode ocorrer quando se dá guarida ao bom senso”.<sup>5</sup>

Esta é também a preocupação de Volnei Ivo Carlin quando previne a prévia formação e informação dos cidadãos “diante de inesperados problemas resultantes de uma sociedade pós-industrial, que se ocupa dos chamados direitos de 4.<sup>a</sup> Geração.” Segundo o Autor, “dá a importância da formação de todas as pessoas, do surgimento de leis fundamentadas e do respeito ao bem comum”.<sup>6</sup>

O pano de fundo das discussões no campo da bioética, pode-se ver, é formado pela preocupação essencial com a dignidade da pessoa, que deve ser resguardada de ameaças sobre ela incidentes pelo avanço da biotecnologia.

Esta última, porque pode ser manipulada com uma visão exclusivamente utilitária e mecanicista, deve ser preocupação do jurista, o único profissional que, com a prudência necessária, tem condições de estabelecer freios e limites a desvarios, nesse campo, através de eficazes instrumentos normativos.

### 3. O papel da Política Jurídica \* \* \* \* \*

À política Jurídica cabe buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes, e a história cultural do respectivo povo.

Quando se trata de direito novo, as lacunas que ocorrerão num primeiro momento, devem ser preenchidas com a observância das fontes informais do Direito, em especial da doutrina.

É a doutrina que articula conceitos, e descobre, por esse meio, os princípios de que nos fala Geny. A doutrina entendida em sentido amplo, o que inclui as preocupações manifestadas pelos órgãos internacionais em seus congressos e assembléias, geralmente surge logo após despontarem os fatos novos e bem antes de normas respectivas serem propostas e positivadas.

Isto transparece visivelmente no campo do biodireito. Autores contemporâneos têm desenvolvido reflexões sobre temas como “responsabilidade objetiva”, “abuso de direitos”, “condições éticas de alteridade”, “violência contra a dignidade do corpo humano” e assim vão formando princípios que já estão sendo invocados nos casos concretos da proteção dos direitos difusos e dos chamados biodireitos. Aliás, Norberto Bobbio recentemente nos alerta que não basta reconhecermos haver um debate internacional e amplo sobre os direitos humanos, como um sinal premonitório do progresso moral da humanidade, mas temos ainda de vencer a dificuldade maior que consiste na proteção efetiva desses direitos, “pois uma coisa é falar dos direitos emergentes” ... “outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”.<sup>7</sup>

Por sua vez, Alcebíades de Oliveira Junior acentua que “a deficiência na concretização efetiva da cidadania é agravada pelo avanço da Bioética e da Bioengenharia, responsáveis pela imposição de problemas éticos ao Direito” e que “tais direitos de 4.ª geração nos colocam a fundamental questão de saber quais os parâmetros éticos que devam nortear uma ordem jurídica...”.<sup>8</sup>

Já se formaram várias correntes doutrinárias, cada uma buscando os fundamentos da bioética e conseqüentemente do bio-direito. Se, por exemplo, compararmos os enfoques de Karl Otto Appel com os de um representante das teorias críticas da Escola de Frankfurt, veremos quão pouco coincidentes estão ainda os critérios de escolha desses fundamentos.

Somente quando a farta e responsável Doutrina que se forma no campo do biodireito e da bioética ganhar relativa unanimidade nos seus pontos essenciais e paralelamente o Estado assumir, com objetivi-

dade, seu papel de árbitro da harmonia social, aí se poderá pensar numa legislação adequada e tanto quanto possível segura.

O papel do político-jurídico será, então, bastante específico, pois, com apoio nos fundamentos axiológicos, irá trabalhar com as escolhas que conduzam ao conteúdo das normas desejáveis.

Isso já ocorreu, nas últimas duas décadas, com a normatização dos chamados direitos difusos, (por exemplo os direitos do consumidor), que passaram a ser juridicamente protegidos. Também com relação a este, houve a necessidade de esperar por um avanço doutrinário que foi conflituoso, a princípio, e extremamente inovador quando o consenso foi relativamente obtido nas questões fundamentais.

No caso da aplicação, pelo juiz, de princípios doutrinários que preenchem lacunas na legislação, deve-se estar atento ao fato de que assuntos que envolvem questões biomédicas são muito sensíveis a posições filosóficas conflitantes. Por isso, é pressuposto inarredável da Política Jurídica exigir que toda norma, seja ela proveniente da ação legislativa ou do resultado da prestação jurisdicional leve em conta, como fatores de validade material, sua conformação com critérios objetivos de justiça e de utilidade, como fontes do necessário equilíbrio psicossocial.

O Direito, sendo fenomenologia sócio-cultural, não cessa de evoluir, adaptando-se a novas realidades e necessidades humanas. Tal se dá pela natureza do homem que, no uso de sua liberdade, ousa negar-se aos fatalismos. Mas a criação do direito novo não poderá estar dependente apenas da inexorabilidade dos fatos gerados pela tecnologia, nem pode ser guiada apenas por juízos de realidade. A Política Jurídica considera os dados da vida em sociedade como matéria prima de suas considerações teóricas e práticas e não submete suas conclusões a um clima determinista. Tais conclusões, ou escolhas, terão que partir, sobretudo, da aplicação criteriosa de juízos de valor, visto que o Direito não é uma disciplina apenas explicativa, mas principalmente uma disciplina normativa que tem por fim último a criação de uma sociedade tão harmoniosa e justa quanto for possível.

Os canais por onde fluem os interesses e os valores sociais são as normas e por isso elas se tornam imprescindíveis no jogo da vida social. Mas é sempre bom ressaltar que essas normas só terão condições de eficácia na construção de um mundo melhor e mais equilibrado, se resultarem de um cuidadoso artesanato em que as mãos do artista

saibam lidar não só com a matéria prima dos direitos da pessoa, mas também com os pressupostos de uma lógica político-jurídica (a qual foi insinuada ao longo deste trabalho) que, por ser comprometida com a ética, a justiça e a prudência, tende a ser, segundo todos esperamos, suficientemente confiável.

## CITAÇÕES

- 1 - **ROUBIER**, Paul. *Théorie du Droit*, 2<sup>ème</sup> ed. Paris Librairie Sirey, 1951, p. 195.
- 2 - \_\_\_\_\_ op. cit, p. 196.
- 3 - **GENY**, François. *Science et Technique en Droit Privé Positif*, T. II, Paris: 1924, p. 397 e ss.
- 4 - **GRANERIS**, Giuseppe. *La Filosofia del Derecho através de su História y de sus Problemas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 192.
- 5 - **FIUZA**, Sanwer et. **HRYMIEWIEZ**, Severo. *O Direito in Vitro*. Rio: Editora Lumen Juris, 1997, p. 36.
- 6 - **CARLIN**, Volnei Ivo. Bioética. *Novos Estudos Jurídicos*. CMCJ/UNIVALI, Itajaí, p. 17 e 18 Setembro de 1997.
- 7 - **BOBBIO**, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. de Carlos Coutinho, Rio: Campus, 1992, p. 63.
- 8 - **OLIVEIRA JUNIOR**, José Alcebíades de. Cidadania e os Novos Direitos in *O Novo Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 199.