

FUNDAMENTOS DE POLÍTICA JURÍDICA: ASPECTOS DESTACADOS

Lucilaine Ignácio da Silva¹

Moacyr Motta da Silva²

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Normativismo de Kelsen; 3 O Empirismo de Alf Ross; 4 O Culturalismo de Miguel Reale; 5 Ética e Política; 6 Ética e Estética da convivência; 7 A produção do Direito; 8 Legitimidade e legalidade; 9 Caráter político-jurídico da norma; 10 Validade e Eficácia; 11 O direito como técnica de controle; 12 Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

No presente trabalho tem como escopo essencial estudar e refletir sobre aspectos da obra Fundamentos da Política Jurídica. Um estudo acerca do normativismo de Kelsen, o empirismo de Alf Ross e o culturalismo de Miguel Reale. O estudo ora proposto procura elaborar uma postura corretiva e consciente da Política do Direito fundada na ética relacionada com a política, e a estética da convivência. Aborda também, o caráter político-jurídico da norma, a legalidade e legitimidade, validade e eficácia, e por fim, o direito como técnica de controle.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça; Política Jurídica; Sociedade.

RESUMEN

En el presente trabajo está diseñado principalmente para estudiar y reflexionar sobre los aspectos de las Fundaciones de trabajo de Política Legal. Un estudio de la normativismo de Kelsen, el empirismo de Alf Ross y el culturalismo de Miguel Reale. El estudio que aquí se propone tiene por objeto proporcionar una postura correctivas y consciente de la ley común se basa en la ética en relación a la

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, Linha de Pesquisa - Produção e Aplicação do Direito; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. E-mail: lucilaine@gmail.com

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor aposentado da Universidade Federal de Santa Catarina, Curso de Direito: Programas de Mestrado e Doutorado. Professor titular do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Membro da Academia Catarinense de Filosofia de Santa Catarina.

política y la estética de la convivencia. También analiza el nivel político-jurídico, la legalidad y la legitimidad, la validez y eficacia, y, finalmente, el derecho a controlar la técnica.

PALABRAS CLAVE: Justicia; Política Legal; Sociedad.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a estudar e refletir as teorias gerais apresentadas por Osvaldo Ferreira de Melo em sua obra *Fundamentos da Política Jurídica*.³

O artigo tem seu foco voltado para aspectos destacados da leitura da obra referenciada. A partir da leitura e do estudo destes aspectos, reconhece-se que a política jurídica age como mecanismo para a produção legislativa, que vise os anseios da Sociedade.

O estudo da Política do Direito propõe a elaboração de uma postura corretiva e consciente, de forma que a sociedade se torne autônoma para decidir como construir a sua paz, seu bem estar, sua segurança e sua qualidade cultural.

Sobre estes aspectos, o autor expõe em sua obra a idéia de filósofos renomados. Este fator enriquece o presente estudo. O debate acerca da produção legislativa nos faz refletir e nos aproxima da realidade jurídica, ou seja, examinar o "Direito que é", (Ciência Jurídica) e o "Direito que deve ser" (Política Jurídica).⁴

2 O NORMATIVISMO DE Kelsen

Na dogmática de Kelsen, somente a norma formalmente válida pode fazer algo ser jurídico. O estudo da obra de Kelsen leva-se a supor que ele não se importava com o que estivesse fora do exame das normas. Que pretendia distinguir o conceito de Justiça do conceito de Direito e que a norma de justiça

³ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Sérgio Antonio Fabris Editor / CPGD-UFSC. Porto Alegre: 1994. 135 p.

⁴ Texto inspirado na leitura da obra: MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994, 135p.

tem vida à parte da norma jurídica.⁵

O Direito formalmente, observado por Kelsen, parece não levar em conta as dimensões do fenômeno jurídico, como fenômeno sócio-cultural. É um Direito sem valor, e assim, só será válido até o momento em que não se puder tratar racionalmente de seus valores.⁶

Compreender o significado da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, cobra a percepção de dois pontos básicos: o significado de 'pura', e o entendimento 'a quê' essa 'pureza' se refere". Faz necessário uma leitura específica da 'juridicidade', sem interferências de outros campos do conhecimento que não interfiram na precisa delimitação do direito: a norma jurídica. O Direito não pode ser separado da política, pois é essencialmente um instrumento da política.⁷

Segundo assinala Melo, as principais geratrizes da cultura as aptidões e as necessidades humanas, "a tendência ordenadora da inteligência prática explicaria a criação do Direito com vistas não só a promover a disciplina social, mas também o seu bem-estar".⁸

O doutrinador Melo, ensina que subestimar a verdade humana existente no ato da criação do direito e no estudo do que possa produzir a norma jurídica, é o mesmo que esquecer que o direito disciplina interações humanas. É esquecer que o Direito se realiza quando aplicado aos fatos da vida social.⁹

O estudo da obra Teoria Pura do Direito, segundo Melo, é imprescindível para identificar o objeto da Política Jurídica. É na lógica das proposições apresentadas por Kelsen nas obras Teoria Pura do Direito e Teoria Geral das Normas que se encontra com a necessária clareza a identificação do objeto.¹⁰

⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 30.

⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 30.

⁷ SGARBI, Adrian. Hans Kelsen. (Teoria Pura do Direito). In: **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 33.

⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 30.

⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 31.

¹⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 32.

Com o passar dos anos, as novas edições da Teoria Pura do Direito revelaram Kelsen disposto à uma reflexão ampla. Kelsen apresenta sua teoria com ar mais comedido e já admitia algumas ameaças à rigidez daquela arquitetura intelectual.¹¹

A diferença entre a formulação do objeto da Política do Direito é apresentada na Teoria Pura do Direito e na Teoria Geral das Normas, redigidas por Kelsen, porém com significação.¹²

Por fim, reconhece Melo, que a posição de Hans Kelsen quanto à Política Jurídica é mais que uma simples constatação científica. Ele foi além, quando caracterizou o objeto da Política Jurídica e a colocou em paralelo com a Ciência Jurídica, sem hierarquia. Não apenas conceituou, mas fez uma inserção didática coerente e a 'justificou', localizando-a no espaço, livre das preocupações formais rígidas.¹³

3 O EMPIRISMO DE ALF ROSS

Tanto à Ciência do Direito quanto à Política Jurídica, as observações feitas pela Sociologia Jurídica são importantes para a exemplificação "*com os estudos das correlações funcionais entre os ordenamentos e sistemas jurídicos e os quadros sociais*".¹⁴

Com relação ao mundo dos valores e do dever-ser, alguns autores desejaram a separação rigorosa nas relações humanas entre juízos de realidade e de valor. Por outro lado, sociólogos contemporâneos perceberam que é necessária a explicação, que apenas a descrição de resultados não é o suficiente para deter o domínio amplo do conhecimento jurídico.¹⁵

Alf Ross, assumidamente empirista, conduzia sua obra dentro dos padrões

¹¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** pp. 32-33.

¹² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 39.

¹³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** pp. 34-35.

¹⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 39.

¹⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** pp. 39-40.

reducionistas, como fez ao afastar-se da Sociologia Jurídica e comprometeu-se com a Política do Direito em sua obra mestra "Sobre o Direito e a Justiça".¹⁶

Discípulo de Kelsen, Ross prezava pela importância do pensamento coerente. Sua fixação com o princípio de pureza metodológica contribuiu com questões basilares para a compreensão dos fundamentos da Política do Direito.¹⁷

Ross procurou realizar a eliminação da validade jurídica como categoria independente, reduzindo-a a uma dimensão da realidade. Sua idéia principal era de [é] de levar no campo do Direito os princípios do empirismo às suas conclusões últimas.¹⁸

Política, segundo Ross, não se confunde com Filosofia, nem tão pouco com Ciência. Para ele, cada uma delas delimita-se em sua área de investigação. Em se tratando da Política Jurídica, investiga-se o alcance de determinados fins, se estes implicam no alcance das normas serem eficazes, socialmente desejadas, justas e úteis para responderem às demandas sociais.¹⁹

Apesar de manter sua visão reducionista, Ross com uma teoria de consciência Jurídica da Sociedade, presta contribuição para qualquer Teoria de Política Jurídica.²⁰ Ross propõe conceber o Direito como um fenômeno suscetível de observação no mundo dos fatos, e, no mundo da moral ou dos valores como uma norma obrigatória.²¹

4 O CULTURALISMO DE MIGUEL REALE

No mundo jurídico, pouco se tem feito para recuperar a real posição do Direito no processo global de transformação do presente e construção do futuro. Parece

¹⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 40.

¹⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 40.

¹⁸ SGARBI, Adrian. Alf Ross. (Sobre o Direito e a Justiça). In: **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 65.

¹⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 40.

²⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 42.

²¹ SGARBI, Adrian. Alf Ross. (Sobre o Direito e a Justiça). In: **Clássicos da Teoria do Direito**. p. 70.

que o Direito, para a maioria dos estudiosos das ciências sociais e econômicas, é a expressão da vontade das classes dominantes. Contudo, não querem perder tal dominação e consideram inoportuno ver o Direito como um papel transformador e progressista.²²

Isso talvez possa explicar porque não se tem dado atenção necessária às possibilidades da Política Jurídica contribuir com o Direito para a melhoria da Sociedade.

A obra de Miguel Reale que trata da tridimensionalidade do direito tem significativa contribuição para o entendimento dos pressupostos epistemológicos quanto ao conceito e o objeto da Política do Direito.²³

Para Melo, a Política Jurídica é o instrumento que dispõe o jurista a participar do esforço de todos os cientistas sociais no direcionamento das mudanças sócio-econômicas.²⁴

Reale ensina que a Política Jurídica merece atenção, pois esta é como parte da Teoria do Estado. É ponto culminante no campo do saber político e do saber jurídico. A Política Jurídica representa a intercessão no plano empírico-positivo como prudência legislativa e jurídica.²⁵

Seguindo ainda pelos ensinamentos de Reale, "o Poder converte um valor do Direito em regra de direito e, conseqüentemente, confere a uma proposição jurídica a força específica da norma jurídica [...]".²⁶

Na obra 'O Direito como Experiência'²⁷, Miguel Reale se dedica a demonstrar que o direito não é só experiência, mas que só pode ser compreendido como experiência.

²² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 45.

²³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 45.

²⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 47.

²⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 47.

²⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 47.

²⁷ REALE, Miguel. **O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 293p. [Ensaio VII, p. 147-186]

O autor ensina que para apreciar qualquer teoria jurídica há alguns pontos que devem ser levados em consideração, como: primeiramente, saber se ela atende às exigências da Sociedade e se fornece categorias lógicas e adequadas à solução de seus problemas; segundo, verificar se ela se insere no desenvolvimento geral das idéias.

E, é neste panorama das idéias jurídicas que aparece a teoria tridimensional do direito, específico, concreto e dinâmico e essencialmente distinto e transformador que conseguiria integrar em unidade e também explicar como interage o fato, o valor e a norma, como elementos inseparáveis da experiência jurídica.

Na discriminação do saber político, a Política Jurídica está interligada à Deontologia Política junto com a Teoria Geral do Estado pela preocupação comum com o valor, já no quadro da discriminação do saber jurídico, a Política Jurídica está interligada à Deontologia Jurídica e à Teoria Geral do Direito, com caráter independente e em posição culminante em relação à Sociologia Jurídica.²⁸

Reale, em sua obra Filosofia do Direito lembra que é "inadmissível qualquer pesquisa sobre Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatores".²⁹ Os três fatores a que ele se refere são: valor, fato e norma – a teoria tridimensional.³⁰

Partindo do pressuposto que o Direito sempre logra êxito na consecução do valor proposto, é necessário que haja sempre uma tentativa de se realizar o justo. Dessa premissa, Reale compreende que há uma problemática de fundamento, tanto para o filósofo quanto para o político do Direito.³¹

Daí entende-se que a Política Jurídica, segundo Reale, pode ser estudada em três planos: epistemológico³², psicossocial³³ e operacional^{34 35}.

²⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 47.

²⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 48.

³⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 48.

³¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 50.

³² [...] onde cabe a análise axiológica do "direito que é"; [...]. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 50.

No campo da axiologia, ao contrapor as correntes dominantes que consideram o valor como qualidade do ser, Reale observa que parece ser impossível situar no mesmo plano um objeto, como algo que necessariamente deve ser (bom, útil). A partir desta observação, Reale considera que o “dever-ser” do Direito se acha necessariamente vinculado à ação.³⁶

O justo e o útil seriam para alguns autores, antitéticos segundo a posição ideológica. Mas poucos, entretanto percebem que convivem, nos sistemas jurídicos, normas que realizam o valor justiça e normas que realizam o valor utilidade.³⁷ Para a Política Jurídica, o Direito Justo é aquele que deve-ser, pois o direito que é, muitas vezes não atinge o desejável em determinada Sociedade³⁸.

Os meios empregados pela Política para a concreção de suas finalidades devem ser dotados de eficiência e eficácia de tal sorte a permitir que os objetivos pretendidos sejam alcançados.

5 ÉTICA E POLÍTICA

Um desafio permanente para a Filosofia é estabelecer a possível convivência entre a Política e a Ética.

A Política, comprometida mais com os fins a alcançar, talvez por ser da sua natureza, tem tido ao longo de sua história, um desdém para com a ética dos

³³ [...] onde se verifica não só a existência de representações jurídicas e de outras manifestações da consciência jurídica da sociedade e, [...]. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 50.

³⁴ [...] onde se montam as estratégias para modificar ou afastar o “direito que não deve ser” e criar o direito “que deve ser”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 50.

³⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 50.

³⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 51.

³⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 51.

³⁸ “O Direito deve constituir-se em expressão dos interesses e dos valores defendidos, majoritariamente, pela sociedade, pois é fundamentada, no sentido do bom e do justo, que a sociedade vai legitimá-lo”. DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. p. 4.

meios que são valorados em função da sua eficácia.³⁹

Sem se preocupar em justificar os meios utilizados, a Política de certa forma parece inaceitável ao Direito e à Moral. Estes partem de sentimentos e idéias comprometidos com o dever ser, enquanto que a Política, de regras pragmáticas que garantam o resultado recomendado.⁴⁰

A Política do Direito não pode ficar indiferente à Ética. É inaceitável o princípio anti-ético de que os fins justificam os meios, ou que a Política poderá usar de meios incompatíveis com a Ética sempre que for necessário ao alcance de seus fins utilitários.⁴¹

A Ética, a Política e o Direito são expressões diferenciadas, mas fazem parte da conduta humana. A Ética decide sobre o que é moralmente correto, o Direito ao que é racionalmente justo e à Política, o socialmente útil. Portanto, três vertentes de padrão de conduta voltados para o reconhecimento e a valorização dos direitos fundamentais do homem.⁴²

Percebe-se cada vez mais que o discurso ético é o que melhor expressa os significados da ação humana. E que o direito novo, fundado em normas de justiça legitimadas na Ética, poderá vincular a Política, possibilitando a criação de paradigmas de democracia sem relativismos ou condicionalidades.⁴³

6 ÉTICA E ESTÉTICA DA CONVIVÊNCIA

Desde o Século XVIII, com a tradição filosófica criou-se o termo Estética com o significado do estudo da percepção sensível, ou seja, da formulação de juízo

³⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 56.

⁴⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 57.

⁴¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 58.

⁴² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** pp. 58-59.

⁴³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 59.

sobre o belo.⁴⁴

O termo 'belo' designa o "valor cultural", pois, é também estético o atributo de determinadas ações produzidas pelo homem. Sendo assim, o belo não se limita apenas no que esteja intrínseco à obra. O belo é o resultado da qualidade de um ato, de um comportamento, de uma atitude.⁴⁵

Como pressuposto da Estética tem-se a Ética, que é referência à ação humana. É uma relação entre o belo, como objeto da estética e o bom, como objeto da ética. Ambos, segundo Moore citado por Melo, estariam incorporados nos bens intrínsecos às pessoas como objeto de manifestação de amor e desamor.⁴⁶

Aplicar a Ética e a Estética ao estudo da Política do Direito é uma possibilidade de criação normativa que atinja questões essenciais à apreensão das necessidades materiais e espirituais do homem. É a possibilidade de fundamentar a Ética ensejando beleza na convivência humana.⁴⁷

O Social precisa ser compreendido na concepção superada entre o pensamento erudito e o senso comum. O olhar simplificador para o Social já não apreende mais a complexidade, a originalidade e as diversidades nas suas dimensões racional e afetual.⁴⁸

Melo, em sua obra comenta sobre o Ser eticizado e o Ser estetizado. O ser eticizado é aquele inconformado com o injusto, enquanto que o ser estetizado não se conforma com o feio produzido pelo injusto e o incorreto.⁴⁹

Desta forma se faz necessário criar um ambiente que favoreça o pluralismo de idéias, que aceite os valores de outrem sob o pressuposto do respeito recíproco e tolerante no sentido amplo. A democracia, se entendida na sua mais elevada

⁴⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 59.

⁴⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 59.

⁴⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. pp. 60-61.

⁴⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 61.

⁴⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos. [et ali.] (Direito e Pós-Modernidade) In: **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 18.

⁴⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 62.

acepção, tem sua estética própria, ou seja, tem resultante direta da Ética.⁵⁰

7 A PRODUÇÃO DO DIREITO

A produção da norma é possível, apesar de ser complexa, de três formas: se abordada na função legislativa, examinada na função judiciária e considerada na questão do pluralismo jurídico.⁵¹

A função judiciária e legislativa são objetos da Dogmática jurídica e são técnica ou processo legislativo e, conseqüentemente, interpretação e aplicação da lei.⁵² Já, o Pluralismo jurídico é uma abordagem interdisciplinar que se baseia na pesquisa das teorias sócio-culturais.⁵³

Para teorizar a Política Jurídica, o estudo das três áreas é interessante. Compreender o fenômeno que ocorre nas áreas em questão é entender o que influi ou não na produção das normas jurídicas.⁵⁴

Direito judiciário foi a expressão usada há mais de século e meio pelo filósofo e jurista Jeremy Bentham que na época condenava o fato de que o juiz apenas declarava o direito existente. Ele condenava sobretudo os “vícios” do direito judiciário; ou seja, a sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação⁵⁵.

Contudo, no século XX, a expansão do direito legislativo, constituiu numa das principais causas do ulterior fenômeno da impressionante expansão no mundo moderno também do direito judiciário, ou “jurisprudencial” e, assim, do papel

⁵⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 62.

⁵¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 71.

⁵² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 71.

⁵³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 71.

⁵⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 71.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** – Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. p.18.

criativo dos juízes⁵⁶. Pode-se afirmar ser o juiz em realidade, “criador do direito”.

Para Cappelletti o “direito jurisprudencial é empregado com significado mais amplo, não limitado à criação por obra dos juízes, mas estendido à relação criativa que o jurista tem com o direito”⁵⁷.

Nos Estados Modernos, a elaboração do Direito pela via legislativa tem sido a mais comum e pertinente. A Escola Histórica consagrou a figura do legislador e a funcionalização do Direito nas leis e nos códigos.⁵⁸

A ordem escrita se sobrepôs aos padrões de legalidade e justiça e, o justo e os valores que a lei transcreve e prescreve, é o que ela não alcança, é o Direito.⁵⁹ Daí, surgiram fortes apelos por fórmulas alternativas de conceituar e aplicar o Direito.⁶⁰

A criação judicial do direito é tratada por Melo sob o estudo da Hermenêutica. O doutrinador aborda o tema não somente como interpretação a partir das fontes do Direito, mas, a própria criação judicial como fonte, mediando conflitos e colaborando para a harmonia da lei com a realidade social.⁶¹

A questão crucial da produção pelo judiciário parece estar na interpretação. Esta precisa de uma fonte para legitimá-la e assim as controvérsias acerca da justificação da hermenêutica recaem na legitimidade das fontes do Direito.⁶²

O Direito construído a partir de fontes institucionais evolui lentamente. Novas regras acabam reproduzindo a essência das anteriores e acabam não tendo a necessária força de pacificação por não corresponder aos valores de aceitação.⁶³

A expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, para um

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** p.18.

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** p.18.

⁵⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 71.

⁵⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 73.

⁶⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 73.

⁶¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 74.

⁶² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 75.

⁶³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 76.

sistema democrático onde é preciso ser contra-balanceado à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno. No entanto, embora a interpretação judiciária tenha sido uma medida criativa do direito, é de fato que a maior intensificação dessa criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século.

Transgressões ao instituto não são raras. O juiz de postura criativa com relação a este fenômeno ajudará a construir o direito justo. Sua interpretação das fontes legítimas do Direito é capaz de ganhar o consenso social.⁶⁴ O magistrado, exerce um papel construtivo porque está mais liberto para considerar as manifestações sociológicas.⁶⁵

Em outros tempos, o fato de um juiz criar o direito seria considerado um escândalo. Tanto é que não raro encontra-se posicionamento de juízes apenas como mero aplicadores da lei⁶⁶. A este era permitido que apenas o declarasse. Não era por menos que os juízes da época eram chamados de ‘inanimada boca da lei’. O juiz deveria tão somente declarar o direito de maneira não criativa sem envolver sua valoração pessoal.

Para tratar da produção normativa, o Pluralismo jurídico, dois fenômenos distintos devem ser distinguidos de pronto. Um é o direito de natureza organizativa, produzido por associações civis, cujas regras são imperativas e coercitivas, outro, uma produção jurídica que, por tratar de relações econômicas civis e penais, apresenta-se de forma alternativa, construindo padrões normativos que deslocam o Estado da posição tradicional de controlador das relações sociais.⁶⁷

Tais fenômenos formam um pluralismo normativo que talvez seja pouco

⁶⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 76.

⁶⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 77.

⁶⁶ O juiz não tem qualidade – nem pretende tê-la – para elaborar normas, senão para aplicá-las ao caso concreto que se lhe submete. Tampouco têm vocação legislativa os autores do acervo doutrinário, antes votados ao encargo de fazer entender o direito existente, e acaso projetar e propor, ao legislador futuro, um direito melhor. RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 137.

⁶⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. pp. 78-79.

estudado sistematicamente pela Ciência do Direito e pela Jusfilosofia.⁶⁸

Os agentes do pluralismo político são de diferentes composições e objetivos. Suas atividades se dão no sentido de intermediar os interesses mais ou menos comuns de seus integrantes.⁶⁹

Melo ensina que, pluralismo normativo “é a convivência conflituosa ou não de normas adotadas por parcelas da sociedade com aquelas instituídas pelo Estado [...]”.⁷⁰ Sua origem pode estar na ação organizada daqueles grupos sociais ou nos movimentos sociais que resultam, de tensões e conflitos não resolvidos ou mal resolvidos pelo Estado.⁷¹

Atualmente, quando se fala de direito produzido, pensa-se numa contextualidade motivada pelas necessidades existenciais do homem. As fontes naturais do Direito estarão na sociedade, e segundo Wolkmer, citado por Melo, o surgimento de modalidades de ações coletivas, os chamados movimentos sociais atribuem capacidade de se tornarem sujeitos legitimados para a produção legal não estatal.⁷²

Os movimentos sociais são impulsionados por necessidades emergentes. E de qualquer forma, as práticas sociais ganham força para instituir, no âmbito de suas relações, direitos não contemplados pela legislação estatal.⁷³

A Política Jurídica deve atentar para a importância da produção pré-jurídica. A partir da fonte primária dos interesses é que se deve buscar a legitimidade material.⁷⁴

O direito produzido pelos movimentos sociais devem ser investigadas e cotejadas com os valores “justiça” e “utilidade social”. Assim, parece ser a postura mais

⁶⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 79.

⁶⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 79.

⁷⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 79.

⁷¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 79.

⁷² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 79.

⁷³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 81.

⁷⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 81.

prudente em relação às transições e constantes indefinições pelo político do Direito.⁷⁵

8 LEGITIMIDADE E LEGALIDADE

O Direito como ordenamento tem o fim de estabelecer regras coativas de convivência e sobrevivência social.⁷⁶ Com uma construção técnica, a ordem jurídica torna-se formal visando à reconstrução racional do Direito (no campo doutrinário) e ao controle social pelo Estado (no campo da aplicação).⁷⁷

Em fins do século XVIII, contra a legalidade racionalista, o historicismo jurídico pregava a legitimidade propunha uma nova dependência de lei. Entretanto, esta legitimidade se confundia com a noção de nacionalidade.⁷⁸

Como conceito jurídico-político, a legitimidade pressupõe uma fonte de autorização para as instituições e normas, como também para própria autoridade.⁷⁹

Legitimidade, segundo o doutrinador Melo, pressupõe “a idéia de valores consensuais e assim as crenças de legitimidade estão sujeitas a diversos graus e formas de manipulação.”⁸⁰

O conceito de “legítimo” tende a se afastar do conceito “legal” para aproximar-se do conceito de “justiça social”. Neste sentido, Melo ensina que a legitimidade é requisito do valor justiça e condição especial para a criação de consenso, de confiança à eficácia da norma.⁸¹

⁷⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 81.

⁷⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 81.

⁷⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 82.

⁷⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 82.

⁷⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 82.

⁸⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 83.

⁸¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 83.

Para a Política Jurídica, a proposta da Dogmática Jurídica em validar o direito vigente pelo discurso legitimatório, não a satisfaz. Seu objetivo é outro, ou seja, assegurar valores estejam eles contidos ou não no ordenamento jurídico.⁸²

9 CARÁTER POLÍTICO-JURÍDICO DA NORMA

A norma jurídica em sua imperatividade provoca duas conseqüências: ter uma proposição vinculada a uma sanção e um direito subjetivo de exigibilidade à parte prejudicada. Para Ihering, citado por Melo, essa proposição seria de natureza prática, ou melhor, uma orientação para a ação humana, uma regra a qual deve ser seguida.⁸³

A expectativa de obediência à norma, parte do pressuposto que o comando tenha autoridade reconhecida pelo receptor, ou seja, tenha legitimidade.⁸⁴

O Autor ensina que "a institucionalização escolhida pelo Estado como correta, se faz, em regra, sob a presunção de um consenso social, o que viria garantir obediência a prescrição."⁸⁵

10 VALIDADE E EFICÁCIA

Para a Dogmática Jurídica, validade é entendida como qualidade inerente a toda norma posta.⁸⁶ O tempo em que a norma produzir efeito, será a sua vigência.⁸⁷

Geralmente há confusão com os termos vigência e validade. Embora se cumpra todas as fases do rito prescrito e, portanto em plenas condições de validade, a

⁸² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 84.

⁸³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 85.

⁸⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 85.

⁸⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 85.

⁸⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 87.

⁸⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 88.

vigência se dará somente a partir de determinado prazo. Assim sendo, diz-se seguramente que toda regra vigente é formalmente válida, segundo critérios da Dogmática Jurídica.⁸⁸

A Dogmática Jurídica entende eficácia como capacidade da norma produzir seus efeitos. Daí, por se dizer que a norma é eficaz quando possui condições técnicas de atuação.⁸⁹

Melo ensina que eficácia na visão de Kelsen era condição de validade e que uma norma precisa entrar em validade com a possibilidade de ser eficaz.⁹⁰

Para a Política Jurídica, a norma não é corpo sem alma. Esta possui a capacidade de gerar relações e decisões justas. Assim, a validade não pode ser examinada apenas por um estudo formal, lógico-dedutivo. A validade deve ser buscada no exame axiológico e teleológico, tendo como norte a legitimidade ética.⁹¹

11 O DIREITO COMO TÉCNICA DE CONTROLE

O Direito exerce, segundo o autor, um forte papel controlador por vários meios, seja pela sua capacidade intrínseca de decidir conflitos, seja pela prescrição de condutas.⁹²

Esses atos de força, formalmente lícitos, são justificados pela compreensão de que sem eles os homens tenderiam à utilização da força sem limites, de práticas guiadas pela emoção na resolução de conflitos de interesses.⁹³

Para a Dogmática Jurídica, o objeto da norma é a conduta do indivíduo, e não a do Estado. O Estado é imputável, mas não significa que seja controlado pelos cidadãos. Ao contrário, o Estado tem direitos amplamente regulamentados sobre

⁸⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 88.

⁸⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 88.

⁹⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. pp. 88-89.

⁹¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 90.

⁹² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 94.

⁹³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 95.

os indivíduos.⁹⁴

Neste quadro, é difícil que um juiz possa intermediar o controle do Estado pela Sociedade, pois, mais que um agente, o juiz assume uma posição ideológica conservadora.⁹⁵

Melo preceitua que o desafio de conduzir o Direito para o equilíbrio das liberdades ligadas à cidadania, exige uma correção jurídico-política das instituições do próprio Direito. Um juiz, para mediar interesses deve se sentir autônomo, a fim de valorizar cada conflito arbitrando sem se importar que autor e réu seja o Estado ou o indivíduo.⁹⁶

Resta evidenciado, conforme ensina Melo, que nas Sociedades contemporâneas surgem exigências de que as formas de coercibilidade estejam consoantes a um conceito racional de justiça e que considere as crenças dessa mesma sociedade.⁹⁷

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do foco que se propôs o artigo, foi possível observar que o doutrinador Osvaldo Ferreira de Melo desenvolveu seu pensamento de Política Jurídica a partir do confronto das idéias, filosofias e teorias de pensadores do Direito.

Confrontou a Política do Direito com o normativismo de Kelsen que veio a possibilitar a identificação do objeto da Política Jurídica. Kelsen constatou cientificamente o objeto da Ciência do Direito, colocando em paralelo e sem hierarquia a Política Jurídica com a Ciência Jurídica.

O empirista Ross prestou sua contribuição ao se preocupar com as questões basilares para o fundamento da Política Jurídica. Para o sociólogo do Direito,

⁹⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** pp. 95-96.

⁹⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 96.

⁹⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 96.

⁹⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica.** p. 98.

consciência e rigor são necessários para observar e interpretar os fenômenos jurídicos em face da conduta observada. Tratou da conexão causal entre norma e conduta humana para fundamentar o fenômeno jurídico. Ross prezava pela coerência do pensamento e pelo alcance eficaz, justo e útil da norma.

A Política Jurídica, para Reale, deve ser estudada sob os planos epistemológicos, psicossocial e operacional. Para ele, toda pesquisa sobre Direito implica no estudo da teoria tridimensional, considerando o valor, o fato e a norma.

As estratégias político-jurídicas devem estar permeadas de caráter ético e comprometidas com as necessidades sociais. A norma jurídica para se aderir ao social, se fazer obedecer e tornar-se eficaz precisa ser matizada pelo sentimento do ético, do legítimo, do justo e do útil.

A relação antagônica entre Direito e Política é prejudicial à construção da Política Jurídica. Para que haja produção do Direito é necessário que os profissionais do Direito, juristas e políticos, questionem as fontes do Direito e se comprometam com as reivindicações sociais. Examinar os âmbitos da Política e do Direito como áreas permanentes e de desejáveis influências recíprocas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** – Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social.** Florianópolis: Momento Atual, 2003.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; Osvaldo Ferreira de Melo; Moacyr Motta da Silva. **Política jurídica e pós-modernidade.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica.** Sérgio Antonio Fabris Editor / CPGD-UFSC. Porto Alegre.

SILVA, Lucilaine Ignácio da; SILVA, Moacyr Motta da. Fundamentos de política jurídica: aspectos destacados. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.2, 2º quadrimestre de 2009. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REALE, Miguel. **O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992. [Ensaio VII, p. 147-186]

RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SGARBI, Adrian. Hans Kelsen. (Teoria Pura do Direito). In: **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SGARBI, Adrian. Alf Ross. (Sobre o Direito e a Justiça). In: **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.