

A POLÍTICA JURÍDICA E A NORMA JUSTA E ÚTIL

Lúcio Tadeu da Silva¹

I –INTRODUÇÃO; II – A NORMA JUSTA E ÚTIL COMO OBJETO DA POLÍTICA DO DIREITO; III – MOMENTOS DA FORMAÇÃO DA NORMA: IV – A AFERIÇÃO AXIOLÓGICA DA NORMA V – CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

I – INTRODUÇÃO

Para a Política do Direito, diferentemente do positivismo, a norma jurídica, para ser válida e eficaz há que revestir-se de outras características que não apenas e tão somente aquelas que as teorias kantianas vislumbram.

A Política do Direito, não aceita a posição da Dogmática Jurídica, de que toda a norma vigente é formalmente válida. O interessante é que o estudioso desta disciplina é levado a refletir acerca da validade da norma jurídica, passando, sem dúvida alguma, pelo estudo crítico das teorias da norma jurídica, oriundas no positivismo. Vai o estudioso deparar-se com o intrigante e apaixonante tema que

¹Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/RS (1984) Pós-graduado em Nível de Especialização na Modalidade "Formação para o Magistério Superior" em Direito e Organizações Públicas e Privadas pela Universidade do Vale do Itajai - UNIVALI (2005) Pós-graduado em Nível de Especialização na Modalidade "Mercado de Trabalho" em Direito do Trabalho e Preparação à Magistratura do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajai - UNIVALI em Convênio com a Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região - AMATRA 12 (2005) Aluno Especial do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajai - UNIVALI 2007

cerca os fundamentos da Política Jurídica. Tema que merece uma reflexão, não somente pela visão puramente filosófica, mas que, certamente, nos conduz a uma crítica do traço característico da situação atual, em todas as categorias do direito. Se é certo, pelo estudo do Estado Constitucional Contemporâneo, que os critérios de ação ou de juízo para a práxis devem ser norteadas não só pela ordenação posta mas, sobre maneira, pela combinação dessa norma posta, com a efetividade dela.

Não basta que a norma seja válida, portanto, apenas porque está no ordenamento. Ela deve ser justa e útil, servir, em outras palavras aos anseios da sociedade. A Política do Direito, assim, tem como umas de suas principais tarefas, a identificação dos valores, os fundamentos e as conseqüências sociais da norma.²

Não é difícil, deste modo, entender porque ao político do direito é creditado o interesse de todo o processo de gênese da norma. A ele interessa todas as fases da formação da norma e, sendo ela posta, até mesmo a ele interessa ver as conseqüências advindas, pois não basta àquele tão somente a gênese. A ele, como se verá, até mesmo a resposta da sociedade será objeto de análise, pois lhe custa muito ter a certeza de que a norma será justa e útil, pois somente assim poderá alcançar ao cidadão o pleno exercício da sua cidadania assegurando-se, com isto, para toda a sociedade o Estado Democrático de Direito.

Esta é a proposta deste singelo *paper* que em poucas páginas tentará trazer uma idéia de quanto é crucial para a Política do Direito, que a norma seja justa e útil, enquanto válida.

II – A NORMA JUSTA E ÚTIL COMO OBJETO DA POLÍTICA DO DIREITO

A Política do Direito não aceita a teoria positivista e nem a monopolização da produção jurídica por parte do Estado, que advém desde a

² MELO, Osvaldo Ferreira de, *in* Temas Atuais da Política Jurídica, Sérgio Antonio Fabris Editor, página 19.

formação do Estado moderno, em face da dissolução da sociedade medieval. O Estado moderno, como bem acentua Bobbio ³, com o fim da sociedade medieval assumiu para si, em uma concentração ímpar de poderes, o de criar o direito. Esta mesma sistemática de política do direito, vem sendo a mesma, desde o final do século XVII e início do século XIX, mas juristas rebelam-se contra isso. Não apenas essa rebeldia se dá pela perduração do positivismo, mas, notadamente, pela feição característica das sociedades contemporâneas. Essas, pluralistas, é marcada pela presença de diferentes grupos sociais com diferentes interesses, ideologias, utopias e projetos diferentes. Essa é, sem dúvida alguma a característica das sociedades atuais⁴. O Político de Direito dessa nova sociedade deve ser sensível a um certo grau de relativismo. Até as constituições deve ser a plataforma de utopias, ou uma orientação para a busca dos desejos da sociedade. O Político de Direito não pode e não deve ver o estado como o ente soberano, quer na criação das normas, quer na regulamentação dos modos operativos da sociedade.

A Política Jurídica tem como mister, como bem é acentuado por Osvaldo Melo⁵, os valores, fundamentos e conseqüências sociais da norma, devendo ela – a norma – alcançar o quanto possível as necessidades da sociedade, a fim de garantir-lhe o bem estar social, assegurando, também, a segurança jurídica o Estado Democrático de Direito. Para isso, vai compromissar-se com a sociedade a fim de debruçar-se em todo o processo de formação da norma.

Essa conduta não pode e nem será obstaculizada pela ciência do jurídica, que muitas vezes está presa a dogmas advindos de teorias marcantes do positivismo. A Política Jurídica vai cuidar das potencialidades da sociedade e suas diversidades, exatamente pelo rigor de que a norma não basta estar posta para ser válida. A norma diferentemente do que é teorizado pelos, ainda, positivistas, não necessita para sua validade apenas e tão somente de emanção de autoridade com poderes para sua edição. A norma, deve ser passar, até mesmo antes da sua fase

³ BOBBIO, Norberto, *in* O Positivismo Jurídico, Ícone Editora, São Paulo, 1999, página 27

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *in* El Derecho Ductil, Ley, Derechos y Justicia, Editora Trotta, Madrid 1995, página 13.

⁵ Ob citada, página 19

de positivação, por critérios e momentos em que sua validade será valorada, pelos seus fins e utilidade.

Maria Helena Diniz, muito embora não teça maiores comentários acerca da tarefa precípua da Política Jurídica, refere que “a norma jurídica corresponde a necessidade de ordem de equilíbrio, de harmonia, de justiça, cujas raízes se prendem numa determinada realidade social, logo não pode ser criação arbitrária da imaginação humana, de fantasia do poder de que emana”⁶. As forças naturais da população, portanto, devem ser pesadas e auscultadas na criação do direito, e disto o Político de Direito faz o seu mister, a fim de que a norma atenda o que Zagrebelsky chama de “proteção e promoção do desenvolvimento de todas as forças naturais da sociedade”⁷. Não se trata, aqui, de forma alguma em uma política de características liberais, mas em verdade que a força motrix da norma seja sua efetiva utilidade e que a sociedade nela veja um forte sentimento de justiça.

III – MOMENTOS DA FORMAÇÃO DA NORMA

Sem dúvida que para o Político de Direito, a sua contribuição deve dar-se desde as primeiras centelhas da gênese da norma. É no sentimento, na busca do anseio da sociedade, que começa a formatar-se a norma. É neste ponto que as ideologias e as utopias da sociedade são pesadas e consideradas para a criação da norma, ou sua modificação, ou até mesmo a extirpação do ordenamento jurídico. Sim, visto que a política do Direito valora a norma posta, a fim de verificar-se a sua adequação.⁸

⁶ DINIZ, Maria Helena in *CONCEITO DE NORMA JURÍDICA COMO PROBLEMA DE ESSÊNCIA*, Editora Saraiva, 1996, página 28.

⁷ Ob. Citada página 23.

⁸ MELO, Osvaldo Bandeira de, , é taxativo: quando a norma jurídica não atende aos interesses da sociedade e renega a norma, colocando em dúvida a sua validade, o Político de Direito propõe até mesmo o seu expurgo do ordenamento. Sustenta o Autor que “é papel do Político do Direito, propor no momento oportuno, ou o ingresso, no sistema jurídico, de norma reclamada pelo sentimento ou idéia do justo e do útil, ou o expurgo de norma que não seja justificada por aqueles valores sociais”. In *Fundamentos da Política Jurídica*, Sergio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC –Porto Alegre 1994, página 94.

Para Osvaldo Ferreira Melo, são quatro os momentos em da formação da norma: a fase pré-normativa, onde se verifica as manifestações da consciência jurídica, como uma tentativa de detectar-se a repulsa ou a aceitação social em relação a fatos, e se for o caso a normas. O segundo momento é a convicção na mente do Político do Direito, que deriva das suas constatações verificadas no momento anterior, testadas com a realidade; a racionalidade e os fundamentos éticos. No terceiro momento, o Político de Direito, leva suas proposições a práxis. O quarto e derradeiro momento é a arquitetura da norma. É nesta fase que a norma é proposta, utilizando-se de todos os meios para que seja produzida com a máxima perfeição possível.

No primeiro momento, a fase pré-normativa, caracteriza-se pela *“busca da consciência jurídica e o arbitramento axiológico dos dados extraídos da sociedade. Aí o Político de Direito forçosamente terá de administrar conflitos de interesses e as atitudes ideológicas no interior dos grupos sociais, objetivando sempre encontrar o desejo da maioria e os interesses comuns.* ⁹. Desta forma estará no caminho da busca da norma justa e útil aos interesses da sociedade. É fase da gênese da norma. Aqui “pesam ou influenciam as tradições de determinados modos coletivos de vida; as necessidades presentes; as crenças religiosas; as convicções morais; as idéias políticas”, como bem refere Maria Helena Diniz¹⁰

Nesta fase, é lançado mão de métodos de aferição do pensamento da sociedade destinatária da norma, através de meios em que a opinião pública seja auscultada. A opinião pública, segundo Osvaldo Melo, é para “os sociólogos, é um fenômeno por demais importante para o controle social e elemento considerável para a interação social”¹¹. Na sua outra obra onde temos os fundamentos da Política Jurídica, o autor acentua que nos ambientes democráticos, onde se verifica a participação popular, ela se manifesta pelas *impressões, aspirações, aprovações e vetos* ¹².

⁹ MELO, Osvaldo Bandeira de, *in* Temas Atuais de Política do Direito, página 22.

¹⁰ Ob citada página 60

¹¹ Ob citada página 24.

¹² MELO, Osvaldo Bandeira de, *in* Fundamentos da Política Jurídica, ob citada, página 93.

Certamente é uma característica dos Estados democráticos e pluralistas que mantêm uma forte participação dos seus cidadãos nos processos de decisão, e no controle crítico da divergência de opiniões, como ensina Canotilho¹³. Claro que isto está relacionado diretamente ao grau de liberdade política e cultura de cada povo.

Estes mecanismos servem até mesmo inibir a ação de manipulação da opinião pública pelos governantes. Esse mecanismo, de aferição da opinião pública, também é verificado na formação das normas de *sententia ferenda* uma vez que ao magistrado, de forma expressa, é dado o direito da busca de seu convencimento, pelas máximas da experiência, em nosso sistema processual civil.

Neste momento, ao dar a devida importância à opinião pública, o Político de Direito depara-se com o fato de que “*antropologicamente ... a consciência jurídica tem muito a ver com a capacidade sobre o justo ou o injusto, ou o que socialmente seja útil ou inútil*”¹⁴. Maria Helena Diniz refere que o “elaborador não tira a norma do nada, é apenas o órgão da consciência nacional; deve somente, traduzir o pensar e o sentir da coletividade”¹⁵.

No segundo momento, a fase de convicção, está o Político de Direito diante de fase mais árdua e complexa¹⁶. Resulta daí aquele momento de reflexão, de convencimento pessoal, onde todos os sentimentos e dados obtidos na fase anterior devem ser pesados. A tarefa é árdua pois daí resultara um comando à sociedade, um comando normativo que deverá resultar em um convívio melhor entre os cidadãos. Neste momento é que aqueles sentimentos do Político de Direito serão colocados em prática, abrindo caminho para a terceira fase, ou seja, a fase das proposições, onde se recomendará a manutenção da norma vigente, sem que se proceda nela alterações; a manutenção da norma vigente, se devidamente corrigida; a exclusão da norma do sistema jurídico; ou por fim, a criação de norma para disciplinar novo direito.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *in* Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, Coimbra, Portugal, 6ª Edição, página 288.

¹⁴ MELO, Osvaldo Bandeira de, *in* Temas Atuais de Política do Direito, página 26.

¹⁵ Ob. Citada página 62.

¹⁶ Ob cit. pag 27.

Quando a norma vigente, portanto, se mostrou injusta ou inútil, é o caso de alterá-la, ou até mesmo tirá-la do sistema. Quando, porém, a norma se mostra útil e eficaz para situações sociais, ela é mantida no sistema. Quando a norma se mostra não adequada, mas com modificações poderá sê-lo, o Político de Direito poderá propor sua modificação.

Claro que nestas situações todas, estaremos diante de casos onde temos interesses contrariados, quer por grupos, quer por pessoas de forma isolada. Todavia, a norma deve atingir o maior número de sujeitos possíveis, ou seja, a norma não poderá servir a um mero grupo, e sim a coletividade e é de sua natureza que não atenta a todos os interesses universais de todos os grupos. O objeto é a justiça e a utilidade para a sociedade e o bem comum. Para isso é importante que a norma seja o mais genérica possível. Aliás, a generalidade é a essência da lei, no Estado de Direito, para usar o pensamento de Zagrebelsky¹⁷

O quarto e último momento é a fase de arquitetura da norma. É aquela em que parte-se para a formatação estética e da aplicação do vernáculo. A norma deve ser clara e objetiva, devendo sua estrutura ser lógica para facilitar o entendimento e, por conseguinte a sua exigibilidade. Deve ser redação dirigida aos cidadãos de mediana cultura, onde a maior parte possível da sociedade a que se destina a atendam, somente assim é que será útil. Norma dogmatizada e não entendida é o mesmo que norma inexistente.

IV – A AFERIÇÃO AXIOLÓGICA DA NORMA

Segundo Osvaldo Bandeira de Melo, quando aborda os critérios para o arbitramento axiológico da norma, cinco seriam os pontos a serem observados para a aferição se a norma posta ou proposta, é injusta por manifestação da consciência jurídica. Isoladamente ou conjuntamente, devem ocorrer as seguintes circunstâncias: (observa-se o sentimento sobre justiça ou injustiça das normas

¹⁷ Ob citada, página 29. Acerca disto, Acentua, ainda que a generalidade da lei comporta uma normatividade média, isto é feita para todos. A generalidade, para aquele autor italiano seria uma premissa para a realização do importante princípio da separação dos poderes. Além disto, a norma não deve considerar o sujeito individualmente, pois se assim fosse substituiria os atos da administração e das sentenças dos juízes.

decorre de situações cotidianas e não como muitos alegam, de inadequação entre a norma vigente e um pressuposto de direito natural. Assim, o sentimento de justiça ou injustiça da norma é muito mais palpável ao cidadão, quando ela é posta em prática, quando é dele – o cidadão – exigida certa conduta à luz desta norma. Cita o autor estes critérios, em número de cinco: ¹⁸

- a) impedimento às aspirações de compartilhamento e co-participação que são decorrentes dos ideais de liberdade e igualdade;
- b) inadequação da desejada simetria entre reivindicações sociais e respostas normativas de *lex ferenda* e ou de *sententia ferenda*;
- c) dessintonia entre a verdade (conhecimento empírico da realidade – experiência) e os mandamentos ou impedimentos ocasionados por disposições normativas);
- d) conflito entre a norma jurídica e a norma moral, o que prova o sentimento de ilegitimidade ética; e
- e) flagrante inutilidade de disposições legais que venham gerar perturbações em práticas sociais consagradas.

Ainda, o princípio da exigibilidade da norma jurídica, ou seja, a sua verdadeira razão de existir é aquele caráter de bilateralidade de toda e qualquer norma. Alguns autores denominam de caráter bilateral-atributivo da norma, pois dele derivam os deveres e direitos e se estes não forem obedecidos pelos cidadãos, estarão sujeitos aos preceitos de sanção contidos na norma. Aliás, é a essência do direito que seja coercitivo e exigível. Não há norma sem esse caráter, portanto.

Por fim, a aferição do sentido de justiça é o da segurança jurídica. O cidadão ao ser sujeito das normas, deve ter a certeza de que estas resguardam a inviolabilidade de seus direitos e dos direitos difusos. Não pode a norma ultrapassar os limites impostos pelo sistema jurídico, sob pena de implementar-se não a segurança, mas o sentimento de insegurança e de que aquela norma além de injusta e inútil seja um exemplo da agressão a um sistema dogmatizado.

¹⁸ MELO, Osvaldo Bandeira de, *in* Temas Atuais de Política do Direito, página 35

Creio que o direito muito mais do que a serviço do Estado, deve estar a serviço da sociedade, respeitando a pluralidade de idéias e de ideologias. Deve a norma, portanto, ser um meio simplificador para a realização dos ideais da sociedade. Não pode a norma ser um obstáculo aos anseios da sociedade, visto que em todo o processo de sua formação, o Político de Direito deve atentar-se a sua efetiva aplicabilidade e a concordância prática dos cidadãos. Como é bem assinalado por Zagrebelsky, quando traduz que o direito deve ser útil, exatamente porque a sua dogmatização deve ser líquida, fluída. Isto quer dizer, deve ser respeitados os diferenciais da sociedade, ante ao jogo pluralista nela existe, sendo que as normas devem verter-se a um só caminho – sua utilidade e que o cidadão e a sociedade tenham nela um verdadeiro paradigma de justiça.

V – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Político do Direito vai emprestar, assim, ao direito toda a sua gama de conhecimentos e de sentimentos acerca da sociedade para que o ordenamento posto seja o mais possível justo e de efetiva utilidade. Para a Política do Direito não basta que a forma dogmatizada emane de autoridade que dela poderia dispor. Mesmo que sua validade formal não seja questionada, pois obedecidos todos os requisitos para sua formação, a norma carece de outros elementos valorativos para sua efetiva validade. A sua validade material está atrelada aos seus valores, a tal ponto que sua ineficácia está muito mais vinculada ao descompasso entre seus objetivos e aos que verdadeiramente alcançou, do que pretendia.

A norma não pode ser de forma alguma incompleta, em sua realização. A sociedade não pode ser frustrada por normal sem qualquer carga de justiça e de utilidade, ainda mais quando se sabe que ela é muitas vezes, para a sociedade, uma forma de salvaguarda das realizações da sociedade, mesmo que utópicas, mas que sejam desejadas e que até mesmo sejam de difícil realização, mas que sirvam de incentivo para a crença de que uma sociedade justa é plenamente possível.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto, *in* O Positivismo Jurídico, Ícone Editora, São Paulo, 1999

CANOTILHO, J.J. Gomes, *in* Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora Almedina, Coimbra, Portugal, 6ª Edição;

DINIZ, Maria Helena *in* *Conceito de Norma Jurídica Como Problema de Essência*, Editora Saraiva, 1996;

MELO, Osvaldo Ferreira de, *in* Temas Atuais da Política Jurídica, Sérgio Antonio Fabris Editor;

MELO, Osvaldo Bandeira de, *in* Fundamentos da Política Jurídica;

ZAGREBELSKY, Gustavo, *in* El Derecho Ductil, Ley, Derechos y Justicia, Editora Trotta, Madrid 1995,