

**REVISTA N.º 9****Junho de 1984 - p. 9-16**

## Utilidade social da norma, uma questão de política jurídica

**Oswaldo Ferreira de Melo**

Professor do CPGD/UFSC

O esforço epistemológico que venho tentando realizar através de artigos publicados em "Sequência", visando a uma interpretação axiológica da Política Jurídica, exige especial reflexão sobre o conceito de utilidade social da norma.

Essa reflexão deve inicialmente, a meu ver, considerar o filão doutrinário do utilitarismo construído no século XVIII, especialmente com a obra de David Hume e Jeremy Bentham, e retomando, no século XIX, dentre outros, por John Stuart Mill e Harry Sidgwick, estes últimos, pensadores que tentaram corrigir exageros dos clássicos que os antecederam e esclarecer algumas colocações consideradas contraditórias ou mesmo aéticas, pela crítica humanista.<sup>(1)</sup>

A doutrina clássica do utilitarismo tenta fazer-nos pensar que a utilidade da lei e dos atos humanos seja a fonte racional da justiça. Isto porque, segundo seus expositores, até mesmo a razão estaria condicionada ao instinto hedonista do homem e assim seria justo dar condições de desenvolvimento pleno a esse impulso básico e natural, desde que fosse observada a mínima exigência ética de não prejudicar terceiros. O Direito e o Estado seriam justificados enquanto assegurassem a livre ação dos homens na busca da satisfação de seus desejos e necessidades, bem como fossem mais eficazes ao evitar a infelicidade e o sofrimento de cada um.

Em Bentham, pelo menos uma posição assim remarcada, parece ter surgido como uma tentativa pragmática de oposição às concepções abstratas de direito natural ou do chamado racionalismo ético. Nada parece menos teológico ou metafísico que a concepção de que "a felicidade dos indivíduos - isto é, os seus prazeres e a sua segurança - constituem o objetivo, o único objetivo que o legislador deve ter em vista, a única norma em conformidade com a qual todo o indivíduo deveria, na medida em que depende do legislador, ser obrigada a pautar o seu comportamento",<sup>(2)</sup>

Do ponto de vista dos valores humanistas, no entanto, é procedente a crítica de que o utilitarismo levaria os homens a reaquecerem (e não a dominarem, como seria eticamente desejável) os seus impulsos egoístas.

Além disso parece falaz a presunção de que seria possível obter seqüentes ganhos individuais sem prejudicar ou impedir ganhos alheios.

A crítica também aponta para o fato de que, na concepção utilitarista, o Estado seria o centro nervoso de um desesperado sistema de equilíbrio entre desejos individuais e aspirações sociais, o que lhe daria a posição de arbítrio supremo nas questões de justiça e aumentaria (e justificaria) a gradação do intervencionismo para assegurar a "paz social".

Ao Direito competiria oferecer um código de garantias à expressão e consecução dessas aspirações. Seria a prevalência do princípio do interesse individual sobre o princípio do contrato, do postulado liberal sobre o

postulado socialista, da democracia aristocrática sobre a democracia social. Alberto Brimo em sua obra "Les Grands courants de la Philosophie du Droit et de L' état" fazendo uma crítica ao utilitarismo de lhering e a seu princípio de que os direitos seriam meros interesses juridicamente protegidos, lembra que esse Autor, como Bentham, "apres avoir posé le principe de la necessaire conciliation entre l'interêt individuel et l'interêt collectif, ils ne parvient pas à nous expliquer comment l'utilitarism individuel va s'harmonizer avec l'utilitarism du groupe".<sup>(3)</sup> É uma crítica que Brimo já fizera a Bentham, ao constatar a tendência utilitarista de reduzir o homem a um só termo: "le droit est un phénomène humain que ne se laisse pas facilement ramaner à l'unité d'un principe moteur".<sup>(4)</sup>

Um outro ponto que deve ser salientado nesse esforço crítico, refere-se ao reducionismo que pretende o utilitarismo clássico com relação ao "justo", o qual ficaria dependente do "útil". Da mesma forma haveria uma desconsideração quanto aos elementos ideológicos nas desigualdades entre os homens, na história das dominações econômicas e políticas, ficando a complexidade das interações sócio-culturais reduzida à simples hierarquização de interesses e desejos que, assim enunciados, justificariam o mecanismo das opressões.

O utilitarismo clássico em que pese sua aparência de sistema racional, lógico e valorativo da liberdade do homem parece escorrer através de um discurso autoritário (embora algumas vezes teoricamente ingênuo) e mesmo anti-humanista. Esse liberalismo incontido vai inclusive ocupar uma posição radicalizada na discussão entre subjetivismo e objetivismo dos valores e suas respectivas funções. Se o valor "utilidade" pudesse ser arbitrado segundo os interesses, desejos e necessidade de cada um, não haveria como atribuí-lo a uma norma senão através do autoritarismo e da dominação. Em questões de estética, a concepção individual e subjetiva do belo é um privilégio que não esbulha direitos de terceiros e por isso escapa ao nosso entendimento possa o Estado legislar sobre o bom e o belo no campo das artes. No que concerne às realidades sócio-culturais, ou seja, das atividades e experiências do cotidiano, no entanto, esse valor "utilidade" pode e deve ser considerado na elaboração, modificação ou revogação de uma norma, desde que se levem em conta as perspectivas de resposta a necessidades sociais.

Faço essa crítica aos exageros da doutrina utilitarista, considerando, como disse inicialmente, o filão clássico que vai de Bentham a lhering, pelo menos, sem no entanto desprezar a contribuição enorme dessa doutrina para o entendimento dos mecanismos de poder, das representações jurídicas encontradas no direito informal e até mesmo das lutas de classes.

Outrossim, no que se refere ao universo das interações jurídicas, não devemos cair no equívoco de desconsiderarmos a importância do conceito de utilidade social da norma quando se trata de examinar a validade material desta última.

As preocupações axiológicas do político jurídico fazem-no analisar a validade material da norma sob dois aspectos: do justo e do útil. Apenas não se reduzirá o justo ao; útil e não haverá preocupação em privilegiar a concepção individual do útil. Isto não deve significar que estejamos confundindo direito e moral. A norma jurídica evidentemente deve responder a exigências diferentes das que se fazem às regras morais e por isso as noções de bem e de mal não coincidem necessariamente com as de justo e injusto e de útil e inútil. Outrossim é preciso considerar que a racionalidade jurídica obedece a regras formais e que a lógica jurídica de bases aristotélicas há muito cedeu lugar à lógica deontológica contemporânea. Tendo em vista isso tudo, insistimos em que os aspectos axiológicos e teleológicos da Política Jurídica são uma realidade que está acima dessas discussões. Sintetizando: na análise deste problema estamos distinguindo a ética humanística, que está presente na consciência jurídica como fenômeno cultural, da moral teológica que, como outras manifestações a-históricas, é discurso de dominação, pura ideologia, portanto.

Numa epistemologia assim montada, com o competente auxílio dos semiólogos as regras e os valores jurídicos são examinados como fenômenos Sócio-culturais e isso nos leva a outro universo de raciocínio. Neste, vemos a Política Jurídica descompromissada quer com o direito natural quer com o normativismo clássico ou com qualquer forma de materialismo, o que lhe dá uma posição privilegiada para a análise da validade material da norma jurídica, porque nem considerará o justo e o útil fenômenos relacionados com a metafísica e a moral nem estará dominada pelo discurso do utilitarismo clássico que aceita, dogmaticamente, como fato consumado, o impulso hedonista do homem, determinando a prevalência do individual sobre o social ou seja subordinando o justo ao útil e, ao prazer individual, as obrigações sociais. , Tudo isso considerado, o conceito de utilidade social da norma terá que ser examinado fora da linha clássica do utilitarismo.

## A UTILIDADE SOCIAL NA JUSTIFICAÇÃO DA NORMA

Temos dedicado alguns artigos sobre a pesquisa do justo como conceito cultural e como justificativa da norma desejável para o bem social.

Isso não nos deve fazer desconhecer que há casos em que a norma desejável e eficaz atendendo a reclamos legítimos, escapa ao campo da análise valorativa do justo e do injusto.

A consciência jurídica da sociedade manifestada através das representações jurídicas, do direito informal e da opinião pública, nós revela a concepção do direito menos como norma ou fato e mais como um dado cultural. Através dessas manifestações, é possível detectar não só um julgamento do justo e do injusto, como também do que para a sociedade é útil ou inútil. O que a sociedade (ou grupos, específicos) considera legítimo ou não, passa por esse mecanismo de arbitramento do útil e do inútil.

As normas técnicas em geral pouco ou nada têm a ver com o valor justiça. Assim são aquelas que regem o trânsito, os procedimentos eleitorais, os mecanismos da administração, o processo em que se organiza a vida interna das instituições e tantas outras.

De tais regras não se indaga o grau de justiça, desde que esteja assegurado o princípio da equidade e seja observado o postulado da universalidade da norma e da respectiva sanção. Mas algum critério deverá ocorrer para justificar a vigência dessas normas, sua correção ou mesmo a sua revogação. Esse critério é baseado na utilidade social da regra jurídica.

Note-se que desejamos referir-nos à utilidade social como um valor da e para a sociedade o que não quer dizer necessariamente que esse critério esteja submetido ao padrão de julgamento do Estado. Pelo contrário, entendemos que o seu árbitro seja a sociedade civil. Assim as regras complicadoras geradas pela máquina burocrática estatal que escapam ao plano de julgamento do justo e do injusto terão que ser analisadas sob o prisma do útil e do inútil. A sociedade é que vai julgar isso através de um critério de racionalidade (e não por impulsos hedonistas, segundo o utilitarismo clássico) e, se estiver democraticamente organizada, vigiará a tecno-burocracia para evitar a disfunção do sistema governo.

É claro que existirão conflitos permanentes nesse ponto e quiçá insaciáveis, pelo choque de interesses do Estado e da sociedade civil, aquele se armando para a defesa da burocracia que pretensamente assegure as metas governamentais e esta última lutando para não ser enredada pelos mecanismos do poder político. Johan Rawls alerta-nos que "existe, certamente, uma maneira de pensar a respeito da sociedade, que torna fácil supor que o conceito mais racional da justiça seja o utilitarismo. Isto ocorre por considerar que cada homem, realizando seus próprios interesses, tornar-se-ia, certamente, livre de comparar suas perdas e seus próprios ganhos" .<sup>(5)</sup> As sociedades, no entanto, à medida que amadurecem, aprendem a aproveitar as experiências obtidas ao longo de

sua história e, podem ganhar condições de desmistificar discursos nessa linha.

O bem-estar social, considerado como um amplo sistema de aspirações satisfeitas está mais próximo dos princípios d justiça, do que o fato de julgar o prazer como o único bem. Para obter a justiça social, o direito é imprescindível. Mas para alcançar o prazer pode bastar um processo de dominação, de violência ou de autoritarismo que abstraia o justo, mas satisfaça, aos desejos.<sup>(6)</sup>

Desta forma e concluindo esta última reflexão: Enquanto, as questões forem técnicas, superficiais, não envolvendo direitos individuais e sociais, o princípio da, utilidade social da norma é critério válido, legítimo, adequado, eficaz e às vezes único. Fora daí, adentrando-se nas conseqüências da norma ou seja em uma fenomenologia mais complexa ligada a questões de equidade e de partilhamento social, então o critério único a qualificar a validade material da norma será o do justo.

### O PRINCÍPIO DA UTILIDADE SOCIAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL

Já vimos que, por mais esforço que façam os utilitaristas, não é possível vencer a contradição entre a satisfação dos desejos com vistas ao alcance do prazer individual e à satisfação da sociedade como um todo. Isso porque não há qualquer garantia de que seja possível assegurar a todos, numa sociedade um saldo positivo de perdas e ganhos (com relação à satisfação de desejos), se a regra individual for alcançar o maior bem possível para si próprio. Alguns alcançariam (e alcançam) essa forma de satisfação mas, sem dúvida, em detrimento da satisfação de muitos.

Entramos então, com esse tipo de reflexões, nó cerne do maior problema jurídico-político de todos os tempos: o da justiça (ou injustiça) social.

Os argumentos tópico-retóricos utilizados pelo Estado para legitimar os propósitos governamentais se fundamentam num ideário em que "o bem-estar social" está presente. Esse bem-estar seria uma situação gerada pela ação (ou permissão) do Estado aos cidadãos. Vemos aí uma nova roupagem do utilitarismo clássico em que o valor "gozo" ou "prazer" extrapola do indivíduo para a sociedade mas permanecendo, no fundo, a dependência desse prazer ou dessa felicidade nas decisões do Estado. Se por um lado essa crença desestimula as realizações individuais e comunitárias, de outra parte gera o aumento da Burocracia estatal (criação de empresas públicas, por exemplo) fato que trará certamente menos bem que mal, pois cada vez a riqueza social estará mais concentrada nas mãos dos representantes da burocracia estatal. O princípio da utilidade então se inverte. Deixa de ser utilidade social para ser utilidade à burocracia e aos que vivem nos círculos do poder e do usufruto dos ganhos político-econômicos.

Ocorre que nenhuma legislação pode fugir, sem riscos para sua eficácia à dinâmica dos movimentos sociais. O Estado, quando percebe isso, procura fazer concessões, como ocorre, na prática político-jurídica, com as prescrições constitucionais sobre o fim social da propriedade.

A verdadeira justiça social surge como uma conquista do dinamismo e consciência da sociedade, que a lei respalde. A política jurídica, que pretende criar uma nova gramática para a produção do discurso jurídico, não pode desconhecer a importância disso.

Dentro desse tema, não devemos esquecer que o tradicional binômio colocado no discurso retórico dos juristas (segurança e justiça) como representando a meta suprema do Direito, deve ser considerado com reservas ou mesmo repensado. Em primeiro lugar cabe indagar a que tipo de "justiça", se faz referência. Se for do tipo que pretende apenas assegurar privilégios e dominações, não servirá às metas do político jurídico com vocação

humanista. Em segundo lugar, as expressões segurança individual e segurança social, escamoteiam algumas realidades subjacentes no discurso retórico.

Em nome do princípio de segurança ergueram-se, na história dos povos, monumentos à tirania e ao imobilismo social porque há uma imagem de segurança desenhada pela força, pela violência e pela dominação. Normas justas e (ou) socialmente úteis deverão (segundo os padrões de julgamento da consciência jurídica da sociedade) gerar uma situação de bem-estar social em que a sensação de segurança seja uma decorrência natural, em vez de um mito que deva ser assegurado a qualquer preço e em qualquer situação.

## Notas

- (1) Para uma informação precisa de escolas, autores e obras que formam o precioso acervo da filosofia utilitarista, remeto o leitor à obra de Martin Diego Farrel, *Utilitarismo, Ética y política* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983).
- (2) BENTHAM, Jeremy. *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. Coleção. Os Pensadores. Abril Cultural, 1974, pág. 19
- (3) BRIMO, Albert. *Les Grands Courants de la Philosophie du Droit et de L'État*, Editions A. Pedone, Paris, 1978, pág. 229.
- (4) BRIMO, Albert. *Les Grands Courants de la Philosophie du Droit*, cit. p. 236
- (5) RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* Ed. Universidade de Brasília, p. 41.
- (6) O enfoque psicanalítico, que o Autor evitou neste artigo, pode ser encontrado em obras recentes tais como *La Problemática del Castigo* (Enrique Eduardo Mari) e *El Discurso, Jurídico - Perspectivas Psicanalísticas y otros abordages* (Pierre Legendre), ambas publicadas pela Hachette, Buenos Aires, 1983.