

## TICA DO DIREITO

As correntes de pensamento, implícita ou explicitamente comprometidas com uma política jurídica, deveriam buscar a idéia do Direito como fenômeno cultural complexo, ou seja, como um conjunto de realidades factó-normativas referidas a valores. Assim, a idéia política do Direito implicaria obrigatoriamente na aglutinação de duas outras anteriores formadas: a dos valores referenciais e a dos fins que ele, o Direito, deva e possa alcançar.

Procuraremos, neste artigo, examinar o valor justiça como referencial para a justificação da norma, o que implica em preocupação teleológica de renovação do direito positivo e da jurisprudência.

Entendemos que não será através de simples interpretação das normas postas que se há de buscar o aperfeiçoamento e a evolução do Direito. A mudança do sistema jurídico, partindo de realidades sociais adequadamente compreendidas e

valoradas, será o caminho a percorrer.

Outrossim, o esforço metodológico para tal propósito não se esgotará com estudos de Filosofia e de Ciência do Direito. A renovação buscada é sobretudo uma ação política.

Não se desconhece a importância que a Ciência e a Filosofia possam prestar à Política do Direito. O que se deseja é resgatar para esta disciplina o seu espaço de investigações e seu objeto próprio. Aliás, Radbruch nos adverte que a "Ciência pode ensinar-nos os meios indispensáveis para a consecução dos fins que devemos procurar"... "mas certamente já não chamaremos Filosofia do Direito à determinação dos motivos que podem conduzir-nos à escolha dos meios para alcançarmos um determinado fim jurídico; a isso chamaremos Política do Direito"<sup>1</sup>

## 2. A POLÍTICA DO DIREITO E A QUESTÃO DOS VALORES

As experiências humanas bem mais complexas nas sociedades contemporâneas e também mais sujeitas à intercomunicabilidade trazem à tona a questão da objetividade do valor. Libertos das amarras metafísicas, o racionalismo passa a ter suas explicações e justificações no mundo da cultura. Não temos hoje que confrontar dialeticamente um racionalismo epistemológico com um racionalismo sensorial. Nem parece ser verdade que a única fonte de conhecimento seja a razão como também não o é o simples conhecimento de uma ciência do bem.

Nada disso, isoladamente, pode descrever e justificar o comportamento humano. Intelecto e sentimento convivem nas inte-

---

<sup>1</sup> Radbruch, Gustav, *Filosofia do Direito*. Armênio Amado, Editor, Coimbra, 1979. p.52.

rações humanas e impregnam igualmente toda vida social. A antítese racionalismo/emocionalismo não mais parece ter sentido.

No ato de preferir ou rejeitar valores, aceitando sua hierarquia, isso bem se demonstra. Também com relação à norma jurídica, incidem sobre ela variáveis ligadas à razão e ao sentir.

Outro aspecto a considerar é que as possibilidades de explicações histórico-imanentes com base na cultura são cada vez mais possíveis e o entendimento dos valores como resultado dessas experiências culturais e desse racionalismo aberto é hoje, por sua vez, mais claro.

Depois que Rudolf Hermann Lotze, na segunda metade do século passado, trasladou da Economia Política para a Filosofia a temática dos valores, abriu-se um largo campo para um novo estudo de categorias antes comprimidas no estrito sôtão das velhas escolas filosóficas, sob o rótulo de "*bonus et bonitas*". Sucessores de Lotze, acompanhando o desenvolvimento da culturologia, detiveram-se nas propriedades do valor, especialmente em suas características imanentes. A teoria do valor ou axiologia viria dar novas cores à especulação filosófica e em especial à Filosofia do Direito e à Política do Direito.

Como ser histórico-cultural, o homem é portador de valores que se vão exprimir como predicções dos seres reais. Tal entendimento é necessário não só para que compreendamos os impulsos mas também para justificarmos as normas que existem em razão delas.

O mundo não é neutro aos olhos do homem que para tudo emite um juízo de valor.<sup>2</sup> Se o faz com atitude de racionalidade ou não, isso é problema a ser estudado à parte.

O grau de necessidade que possa estar presente na emissão do juízo de valor deve ser preocupação do estudioso da Política do Direito, para que se possa entender a ligação entre o desejo da coisa e o valor a ela atribuído. Se é verdade que não só o desejo explica o valor atribuído, é também verdade que muitas vezes a desejabilidade produz uma valorização.

Para uma comunidade consciente de suas necessidades, norma justa será a norma desejada ou seja a que corresponda a uma necessidade. O desejo, como vontade de ter, explica porque a vontade se dirige ao ser valorado positivamente. E é isso que legitima uma norma jurídica, ou seja, o que lhe dá fundamento.

Segundo Reale, poderemos entender por fundamento, no plano filosófico, "o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade". E acrescenta o mencionado jusfilósofo: "O mesmo problema é posto empiricamente pela Política do Direito, que assim se liga logicamente à especulação filosófica, por atender aos meios práticos de sua atualização, segundo a tábua dos valores dominantes".<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Daí considerarmos quimérica a conhecida proposição de Hans Kelsen: "A função da Ciência Jurídica de nenhuma maneira repousa em valorações e avaliações, senão em uma descrição axiologicamente neutra de seu objeto".

<sup>3</sup> Reale, Miguel. *Filosofia do Direito*, São Paulo, Editora Saraiva, 1983. p.584.

Destacaremos a seguir, dentre aqueles que interessam mais de perto à Política do Direito, o valor justiça, procurando estudá-lo de forma a assinalar a importância de o jurista conhecer como a sociedade atribui esse valor (ou o respectivo anti-valor) à norma jurídica.

### 3. CONCEITO DE JUSTIÇA PARA A POLÍTICA DO DIREITO

Antes de mais nada, creio ser necessário delimitar o objeto dos estudos sobre justiça quando esses sejam realizadas no âmbito da Política do Direito, no qual teremos de tratar da justiça como valor atribuído através de manifestação social. Somente dessa forma poderemos tentar obter conceitos relativamente unívocos e assentados nos necessários padrões de racionalidade. No plano individual ou de classe social, a idéia de justo ou de injusto geralmente se confunde com manifestação de interesses ideológicos e desejos egoísticos.

Abandonando as velhas concepções metafísicas tão a gosto do jusnaturalismo e de outras escolas comprometidas com o Direito Natural, resta à Política do Direito trabalhar com a justiça configurada como categoria cultural ou seja como um valor que a consciência jurídica da sociedade atribui à norma posta ou à norma proposta.

Creio que seja possível ao político do direito trabalhar com três concepções de justiça, complementares entre si, todas tendo em comum o fato de serem emanadas do corpo social. Em resumo poderemos mencioná-las assim: 1) Justiça como ideal político de liberdade e de igualdade; A norma que obstaculizar ou fraudar as aspirações de coparticipação e compartilhamento será conside-

rada injusta. 2) Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma; Se houver inadequação nessa relação, o sentimento resultante será de que se trata de norma injusta. 3) Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão; A norma cujo sentido não corresponda à verdade empiricamente demonstrada e socialmente aceita, será norma injusta.

↑ Quanto à primeira noção, cujos fundamentos não são novos, foi ela modernamente trabalhada com vigor por John Rawls. Esse autor nos apresenta dois princípios de justiça que deverão, no seu entender, presidir a toda atribuição de direitos e deveres sociais bem como à distribuição de benefícios sociais e econômicos. Ei-los: *"Primeiro, cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade, sendo que esta última deve ser igual à dos outros e a mais extensa possível, na medida em que seja compatível com uma liberdade similar de outros indivíduos. Segundo, as desigualdades econômicas e sociais devem ser combinadas de forma a que ambas correspondam à expectativa de que trarão vantagens a todos e que sejam ligadas a proposições e a órgãos abertos a todos".*<sup>4</sup>

Tais princípios serão, ao longo da obra, exaustivamente detalhados e mesmo rerepresentados, mas permanecerá a idéia fundamental de Rawls ou seja que a justiça se confunde com os direitos subjetivos à liberdade e à igualdade, no sentido social mais amplo possível.

É claro que somente numa sociedade democrática e suficien-

---

<sup>4</sup>Rawls, John. *Uma Teoria da Justiça*, Editora Universidade de Brasília. 1981. p67.

temente ordenada haverá possibilidade de emergirem tais princípios de justiça, como reconhece o Autor, mas a construção de uma teoria da justiça a partir daí nos parece muito mais fundamentada que tendo como ponto inicial as tradicionais doutrinas metafísicas que imperaram até há pouco, com seus apelos constantes a categorias para-científicas.

2. A segunda acepção forma o eixo em torno do qual gira a obra de Clarence Morris, "A Justificação do Direito". O conhecido pragmatismo norte-americano, no trato das questões político-jurídicas, se sintetiza na posição de Morris: "Exposta de maneira muito simples, minha teoria da justiça é a seguinte: quanto mais satisfação à genuínas e importantes aspirações da sociedade, mais justo será o sistema legal".<sup>5</sup>

O autor, como se vê, retoma o filão que nos vem de Rousseau (Teoria da vontade geral) e moderniza aquela teoria com uma exposição clara e objetiva, em que pese não resolver a questão de quais critérios nos garantirão serem "genuínas e importantes" as aspirações da sociedade, problema que, segundo entendemos, somente se aclarará se pudermos realizar pesquisas empíricas sobre a consciência jurídica social, revelada pelas manifestações da opinião pública e pelas reivindicações concretas dos movimentos sociais.

Não será, no entanto, qualquer sociedade que possa formar opiniões claras a respeito de assuntos de interesse geral, ou que tenha condição de expressar-se livremente.

---

<sup>5</sup> Morris, Clarence. *La Justificación del Derecho*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1974. p.4.

Morris reconhecerá que a justiça, dentro desta acepção, só emerge quando existe um povo capaz de aspirar a ela. É preciso, acrescentamos nós, que, cada vez mais, parte maior da sociedade tenha condições do exercício de sua cidadania para que se amplie sua capacidade de perceber quais são os seus legítimos direitos. Só assim a sociedade terá dimensionada sua capacidade reivindicatória.

Imprescindível será também que a população em referência possa expressar-se num clima de legitimidade democrática e que suas lideranças surjam em decorrência da expressão dessa legitimidade. Do contrário, as aspirações manifestadas correrão o risco de indicarem apenas os interesses de grupos ou classes e, em vez de um conceito de justiça social, teremos conceitos particulares do que seja justo ou injusto.

Tudo isto a que nos referimos acima se aplica à norma jurídica. Ainda é Morris quem observa: "Quando um povo tem aspirações que estão em acordo ou em desacordo com lei vigente, esta será, respectivamente, justa ou injusta".<sup>6</sup>

O político do direito deve levar em conta tal realidade se quiser justificar a norma posta ou a norma proposta, esse o entendimento que ao longo das minhas observações, nessa área, pude formar. Para Morris, dentro desta linha de raciocínio, três classes de informação justificam a norma "1) o conhecimento da aspiração jurídica; 2) o conhecimento dos possíveis meios de satisfazê-la; 3) o conhecimento dos custos...".<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>Idem, idem, p.5.

<sup>7</sup>Idem, idem, p.5.



O avanço das técnicas sociais de perquirição das aspirações coletivas foram permitindo, nas sociedades bem organizadas e democráticas, a investigação desses desejos coletivos e tais conclusões podem inspirar o legislador e o juiz para a feitura de normas gerais ou de normas "*in concreto*" capazes de estabelecerem um padrão de ajustamentos entre as demandas sociais e as respostas jurídicas.

3. A terceira concepção de justiça aplicável à teoria e à praxis da política jurídica é complementar às anteriores. Trata-se de arbitrar o justo ou o injusto em razão do conhecimento do verdadeiro ou do falso que fundamente a norma (*adaequatio intellectus et rei*).

Entre os poucos autores que, no Brasil, têm trabalhado o tema, destaco Cláudio Souto, pesquisador que a partir de pressupostos metodológicos e epistemológicos da Sociologia Jurídica, vem oferecendo precioso material para reflexões na área da Política do Direito.

Souto se tem preocupado com a possibilidade de diminuição da conduta ideológica do legislador e do juiz pela via científico-empírica. No ensaio preparado para as jornadas Latinoamericanas de Sociologia do direito sob o título "*O sistema jurídico brasileiro: o problema de sua abertura à ciência empírica*", o autor analisa decisões jurídicas que, no seu entender, estão fundamentadas não em ideologias mas no "*científico substantivo*" (a expressão é do autor). E nos demonstra que, quando há informação científica, seja das ciências sociais ou das ciências ditas exatas, alguns juízes abandonam o critério do "*secundum legem*" pelo "*praeter-legem*" ou mesmo por uma decisão "*contra legem*".

Em artigo que está sendo publicado neste número da revista Seqüência, Cláudio Souto nos lembra que o "Supremo Tribunal Federal se aproximou pioneiramente de uma postura contra-legal — se bem que não explicitamente — ao reconhecer ao concubinato, num momento em que este era ignorado pelo sistema legal, efeitos juridicamente vivos".<sup>8</sup>

Nos tempos atuais temos tido oportunidade de constatar exemplos de desobediência reiterada a normas consideradas injustas, em razão de estarem calcadas em falsos fundamentos, como tal demonstrado por um conhecimento novo e confiável. Enquanto o legislador não tome a iniciativa da necessária revogação de norma superada por nova verdade, cabe ao juiz definir-se como um guardião do Direito e não de meras construções lógico-formais. Assim, suas decisões criarão normas concretas que resolvam o impasse gerado por normas legisladas, cuja aplicabilidade se demonstre estar em desacordo com o conhecimento científico-empírico. Fundamental é perceber a amplitude do espaço do jurista, e é nesse sentido que me valho de palavras de Cláudio Souto constantes do artigo citado: "Confundir de modo necessário lei com direito, com legitimidade ou justiça científico-substantiva é apenas ideologia a mascarar os jogos reais do poder em momento de dessemelhanças ainda profundas nos estratos sociais".<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup>Souto, Cláudio. *Magistratura Brasileira e Ideologia Formalista*, in: *Seqüência*, nº 19.

<sup>9</sup>Idem, *idem*.

#### 4. CONCLUSÃO

O esforço desenvolvido na busca de critérios de racionalidade para trabalhar com o valor justiça não se constitui em utopia. É tarefa realizável e muito conseqüente. Sem tal esforço não se conseguirá superar as ideologias que têm freado os avanços do Direito, então confundido tão só com expressões lingüísticas de dever-ser.

A Política do Direito resgata o valor justiça para a justificação da norma, da qual se exigirá validade material além da validade formal.

Esse poder que tem o valor justiça de conferir validade material à norma (desde que não seja ela meramente norma de utilidade) faz dessa categoria não mais uma expressão ideológica ou transcendente, mas o critério de uma nova racionalidade capaz de produzir efeitos positivos no campo da teoria e da práxis político-jurídica.