

UM ESTUDO SOBRE A OBRA “FUNDAMENTOS DA POLÍTICA JURÍDICA” DE OSVALDO FERREIRA DE MELO, ATRAVÉS DOS ELEMENTOS DE PERCEPÇÃO JURÍDICA DA “TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO” DE MIGUEL REALE*

*Milard Zhaf Alves Lehmkuhl***

Resumo: O presente trabalho apresenta uma visão da obra “Fundamentos da Política Jurídica” de Osvaldo Ferreira de Melo a partir dos elementos de Percepção Jurídica, fato – valor – norma, colhidos da obra “Teoria Tridimensional do Direito” de Miguel Reale. O artigo se inicia com uma breve apresentação da obra “Fundamentos da Política Jurídica” e sobre os elementos de percepção jurídica da “Teoria Tridimensional do Direito”. Partindo dessa contextualização e dessa tridimensionalidade como ferramenta de percepção jurídica a pesquisa em tela evolui abordando os aspectos histórico-factuais que levaram Osvaldo Ferreira de Melo a produzir a obra em análise, apresentando-se a evolução factual realizada pelo autor que vai do jusnaturalismo, passando pelo positivismo até chegar-se ao pós-positivismo. Na seqüência são apresentadas as questões valorativas, os aspectos axiológicos que incidem sobre esses fatos, os critérios de Justiça e Utilidade Social, que possibilitam uma nova visão do Direito, uma visão mais ética e legítima. Por fim, apresentam-se os reflexos que essa tensão entre os fatos (e a situação da sociedade em períodos de pós-modernidade) e os valores (de legitimidade, ética, justiça e utilidade) geram sobre o Direito, tanto na produção da norma jurídica quanto na compreensão de sua validade e eficácia e, ainda, a percepção do Direito como técnica de controle e instrumento de transformação social.

Palavras-chave: Política Jurídica. Percepção Jurídica. Direito.

* Artigo científico elaborado para a conclusão da disciplina de Fundamentos da Percepção Jurídica, junto ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold.

** Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo destina-se a fazer uma “re-leitura” sobre a obra de Osvaldo Ferreira de Melo, intitulada de “Fundamentos da Política Jurídica”, através dos elementos de percepção jurídica presentes na obra “Teoria Tridimensional do Direito” de Miguel Reale, a saber, fato valor e norma.

Acredita-se que a obra de Miguel Reale utilizada como instrumento de percepção jurídica possibilitará uma visão adequada dos fatos que levaram a produção da teoria de Osvaldo Ferreira de Melo, dos valores que permeiam esses arcabouço fático e os reflexos que essa tensão (fato – valor) produzem na norma jurídica.

A pesquisa foi elaborada exclusivamente com base na “Teoria Tridimensional do Direito” de Miguel Reale aplicada, como ferramenta de percepção jurídica, sobre a obra Fundamentos da Política Jurídica de Osvaldo Ferreira de Melo, pelo que terá então como base bibliográfica apenas essas duas obras, sendo que todas as informações apresentadas são delas exclusivamente retiradas.

A expressão “Instrumento de percepção jurídica” é, neste artigo, compreendida como “ferramenta com a qual se examina norma jurídica (“legal; consuetudinária; jurisdicional; negocial”) , descrevendo-a e emitindo juízo valorativo a respeito dela”¹.

Utilizou-se para a pesquisa o método dedutivo na Fase de Investigação, o método cartesiano na Fase de Tratamento de Dados e os resultados são relatados no presente estudo no modo indutivo, sendo operadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica².

¹ Assim proposto por Cesar Luiz Pasold no documento intitulado “Plano de Ensino 2012.1” da disciplina Fundamentos da Política Jurídica junto ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica promovido pela UNIVALI, com a seguinte observação: “Considera-se, para os efeitos deste item, a tipologia proposta por REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito** - para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, em especial na p. 17”.

² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática, 2011, p. 97 a 125 .

2 BREVE APRESENTAÇÃO DA OBRA “FUNDAMENTOS DA POLÍTICA JURÍDICA”

A referida obra, “Fundamentos da Política Jurídica”, foi escrita em 1994, década de grandes acontecimentos políticos, econômicos, sociais no panorama nacional e mundial, que demonstravam a existência de crises conceituais e dogmáticas decorrentes das insatisfações que a humanidade vinha vivenciando.

Oswaldo Ferreira de Melo revela que esse período pré- virada de século é um período de transmodernidade (também denominado de pós-modernidade), responsável por criar novos paradigmas a serem investigados pelos juristas. Diz o autor que as hipóteses que ele pretendia examinar naquele momento (e que são aplicáveis até os dias de hoje) pressupunham uma compreensão de mudança de panorama. Isso significa uma:

(...) ruptura dos paradigmas da modernidade e a passagem para uma fase subsequente que, à falta do batismo que deverá ocorrer num futuro impreciso, chamaremos precariamente de pós-modernidade, para usar a expressão genérica já corrente nos meios acadêmicos.³

Esse novo período vivido pelo Direito faz com que Oswaldo Ferreira de Melo tivesse “dificuldades de natureza filosófica em aceitar a possibilidade de formarem-se “teorias gerais” em meio às crises epistemológicas que caracterizam esse período de transmodernidade”⁴, o que instiga o jurista na busca científica por respostas a essas inquietações.

As teorias jurídicas até então propostas, decorrentes do período individualista anterior (período da modernidade), afastam o legislador e o jurista de alguns pressupostos básicos de ordem moral, os quais, para Oswaldo Ferreira de Melo, são indispensáveis para a compreensão do Direito em tempos pós-modernos. O direito, como pura norma, não se presta mais a responder os desejos da sociedade em tempos de transmodernidade, de pluralidade, de diferenças, de crises, de novas concepções de vida.

³ MELO, Oswaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 18

⁴ MELO, Oswaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 15

(...) o grau de autonomia que ganham as sociedades contemporâneas e a avançada experiência universal com as práticas democráticas e pluralistas não mais admitem a vigência de um direito positivo que seja impermeável as mudanças culturais e às conquistas sociais, de um direito que reflita apenas o voluntarismo do legislador e do juiz.⁵

Os dogmas e epistemologias do “Período das Luzes” não mais satisfazem as necessidades humanas pós-modernas, eis que, preocupado com sua logicidade interior, o direito, de certa forma, ficou desatento as questões de ordem moral que estavam pulsando na alma da sociedade.

A modernidade, convencionou-se, é o período que nasceu do Iluminismo setecentista e que, após uma história muito rica e tumultuada, passou a desenhar-se num caleidoscópio formado por modelos específicos, cada qual formalizando seus dogmas, suas certezas, suas uniformizações, todos dependentes de epistemologias e metodologias construídas para exaltar a lógica de cada um, mesmo que isso estivesse, muitas vezes, em descompasso com as reais prioridades humanas. A transição a que nos referimos não é apenas mais uma das mudanças setoriais. É a transição global de um sistema cultural complexo, de padrões civilizatórios que se foram caracterizando ao longo do tempo, eles mesmo formados por transições contínuas de sistemas particulares, como o político, o social, o econômico, o tecnológico, o jurídico e outros, Para uma fase em que novos paradigmas começam a formar-se com o desprestígio de alguns valores e o privilégio de outros.⁶

O direito do período moderno era normativista puro. O direito do período pós-moderno precisa ser democrático social, entrelaçado com os valores humanos do atual período da vida, atento a pluralidade de situações, diversidade de valores e pessoas que compõem a sociedade. Não há um abandono do positivismo com retorno ao jusnaturalismo, mas sim uma inserção axiológica no campo do legalismo jurídico.

Por tal, frente a essas desconstruções e construções de velhos e novos paradigmas, Osvaldo Ferreira de Melo, propõe o fortalecimento e uma autonomia da Política do Direito como ramo específico de pesquisa (uma teoria própria), distinta da Filosofia Jurídica, destinada a tentar conciliar Política e o Direito, com o fim de reaproximar a norma e o jurista dos ideários axiológicos do justo, do ético, do legítimo e do útil. “A Política Jurídica descomprometida com fórmulas e paradigmas em perecimento, estará engajada com esse novo pensar e participará da

⁵ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 17

⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 18

realização de novas utopias carregadas de esperanças”.⁷

Aliás, para o autor:

(...) a Política Jurídica, conforme a entendemos, é o mais adequado instrumental de que dispõe o jurista para participar do esforço de todos os cientistas sociais no direcionamento das mudanças sócio-econômicas, levando em conta as utopias da transmodernidade.⁸

Oswaldo Ferreira de Melo afirma que o homem é um ser histórico social, cujos valores vão se formando e modificando ao longo de suas vivências, de modo que o direito precisa, necessariamente, acompanhar essas mudanças de rumo. Não é mais possível um Direito simplesmente abstrato, distante da realidade social.

Em tempos de transmodernidade importante que haja uma proximidade entre as questões axiológicas e as questões normativas, a fim de que o Direito tenha não mais apenas uma validade formal, mas passe a ter também uma validade material, que dê respostas efetivas, eficazes e legítimas aos desejos da sociedade como um todo, considerando as suas diferenças e a existência de múltiplas classes sociais.

À Política do Direito cabe intercomunicar ambos os elementos, tornando-os interdependentes, e examinar os âmbitos da Política e do Direito não como áreas bastantes em si mesmas, mas como espaços suscetíveis de permanentes e desejáveis influências recíprocas. O Direito necessita da Política para renovar-se continuamente na fonte das mediações, e esta necessita daquele para objetivar em realidades e valores a sua atividade quase sempre dispersiva e pragmática, ou seja, objetivá-la em sistema de princípios e normas, formal e materialmente válidos.⁹

Dessa breve apresentação da obra “Fundamentos da Política Jurídica” de Oswaldo Ferreira de Melo, partem alguns questionamentos sobre essa nova realidade do Direito (e seu aspecto político) que instigam o investigador científico na busca de suas respostas. Que acontecimentos fáticos o levaram a pensar dessa maneira? Quais os valores históricos culturais que tanto o autor ressalta que devem ter uma reaproximação ao Direito enquanto norma formalmente posta? Qual a consequência dessa mudança de ares na interpretação e aplicação da

⁷ MELO, Oswaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 19

⁸ MELO, Oswaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 47

⁹ MELO, Oswaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 21

norma jurídica?

Como possível resposta as referidas perguntas é que se propõe o presente artigo, que tem o objetivo de humildemente tentar elucidá-las a partir de um estudo de percepção jurídica realizado com base nos elementos fato – valor - norma colhidos da obra de Miguel Reale, Teoria Tridimensional do Direito, cuja análise será objeto do ponto que segue.

3 ELEMENTOS DE PERCEPÇÃO JURÍDICA ATRAVÉS DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

Após inúmeros estudos e pesquisas o jurista Miguel Reale, na década de sessenta, escreveu a obra “Teoria Tridimensional do Direito”, pela qual defendeu a idéia de que o Direito precisa sempre ser analisado, para sua completa compreensão e verificação de seu alcance e objetivo, através de três aspectos, quais sejam, fato, valor e norma.

Em que pese à norma ser o objeto central do Direito, não há como se abandonar, para sua real interpretação e aplicação, as questões fático-valorativas que antecedem a sua produção. Diz textualmente o jurista que:

O direito é uma realidade trivalente, digamos assim, trivalente, ou, por outras palavras, tridimensional. Ela tem três sabores que não podem ser separados um dos outros. O direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir, (...) de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma.¹⁰

Portanto, para uma adequada percepção da Ciência Jurídica, cujo objeto é o Direito, acredita-se dever o pesquisador analisar, não apenas o direito posto, mas sim os fatos e os valores sociais que geram a criação da norma, a fim de se estabelecer sua perfeita interpretação e aplicação.

Para o Miguel Reale, entre fato, valor e norma há uma dialética complementar, ou seja, há uma correlação permanente e progressiva, não podendo eles ser compreendidos separadamente uns dos outros, ao mesmo tempo em que não se confundem entre si. Afirma o

¹⁰ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 2007, p. 121

autor que os fatos e os valores se implicam constantemente, de cuja tensão, resulta o comando normativo.

Porém, a esses fatos e valores, dos quais a norma decorre como solução superadora da implicação-polaridade, não se pode afastar as variáveis que sobre eles incidem e influem, consistentes na História e no Poder.

Primeiramente os fatos e os valores, de cuja implicação resultam as normas, precisam ser analisados de acordo com o contexto histórico vivido pelo homem, pois, o ser humano é um ser tipicamente histórico, de modo que analisá-lo fora da cronologia é afastar-se de sua real compreensão. Portanto, para a verificação perfeita do fato – valor – norma há sempre de se ter em mente o contexto histórico vivenciado a cada tempo, numa análise de passado, presente e futuro.

A historiografia é o espelho no qual o homem temporalmente se contempla, adquirindo plena conseqüência de seu existir, de seu atuar. Qualquer conhecimento do homem, por conseguinte, desprovido da dimensão histórica, seria equívoco e mutilado. O mesmo se diga do conhecimento do direito, que é uma expressão do viver, do conviver do homem.¹¹

Paralelo ao historicismo cultural do homem há também, como dito, a variável da influência do Poder sobre as questões de fato – valor – norma. O Poder tem influência direta sobre o *processus* factual-axiológico do qual deve decorrer a criação da norma jurídica.

E esse mencionado Poder, não é apenas o poder governamental. Existe também a figura do “poder”, esse propositalmente nominado com “p” minúsculo, que se refere às outras formas de poder não estatais, tais como, *verbi gratia*, as utopias decorrentes das ideologias dos grupos sociais e, ainda, os poderes negociais dos particulares na criação de normas próprias (contratos).

Assim, Miguel Reale afirma que, ao longo da história da humanidade

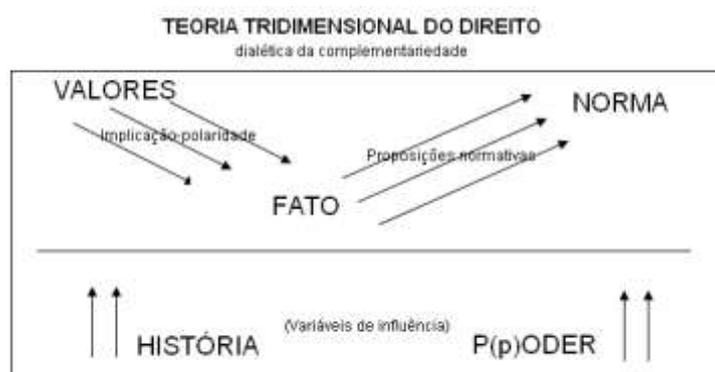
o mundo jurídico é formado de contínuas “intenções de valor”, que incidem sobre a “base de fato”, refragando-se em várias proposições ou direções

¹¹ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 2007, p. 80

normativas, uma das quais se converte em norma jurídica em virtude da interferência do Poder.¹²

Dessa afirmação se pode retirar os já apontados elementos de percepção jurídica, quais sejam a dialeticidade complementar entre Fato – Valor – Norma, todos analisados sobre as variáveis do contexto histórico e da influência de determinado P(p)oder. Aqueles tidos elementos nucleares da teoria tridimensional e esses como fatores de interferência sobre aqueles.

Logo, graficamente¹³ acredita-se ser possível apresentar o seguinte esboço sobre a teoria tridimensional do direito:



Pelo gráfico e demais considerações tentou-se apresentar as categorias básicas da teoria tridimensional (fato – valor – norma) e os seus elementos de variação (história e P(p)oder), através dos quais se pretende a seguir fazer um estudo de percepção jurídica sobre a obra de Osvaldo Ferreira de Melo, “Fundamentos da Política Jurídica”, a fim de responder aos questionamentos antes levantados.

4 DA PERCEPÇÃO JURÍDICA SOBRE A OBRA FUNDAMENTOS DA POLÍTICA JURÍDICA

Como visto anteriormente o jurista Osvaldo Ferreira de Melo na obra “Fundamentos da Política Jurídica” propõe a apresentação da teoria da Política do Direito. Os estudos do pesquisador em questão foram elaborados em um período de pós-modernidade, em que os fatos,

¹² REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 2007, p. 124

¹³ O gráfico foi elaborado a partir do esboço gráfico apresentado na obra: REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 2007, p. 124

os valores e as normas sofrem forte influência do Poder estatal e do poder social, principalmente desse, que exige mudanças e rupturas a velhos conceitos e dogmas, desejando a criação de um novo pensar coletivo que reflita na forma com que o Direito deva apresentar perante a sociedade.

Esse novo momento histórico, de pluralidade, de heterogeneidade do homem, de mudança de paradigmas, culmina na necessária reaproximação do direito às questões axiológicas. Daí surgem os questionamentos antes apresentados, no sentido de que: que fatos (e qual contexto histórico) que levaram Osvaldo Ferreira de Melo a defender uma teoria da Política Jurídica baseada na reaproximação do direito aos valores sociais? Quais seriam esses elementos axiológicos que, aplicados sobre os fatos históricos e culturais devam ser reaproximados do direito a fim de responder-se aos anseios da sociedade pós-moderna? Qual a consequência dessa mudança de paradigma, e da influência do P(p)oder na produção da norma jurídica?

Ditas indagações serão investigadas na obra “Fundamentos da Política Jurídica” através dos elementos de percepção jurídica da “Teoria Tridimensional do Direito”, dividindo-se a pesquisa daqui em diante em três momentos. Um primeiro momento de narrativa fática; um segundo quanto ao aspecto valor e, por fim, um último daí decorrente, consistente na norma.

Ademais, acredita-se que a obra de Miguel Reale, “Teoria Tridimensional do Direito, é um excelente instrumento de percepção jurídica para a obra de Osvaldo Ferreira de Melo, pois, esse mesmo afirma que Miguel Reale tem “expressiva contribuição para o melhor entendimento do papel que possa e deva a Política Jurídica desempenhar nos tempos presentes”.¹⁴

Isso certamente se dá porque o próprio Miguel Reale, ao prefaciar a 2ª edição da Teoria Tridimensional do Direito reconhece, em tempos pós-modernos, a necessidade de aproximação do direito a questão dos valores, o que fortalece e ampara as idéias de Osvaldo Ferreira de Melo, segundo o qual a Política Jurídica é a responsável por investigar e trabalhar essa reaproximação.

A Ciência do Direito, sobretudo a partir da Segunda Grande Guerra, vem se caracterizando por uma crescente luta contra o formalismo, o que implica repúdio as soluções meramente abstratas. Deseja-se cada vez mais correlacionar

¹⁴ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 47

as soluções jurídicas com a situação concreta na qual vivem os indivíduos e grupos.¹⁵

Afirma o autor que:

(...) é impossível reduzir a vida jurídica a meras formulações lógicas ou a um simples encadeamento de fatos, devendo reconhecer-se a essencialidade dos princípios éticos, o que explica o freqüente apelo que se volta a fazer a idéias como a de equidade, probidade, boa fé, etc. a fim de capitar-se a vida social na totalidade de sua significações para o homem situado ‘em razão da suas circunstâncias’.¹⁶

Porém, mesmo ciente dessa importância, o autor faz um alerta de que essa inserção de questões valorativas no direito não faça da Ciência Jurídica uma simples Axiologia Jurídica, o que revela a importância da teoria tridimensional, eis que para ela, fato, valor e norma dialetizam-se complementarmente, sem confundir-se, mas dependendo um do outro para sua plena compreensão, evitando-se um superação do valor sobre a norma.

Nesse contexto parece-me lícito afirmar que o tridimensionalismo jurídico tem o mérito de evitar a redução da Ciência do Direito uma vaga Axiologia Jurídica, pelo reconhecimento de que não são menos relevante os aspectos inerentes ao plano dos fatos ou à ordenação das normas, o que implica, penso eu, uma compreensão dialética e complementar dos três fatores operantes na unidade dinâmica da experiência jurídica.¹⁷

Assim, partindo-se dessas questões introdutórias e, baseado nos três elementos de percepção jurídica (fato – valor – norma), passa-se a fazer uma “re-leitura” da obra de Osvaldo Ferreira de Melo, “Fundamentos da Política Jurídica”, na forma que segue.

4.1 PERCEPÇÃO JURÍDICA DOS FATOS

A primeira análise a ser feita é quanto às questões de fato (e de contexto histórico) que podem ser colhidas da obra “Fundamento da Política Jurídica” pelas quais se possam conduzir o pesquisador a compreensão da teoria de Política do Direito, baseada na reaproximação do Direito aos valores sociais, que Osvaldo Ferreira de Melo pretendeu defender.

¹⁵ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 2007, p. XVIII

¹⁶ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 2007, p. XIV

¹⁷ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 2007, p. XV

Analisando-se a obra em questão acredita-se ser possível verificar que autor apresenta uma evolução histórico-factual dos seus estudos. Osvaldo Ferreira de Melo faz uma iniciação das suas concepções frente às idéias do jusnaturalismo, passando posteriormente pelo positivismo e, culminando no pós-positivismo. Ele trilhou assim, os períodos da antiguidade (período anterior ao século XVIII), da modernidade (século XIX) e da pós-modernidade (século XX), situando nessa última as suas conclusões e sua teoria.

Iniciando pelo jusnaturalismo, condizente ao período da antiguidade, Osvaldo Ferreira de Melo afirma que antes dos períodos em que os aspectos culturais eram tratados racionalmente prevaleciam os aspectos do Direito Natural.

Nesse período:

(...) as doutrinas jusnaturalistas sempre, em que pese suas diferentes formulações, foram atitudes estimativas perante a norma jurídica. Os postulados do Jusnaturalismo, destacando que o preceito justo é só aquele compadecente com o Direito Natural, expressou uma postura filosófica que tentou impor um meta-direito concebido “a priori”, ao qual todo o direito positivo deveria adequar-se.¹⁸

No contexto da época do jusnaturalismo a norma posta não representava o Direito. O Direito, cujo valor estava intimamente ligado a idéia de Justiça, de Moral, era fruto dos Direitos Naturais, das leis transcendentes, inseridas na alma humana que fixavam o modo de ser e a conduta social de cada homem.

Fazendo crítica ao conceito de Ruiz Jiménez, expresso na obra *Introducción a La Filosofía Jurídica*, no sentido de que os Direitos Naturais são aqueles “conhecidos a luz da inteligência natural”¹⁹, Osvaldo Ferreira de Melo afirma que é “insensato procurar o Direito no reino da Natureza”.²⁰

Mesmo quando se superou a fase cosmológica, em que o Direito Natural significou a participação do homem na ordem racional do universo, para o jusnaturalismo moderno que nos representa um Direito Natural como fruto de apelo à razão humana, permaneceu a concepção metafísica do revelado e do intuído, em detrimento de reconhecer as realidades histórico-culturais. O

¹⁸ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 25

¹⁹ JIMÉNEZ, Ruiz *apud* MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 25

²⁰ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 25

Direito é fenômeno do reino da Cultura, criação humana portanto, fruto das históricas experiências sociais e sob esses pressupostos se pode concluir que a expressão Direito Natural contenha uma tautologia irreparável.²¹

Logo, mesmo sendo racional em tempos atuais, tendo abandonado a antiga concepção irracional puramente metafísica, o Direito Natural em nossos dias não responde aos anseios sociais pós-modernos, uma vez que, mesmo aproximando o Direito do conceito de Justiça, a concepção dessa (do que seria justo) ainda está ligada a idéia um plano superior, transcendental, distante dos aspectos culturais que foram se moldando e permanecendo no seio da sociedade.

Porém, mesmo não se prestando o jusnaturalismo para expressar o Direito, Osvaldo Ferreira de Melo afirma ser inegável que as teorias mais modernas do Direito Natural têm oferecido importante contribuição a Filosofia do Direito (e atualmente a Política do Direito) como posturas contestadoras ao normativismo jurídico puro, “que pretende atribuir plena validade a toda norma posta pelo Estado”.²² A validade da norma, defendem os jusnaturalistas modernos, não pode ficar apenas no plano da validade formal, devendo também atingir a sua validade material, ou seja, o efetivo respeito ao valor que pretendia tutelar.

Mesmo com esse aspecto relevante de contraposição ao legalismo jurídico, Osvaldo Ferreira de Melo é enfático ao afirmar que o Direito Natural não se presta para solucionar os desejos da sociedade humana atual. Citando Tobias Barreto, o autor diz que “o Direito não é filho do céu – é simplesmente um fenômeno histórico, um produto da cultura da humanidade”.²³ E com palavras próprias arremata: “Quem assim não entender, esbarrará não só em intransponíveis obstáculos de natureza metodológica como também ficará à margem das possibilidades filosóficas de compreender os rumos da transmodernidade”.²⁴

Ultrapassadas as teses jusnaturalistas, que foram dos postulados originais do humanismo metafísico às doutrinas remanescentes que admitem um Direito posto e o interligam à Justiça, porém vêem essa como categoria transcendental, afastando a sua compreensão racional

²¹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 25

²² MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 26

²³ BARRETO, Tobias, *apud* MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 29

²⁴ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 29

cultural, Osvaldo Ferreira de Melo segue na história, passando a buscar base fática para sua teorização no período da modernidade, na era do positivismo jurídico de Hans Kelsen.

Analisando a dogmática kelseniana, o autor diz que nessa época o Direito era simplesmente reduzido a norma posta, ou seja, “a norma formalmente válida é que faz algo ser jurídico”²⁵, faz algo ser justo.

Essa normatização pura do Direito o afasta dos importantes valores sociais. Criticando o legalismo jurídico de Hans Kelsen vigente no período de modernidade, Osvaldo Ferreira de Melo diz que “tal concepção, todavia, além de afastar da Ciência Jurídica o estudo dos fatos geradores das normas, vai mais além, colocando sob olhar cético a importância do conteúdo moral da norma”²⁶.

Enquanto no período da antiguidade o Direito Natural era pura questão moral, sem qualquer importância do aspecto formal da legalidade da norma, no período moderno ocorria os avessos. Na modernidade há uma preocupação simplesmente formal da norma como reflexo de Justiça, não havendo a devida atenção ao aspecto material da norma, ou seja, da sua aproximação as questões axiológicas existentes no seio social.

Ter o Direito como norma formalmente validade e, portanto, legal, é ignorar as relações humana que ele regula. “(...) o direito não disciplina “coisas” mas “interações humanas”. Afinal de contas, o Direito não se realiza interna e formalmente na própria norma, mas sim quando aplicado aos fatos da vida social”²⁷.

Este período moderno de legalismo jurídico analisado por Osvaldo Ferreira de Melo na obra “Fundamentos da Política Jurídica” possibilitou que a lei formalmente posta tornasse justa toda ação governamental, o que culminou em atrocidades na humanidade realizadas por Estados Totalitários. “Assim, o inconformismo com o conceito formalístico da validade da norma põe em relevo a importância e a oportunidade de se retomarem os estudos de Política Jurídica”²⁸.

²⁵ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p.29

²⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 30

²⁷ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 31

²⁸ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 31/32

Importante esclarecer que mesmo contrapondo o normativismo jurídico haja vista seu reducionismo do Direito a simples norma formalmente posta e, pelo seu agnosticismo axiológico, Osvaldo Ferreira de Melo vê na Teoria Pura do Direito e na Teoria Geral das Normas, ambas escritas por Hans Kelsen, importantes contribuições histórico-factuais para a Política Jurídica. O autor encontra naquelas obras explicações sobre o Direito como norma formalmente válida e posta, objeto da Ciência Jurídica, diferenciando-se e afastando-se dele as questões axiológicas, que seriam de preocupação da Política Jurídica.

Assim, se na concepção de Kelsen existem possibilidades de examinar “o direito que é”, (Ciência Jurídica) e o “direito que deve ser” (Política Jurídica), entende-se ser sua expectativa que o pesquisador, inclinado ao estudo pertinente de uma dessas áreas autônomas, terá que buscar métodos próprios visando a ocupação do respectivo espaço metodológico.²⁹

Para Osvaldo Ferreira de Melo a fragilidade da teoria de Hans Kelsen como resposta útil e adequada para as soluções da vida em tempos pós-moderno, está em que para o jurista alemão a Política do Direito em que pese ser disciplina independente é, ao mesmo tempo, sem importância, descartável para a compreensão do Direito.

A Política Jurídica, no contexto Kelseniano, é considerada disciplina autônoma, mas de cientificidade descartada, pois, várias vezes Kelsen tomou posição extremada contra a pretensão científica daqueles que “crêem poder estabelecer o direito justo e assim o padrão axiológico para o direito positivo”. Embora admitisse que o legislador pudesse ter sido justo ou injusto no momento no momento de propor a norma, esta, porém, posta no sistema jurídico, não guardaria mais nenhum nexos axiológico com o ato da criação.³⁰

O que Osvaldo Ferreira de Melo defende é uma reaproximação da norma posta aos valores morais, aspectos de justiça, ética, legitimidade e utilidade. As inserção no Direito, em períodos de transformação social, de questões axiológicas, de pluralidade, de diferentes visões de mundo, da existência de multiplicidades de classes de poder social.

O autor objetiva através da Política do Direito analisar o Direito como deva ser e como deva ser feito, seu compromisso posterior a norma posta, sua reaproximação no campo de aplicação prática com as questões morais da sociedade pós-moderna, a fim de que o direito seja

²⁹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 35

³⁰ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 36

materialmente válido no presente momento histórico da humanidade, servindo ainda de instrumento transformador para o futuro.

O objeto da Política Jurídica deve então ser considerado no universo das grandes reflexões e das grandes decisões: Como deve ser o Direito? Fruto retórico da dominação ou instrumento estratégico de mudanças? (...) O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhando na construção ética do devir?³¹

Envolvido pela negação ao normativismo lógico que pretende atribuir legalidade a todos as atitudes do Estado realizadas através de leis e ainda da necessária união entre Direito e Justiça (não como um valor transcendental, mas sim racional e cultural), frutos da experiência colhida do Direito Natural e, ainda; verificando a importância de uma validade formal da norma e também da existência de aspectos valorativos que caminham em paralelo, cuja ligação entre eles (norma posta x valores) se tornam o objeto da Política Jurídica, conhecimentos decorrente do período do normativismo jurídico, Osvaldo Ferreira de Melo dá continuidade as suas pesquisas, passando a realizá-las dentro de um contexto pós-moderno.

Negando a metafísica do jusnaturalismo; apontando falhas ao legalismo jurídico dos tempos modernos, mas de ambos colhendo experiências, o autor passa a analisar como suporte histórico factual para sua teoria de Fundamentos da Política Jurídica os acontecimentos da sociedade do século XX.

Essa releitura da sociedade e do Direito em tempos de crises epistemológicas e dogmáticas é feita por Osvaldo Ferreira de Melo com base no culturalismo jurídico desenhado por Miguel Reale.

No atual período de transmodernidade, envolvido pelas experiências do legalismo que havia mostrado seu lado obscuro e perigoso com os regimes totalitários e as guerras mundiais, Osvaldo Ferreira de Melo passa a defender e a ver no Direito uma questão histórico-cultural, portanto, necessariamente permeada de valores. Não os mesmos valores metafísicos do período jusnaturalista, mas sim valores culturais, criados pelo homem ao longo de suas vidas. Também não vê o Direito puramente pelo aspecto legalista, cuja formalidade se sobrepunha a sua

³¹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 38

concretude material, mas sim um Direito com uma validade formal e, acima de tudo, uma validade material.

Em períodos de pós-modernidade, com a sociedade criando novos conceitos de vida coletiva, de respeito, de solidariedade, de igualdade, de liberdade, a Ciência Jurídica precisa ser repensada para que haja uma proximidade dos elementos proveitosos que cada um dos períodos (antiguidade e modernidade) e seus sistemas jurídicos (jusnaturalismo, normativismo) deixaram. Os tempos atuais exigem um Direito formalmente posto, mas que tenha um fundo axiológico desde a sua produção enquanto norma abstrata até a sua aplicabilidade no caso concreto, competindo a Política Jurídica essa tarefa de reaproximação dos valores ao Direito.

Em tempos de transmodernidade o Direito, como instrumento de democracia social, precisa ter uma validade formal e uma validade material que os sistemas de antes não conseguiram alcançar (ao menos não de maneira conciliada e harmoniosa).

Preocupados com a exclusiva função de explorar o sistema positivo muitos juristas se negam a ver no Direito um papel transformador e progressista e consideram inoportuno, se não inseqüente, todo o esforço para a justificação da norma. Parece que a maioria dos estudiosos das ciências sociais e econômicas aceitam como algo dogmático ou questão de fatalidade que o Direito seja expressão de vontade das classes dominantes e um meio de garantir a dominação. Pouco se tem feito no mundo jurídico para recuperar a real posição que deva ter o Direito no processo global de transformação do presente e na construção do futuro melhor.³²

Em períodos de pós-guerra mundiais, “as insatisfações crescem e se frustram, gerando, como contra reação, impulsos agressivos ordinariamente intolerantes, às vezes caóticos”.³³ Excetuadas raras posições isoladas de que o Direito não pode andar afastado do conceito (racional e cultural, e não metafísico) de Justiça, “não se está dando atenção a essas questões aqui no Brasil”.³⁴ O Direito não pode mais ser visto simplesmente como norma formalmente posta e, portanto, válida, legal. Há que se colocar o homem como protagonista deste direito e, não mais simplesmente como seu transgressor, a fim de que o Direito seja social e democrático, desta forma, atingindo o tão desejado bem estar comum.

³² MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 45

³³ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 46

³⁴ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 46

É nesse turbilhão de informações, insatisfações e esperanças que Osvaldo Ferreira de Melo reafirma a necessidade da independência e fortalecimento da Política Jurídica como mecanismo de reaproximação do Direito (como norma formalmente posta) da Moral (decorrente dos “valores do bem” absorvidos pelo homem ao longo de sua história, da sua cultura), possibilitando a solução dos conflitos sociais de maneira mais justa, ética, legítima e útil.

A partir dessa contextualização da transmodernidade que vive a sociedade atualmente o autor da importante destaque as obras de Miguel Reale, segundo as quais para o Direito não basta uma análise dos fatos, ou simplesmente da norma, sendo imperiosa uma análise também das questões de valor, sendo a Política do Direito a responsável por estudar o ponto de intercessão ou interferência entre norma e valor.

Em tempos de pós-modernidade, na virada do século XX para o século XXI, a Política Jurídica deve ser considerada

(...) aberta, polissêmica, participativa, e comprometida com as utopias sociais. Torna-se, assim, o mais adequado espaço de criação democrática no universo jurídico, pois nem se compadece com o autoritarismo do pensamento jurídico tradicional, que fala em nome da lei, nem o pensamento de contemporâneas correntes pseudo-emancipatórias que falam em nome de uma verdade social imobilizada por signos configurados em velhos preconceitos, vestidos de novas roupagens. Resgata semiologicamente o sentido do justo e do útil não através de discursos enganosos dirigidos pelo poder a sociedade nem com os suspiros nostálgicos do jusnaturalismo, mas vendo-os como valores culturais resultantes das experiências, das lágrimas e dos sorrisos que afloram no painel da vida.³⁵

Isso significa que o Direito na era pós-moderna que ele vive, deve estar permeado constantemente dos valores sociais a fim de que tenha não só uma validade formal, mas também uma validade material, legitimada pelos movimentos sociais e suas conseqüentes representações jurídicas, tanto no momento de criação como no momento de sua aplicação.

Para Osvaldo Ferreira de Melo a Política Jurídica em tempos transmodernos está preocupada não apenas conjunto de regras vinculadas ao Direito Natural de característica transcendental, muito menos a uma simples análise da validade formal da norma (o direito que é). A Política do Direito está é ligada com as questões correlacionais entre o direito posto com o

³⁵ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 49

direito como deva ser e que deve ser, amparados nos valores e desejos da sociedade de nossos tempos, frutos da cultura humanística adquirida pelo homem ao longo de sua existência e perpassada de geração para geração, tatuada no seio da sociedade.

Essa visão do papel político do direito como mero técnico a serviço do Poder, que refutamos inteiramente, também não é compartilhada pelo ecumenismo de Reale. Este autor entende que o fundamento último do Direito seja o bem comum, desde que se entenda essa expressão como “ordem social justa”. Esse bem comum não se confunde com a soma de desejos particulares, ou com interesse de grupos, nem mesmo com os do Estado, mas com os interesses comuns a toda a sociedade pois “a preeminência do bem público como sistema de valores a realizar, constitui fundamento do Estado e da soberania *in concreto*”.³⁶

Assim, feitas estas exposições da cronológicas, acredita-se ter sido possível perceber o contexto histórico-factual pesquisado e analisado por Osvaldo Ferreira de Melo para a elaboração da obra “Fundamentos da Política Jurídica”. Desacreditado do caráter transcendental do jusnaturalismo, bem como insatisfeito com a normativismo jurídico puro dos tempos de modernidade, o autor, em tempos de pós-modernidade, defende uma ruptura as questões epistemológicas e dogmáticas e defende a criação de um novo paradigma, qual seja, um Direito mais eficaz e eficiente, ligado a idéia de ética, justiça, utilidade e legitimidade, elementos básicos para a sustentação de um sociedade democrática.

A Política do Direito nos atuais momentos transmodernidade propõe uma visão ampliativa do Direito como mecanismo formal de regulamentação do poder, mas ao mesmo instrumento de realização dos desejos sociais mediante uma reaproximação dos valores a norma posta, viabilizando assim uma validade material da lei e, portanto, interligando o Direito a questão de Justiça (racional e cultural).

Osvaldo Ferreira de Melo sustenta que a Política “na sua fase evolutiva atual, tem sido um dos grandes estímulos da autonomia das massas, energizando-as de impulsos progressistas, transformadores e participativos”.³⁷ Esse fato aproxima a Política da Ética, de modo que o que é interessa a Política do Direito não são apenas os fins, estando ela preocupada também com os meios empregados. “Talvez isso explique também (...) a derrocada dos regimes

³⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 49/50

³⁷ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 57

totalitários, neste fim de século, quando novos direitos humanos são reivindicados em nome de princípios como os da tolerância e do pluralismo (...).³⁸

O alerta de Osvaldo Ferreira de Melo consiste no fato de que a Política do Direito para a conquista do seu devir de bem estar social não pode se esquecer da Ética, em especial da ética dos meios a serem utilizados para alcançarem-se os fins desejados.

Cabe a ética decidir qual seja a resposta sobre o que é moralmente correto, ao Direito, sobre o que é racionalmente justo e à Política, sobre o que seja socialmente útil. Não há pois que, necessariamente ocorrerem conflitos insanáveis nessas três vertentes de padrões de conduta, se o sentimento e a idéia fundante de todas forem o reconhecimento e a permanente valorização dos direitos fundamentais do homem.³⁹

Dessa ética, dessa maneira moralmente adequada de agir, surge à estética, a beleza decorrente do ato eticamente praticado, o belo como resultado do modo de fazer correto. No caso específico de Osvaldo Ferreira de Melo ele está

(...) atribuindo ao político do Direito a possibilidade da contínua criação normativa de um mundo de relações que, fundamentado na Ética, venha a ensejar beleza na convivência humana, atingindo questões essenciais que estejam ligadas à apreensão das necessidades materiais e espirituais do homem.⁴⁰

Esse é o grande desejo da Política Jurídica em tempos de pós-modernidade, criar um ambiente belo, ou seja, eticamente capaz de ser tolerante, plural, de respeito aos valores do próximo sob o pressuposto do respeito recíproco. Busca-se um Direito formalmente posto, mas permeado de valores, capaz de responder a toda a sociedade e não apenas a parcela dominante desta.

A Política do Direito defendida por Osvaldo Ferreira de Melo em sua Teoria sobre os Fundamentos da Política Jurídica, por conta de seu contexto histórico-factual, de sua posição ocupada na virada do século XIX para o século XX, revela um caráter humanista, em que o Direito é tido como um fenômeno exclusivamente humano e cultural, de modo que seu

³⁸ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 58

³⁹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 58/59

⁴⁰ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 61

fundamento deve ser buscado não só no interior, mas também no exterior da norma.

O humanismo jurídico ultrapassa, assim, tanto o normativismo lógico quanto o positivismo sociológico e o jusnaturalismo na valorização do homem como sujeito e objeto do Direito, obtendo uma reordenação filosófica onde, por certo, a Política do Direito encontra ambiente adequado para sua atuação.⁴¹

A grande questão é que para Osvaldo Ferreira de Melo não se pode mais admitir uma

(...) continuidade no centralizar privilégios e decisões e a tentativa de ruptura por parte de uma sociedade cujos desejos de autonomia são continuamente frustrados. Por isso, em todo o lugar, movimentos contestatórios e pluralismo jurídico surgem como alternativas. Faltam ao monismo estatal condições de mediação das novas relações sociais, ou seja, entre as reivindicações integrantes de um processo social em constante renovação e o quadro institucional vigente.⁴²

A Política do Direito então, em tempos de pós-modernidade, já amadurecida com as falhas dos períodos anteriores, surge como mecanismo de libertação, criação e mediação do Direito, com busca da sua renovação e satisfação na solução dos conflitos de maneira ética, legítima, justa e útil.

4.2 PERCEPÇÃO JURÍDICA DOS VALORES

Apresentado o panorama histórico-factual como primeiro elemento de percepção jurídica da obra “Fundamentos da Política Jurídica”, necessário se torna agora verificar quais seriam os elementos axiológicos que, segundo Osvaldo Ferreira de Melo, aplicados em atenção aos fatos históricos e culturais, devam ser reaproximados do Direito a fim de responder-se os anseios da sociedade pós-moderna.

“A mudança do sistema jurídico, partindo de realidades sociais adequadamente compreendidas e valoradas, será o caminho a percorrer na formação de um novo paradigma”.⁴³

Diz o autor que esse valor aplicado sobre as realidades sociais é “liberto dos

⁴¹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 65

⁴² MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 69

⁴³ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 105

paradigmas metafísicos, o racionalismo axiológico passa a ter suas explicações e justificações no mundo da cultura”.⁴⁴ Os valores são os resultados das experiências humanas culturais, são elementos histórico-imanentes ao homem.

Na qualidade de ser cultural o homem é portador de valores que vão se exteriorizando e interiorizando ao longo de sua história e, ainda, gravando-se no seio da sociedade. Osvaldo Ferreira de Melo afirma que “o mundo não é neutro aos olhos do homem que para tudo emite um juízo de valor”.⁴⁵ “Do ponto de vista social, toda a comunidade detém uma série de experiências acumuladas, tradições culturais e alocações de valores capazes de formar a sua consciência jurídica”.⁴⁶

A Política do Direito seria o campo de atuação específico para o jurista analisar o grau de interesse e necessidades presentes em cada juízo de valor, de modo a poder entender-se a ligação existente entre o desejo da coisa e o valor a ela atribuído.

“Para uma comunidade consciente de suas necessidades, norma justa será a norma desejada ou seja a que corresponda a uma necessidade”.⁴⁷ Dessa forma, volvida de valor, a norma positivada é tida por legítima. O valor é mecanismo de legitimação da obrigatoriedade da norma jurídica, é ele quem torna a norma justa e útil materialmente.

Assim, o autor deixa claro que os valores que a Política Jurídica se preocupa em reaproximar do Direito, a fim de atribuir-lhe validade material, ou seja, legitimação, são os valores do justo e do útil. “As preocupações axiológicas do político jurídico fazem-no analisar a validade material da norma sob dois aspectos: do justo e do útil”.⁴⁸

O conceito de Justo, ou Justiça, como valor, para Osvaldo Ferreira de Melo não decorre das concepções metafísicas do jusnaturalismo, mas sim da categoria cultural pela qual a sociedade atribui maior ou menor relevância (necessidade) frente a cada situação de fato e norma jurídica a ser criada/analísada.

⁴⁴ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 106

⁴⁵ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 107

⁴⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 127

⁴⁷ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 107

⁴⁸ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 118

Conforme o autor, existem quatro possibilidades de compreensão de Justiça como valor a serem trabalhadas pelo político do direito, a saber:

Justiça como ideal político de liberdade e igualdade; (...) Justiça como relação entre reivindicações da sociedade e a resposta que lhe dê a norma; (...) Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão; Justiça como legitimidade ética.⁴⁹

Das quatro, Osvaldo Ferreira de Melo defende que o conceito de Justiça como valor de uma sociedade decorre de uma legitimidade ética. Tendo em vista a presença ética no conteúdo da norma posta é que o autor afirma que ela poderia gerar uma situação justa. Para a consciência jurídica a justiça da norma está ligada diretamente a idéia de uma obrigação moral de agir, de modo que, não havendo ética no núcleo da norma essa será tida por ilegítima, distante do sentido de moralidade aceito pela sociedade.

A questão do valor ético da Justiça é de suma relevância eis que dele decorre a legitimidade da coerção imposta por uma norma. Se a Justiça estivesse distanciada da moralidade social, portanto da ética, o ato de coerção seria ilegítimo provocando resultados negativos a comunidade. Em tais hipóteses de ilegitimidade da coerção normativa “a reação provocada no coagido, é a mesma da vítima do assalto, o que provoca um sentimento negativo no tecido social que pode ter as mais desastrosas conseqüências”.⁵⁰

Assim a Política Jurídica faz o resgate do valor Justiça como categoria cultural, decorrente de um núcleo ético, ou seja, moralmente aceito pela sociedade, o qual justifica a norma e lhe atribui validade substantiva, material, além da validade formal.

Vale esclarecer que a ética tratada pelo autor é a ética humanista (que está presente na consciência moral e Jurídica de uma sociedade, como um fenômeno cultural) e não a moral teológica, de caráter fortemente ideológico dominador.

Ademais, além do valor Justiça (justo) há também o valor Utilidade Social (útil).

A consciência jurídica da sociedade, manifestada através das representações jurídicas, do direito informal e da opinião pública, nos revela a concepção do direito menos como norma ou fato e mais como um dado cultural. Através

⁴⁹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 108/109

⁵⁰ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 114

dessas manifestações , é possível detectar não só um julgamento do justo e do injusto, como também do que para sociedade é útil ou inútil.⁵¹

Existem normas que não resultam e nem exprimem o valor justiça, as quais o autor considera como normas técnicas e cita exemplarmente as normas de trânsito, para as quais não se faz necessário o sopesamento da moral da sociedade. Essas normas estão despedidas de aspectos éticos humanistas. Porém elas também precisam de algum valor que as justifique, alguma necessidade social que as exija e as atribua legitimidade. Para essas normas o critério valorativo é o da Utilidade Social (útil).

Assim a sociedade civil, em tempos pós-modernos, detentora de forte poder e influência tem a responsabilidade de julgar a se a norma é justa ou injusta de acordo com a ética, ou seja, com o moralmente aceito pela comunidade. Não havendo critério de justiça a ser feito, por falta de questões morais a serem sopesadas, deve então haver uma análise de utilidade social da norma, se ela é útil ou inútil, o que deverá fazer mediante um critério de racionalidade.

Enquanto as questões forem técnicas, organizacionais e pragmáticas, não envolvendo direitos individuais e sociais, o princípio da utilidade social da norma é critério legítimo, adequado, eficaz e as vezes único. Fora daí, adentrando-se nas conseqüências da norma ou seja em uma fenomenologia mais complexa ligadas a questões de equidade e de partilhamento social, então o critério único a qualificar a validade material da norma será o do justo”.⁵²

Os valores, Justo e Útil, estão inseridos na consciência jurídica do homem, espécie da qual a consciência moral é gênero, ou seja, reflexos de um processo histórico cultural, de acontecimentos que vão amadurecimento a convivência coletiva e criando novas visões de mundo e de relacionamento no ser humano.

O que não se pode negar, diz o Osvaldo Ferreira de Melo, é que o Direito está intimamente ligado a questão de valores, o que representa ruptura de períodos, da modernidade à transmodernidade, devendo o jurista ter em mente essa concepção de Justo e Útil e saber tratá-las racionalmente e, desta forma, atribuir legitimidade a norma.

⁵¹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 119

⁵² MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 121

4.3 PERCEPÇÃO JURÍDICA DAS NORMAS

Por fim, o último elemento de percepção jurídica a ser analisado na obra “Fundamentos da Política Jurídica” está relacionado à norma. Ou seja, em tempos de pós-modernidade, com a quebra de dogmas e epistemologias dos períodos anteriores, há uma reaproximação dos valores histórico-culturais de Justiça (justo) e Utilidade Social (útil) ao Direito, fazendo-o tornar-se mais ético e legítimo. Cabe então saber qual a consequência que essa mudança de paradigma, e da influência do P(p)oder, podem produzir na criação e aplicação da norma jurídica, que agora não pode mais ter apenas uma validade formal, sendo imprescindível também ter uma validade material.

Para Osvaldo Ferreira de Melo

(...) há três possibilidades de tratar da complexa questão da produção da norma, todas de grande interesse para a Política Jurídica: ao abordarmos a função legislativa; ao examinarmos a função judiciária e, fora do quadro institucional, ao considerarmos a questão do pluralismo jurídico.⁵³

As duas primeiras questões, legislativa e judicial, estariam correlacionadas à Dogmática Jurídica, ao tempo que a terceira teria relação com teorias interdisciplinares de caráter sócio-cultural. A relevância delas se dá porque todas elas irão interferir no processo de produção da norma jurídica.

A primeira delas, a possibilidade a legislativa, nascida e fortalecida nos períodos de modernidade, no qual houve a ruptura do Direito com o jusnaturalismo e passou-se a defender um pensamento dogmático com o ideal de direito certo, tinha-se o direito distante da moral. A Dogmática Jurídica estimulava a positivação do Direito e essa, por seu turno, fortalecia o pensamento dogmático.

A construção do direito positivo se fazia então através de uma metodologia própria. As regras seriam deduzidas de alguns princípios pré-fixados. O raciocínio que guiaria esse procedimento estaria subordinado aos princípios da lógica geral e teria, num silogismo paradigmático, como premissa maior, o preceito ou seja a diretiva genérica e, como premissa menor, a decisão ou a norma concreta. Essa abstração que se convencionou chamar de princípio da

⁵³ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 71

subsunção, transformou-se em verdadeiro dogma que viria a orientar o normativismo lógico até nossos dias.⁵⁴

Essa construção abstrata e pura fez com que no período do legalismo jurídico a norma posta se sobrepusesse aos valores de legitimidade e justiça. O Justo e o Legítimo passam a ser valores que a lei transcreve e prescreve, e aquilo que a lei não absorver não é Direito.

Porém, em tempos atuais, de heterogeneidade social, da presença concomitante de múltiplas e distintas classes com poder social, o monismo estatal na produção da norma e, ainda, o seu distanciando aos valores morais da sociedade, provocam o que Osvaldo Ferreira de Melo denomina de crises de legitimidade.

Desse panorama, quanto à percepção jurídica da norma como produto legislativo, Osvaldo Ferreira de Melo afirma que

(...) no momento atual pode-se predizer que o positivismo ao enfrentar esse dilema terá duas alternativas: ora se manterá fiel ao princípio de que a segurança jurídica da sociedade necessita de uma ordem jurídica instituída, válida para todos os cidadãos, devendo então e necessariamente fazê-la legitimar-se continuamente nas fontes sociais do Direito ou decide manter-se rígido, dogmatizado e retórico, mas nessa forma com destabilizações constantes.⁵⁵

Ou seja, no plano legislativo, ou o legislador ao criar a norma vai buscar seus valores sociais, de Justiça e Utilidade e assim atribuir legitimidade a norma posta, portanto, dando-lhe validade formal e material, ou mantém-se baseado no legalismo jurídico, de validade puramente formal, opção na qual, acredita o autor, que o sistema será alvo de novas ideologias, utopias e revoluções anarquistas de oposição ao Poder.

No que se refere à segunda possibilidade de tratar da norma jurídica como reflexo da produção do direito na esfera judiciária, Osvaldo Ferreira de Melo sustenta a possibilidade (e necessidade), nos tempos de transmodernidade, de um ativismo judicial legitimado nos valores sociais.

Essa produção do direito na esfera judicial se dá por mecanismos de interpretação e aplicação da norma no mundo real, frente aos casos concretos. Frente às ebulições sociais dos

⁵⁴ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 72

⁵⁵ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 74

tempos pós-modernos, o monismo estatal na produção do direito unicamente pela fonte legislativa não mais atende aos anseios sociais, seja pela falta de valoração da norma no momento de sua produção legislativa, seja porque a sociedade exige também uma valoração da norma no momento de sua aplicação.

(...) predomina nos tribunais um tal apego a formalística que não se pode esperar, nessa situação, um trabalho construtivo do Direito que acompanhe as mudanças atitudinais e os clamores sociais. O Direito construído a partir das fontes institucionais entra num processo de retro-alimentação, num sistema fechado, que o faz evoluir muito lentamente. Criaram-se regras novas mas estas também estão, reproduzindo a essência das anteriores, não tem a necessária força de pacificação por falta de correspondência aos valores e aos fatos e portanto de aceitação geral.⁵⁶

Os processos de interpretação não devem estar limitados aos comandos legais e abstratos e as concordâncias gramáticas decorrentes dos textos normativos. Exige-se cada vez mais um magistrado atuante, que busque nas fontes materiais do direito, no seio da sociedade cultural os valores absorvidos ao longo do historicismo factual do homem.

O juiz que tiver uma postura criativa, com relação a essa fenomenologia, ajudará a construir o direito justo porque o trabalho de interpretação que aproveitar todas as fontes legítimas de Direito será muito mais conseqüente e capaz de ganhar consenso social.⁵⁷

Em tempos de transmodernidade numa busca da Política Jurídica pela reaproximação dos valores morais da sociedade ao Direito, da reaproximação da norma formalmente validade aos valores de Justiça e Utilidade Social, que lhe atribuirão validade material, portanto, legitimidade, espera-se um juiz mais liberto, mais atuante num papel construtivo do direito frente ao caso concreto.

Cumpre esclarecer que Osvaldo Ferreira de Melo não defende uma quebra da tripartição dos poderes com a invasão do juiz ao campo do legislador. O que ele sustenta é a necessidade de produção de normas jurídicas pelo Legislativo de maneira mais legítima e, na inexistência dessas ou na necessidade de adequação da norma geral e abstrata frente ao caso concreto, a possibilidade de criação particular do direito pelo Judiciário.

⁵⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 76

⁵⁷ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 76

Esse ativismo judicial, essa atuação do magistrado frente o princípio da epiquéia (possibilidade de operação fora da norma) colocaria os processos de interpretação como mediadores entre o comando normativo formalmente posto e a consciência jurídica da sociedade como elemento de validade material da norma frente ao caso real.

Por fim, a terceira das possibilidades de produção da norma como reflexo da aproximação dos valores (fruto de um historicismo factual cultural) ao direito formalmente posto, é a produção normativa fora do monismo estatal, ou seja, a criação da norma por meios pluralistas. Essa criação se dá tanto através de organizações classistas, associativas, que representem uma ideologia e um grupo com poder social, ou, ainda, através de novas anarquias que expressem novos paradigmas de construção normativa fora do espaço estatal.

“O pluralismo político se revela pela crescente participação no controle do Poder pelos grupos sociais. Assim uma sociedade politicamente pluralista seria caracterizada por apresentar vários centros de poder”.⁵⁸

Paralelo a essa produção normativa direta pelos grupos sociais ou, através do exercício de poder sobre o Estado na produção legislativa da norma, existe ainda o pluralismo normativo, decorrente de uma convivência conflituosa, de situações e tensões não resolvidas ou mal resolvidas pelo Estado.

Esses movimentos sociais são fundamentalmente impulsionados por necessidade emergentes, mas também são sujeitos à força persuasiva de órgãos classistas, instituições religiosas e outras que lhe emprestam suas ideologias, suas ambições e mesmo sua história nem sempre comprometida com os princípios da liberdade e da tolerância. De qualquer forma, essas práticas sociais ganham força para instituir, no âmbito de suas relações, direitos não contemplados pela legislação estatal ou mesmo com esta franca oposição.⁵⁹

Não é demais lembrar que afora as normas particulares criadas pelos grupos sociais, Osvaldo Ferreira de Melo vê na produção da norma pelo pluralismo jurídico muito mais um exercício de democracia na fase pré-jurídica da criação da norma (uma pressão social para a posterior criação da norma desejada) do que uma produção normativa propriamente dita, mas

⁵⁸ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 79

⁵⁹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 81

cuja importância não se diminui, pois, é desses grupos que se colhem muitos dos valores morais da sociedade e, assim se consegue construir a idéia de validade material e legitimidade.

Para Osvaldo Ferreira de Melo “a legitimidade, como conceito jurídico-político, pressupõe sempre a existência de uma fonte de autorização tanto para a autoridade como para as instituições e as normas”.⁶⁰ Essa fonte de autorização é a consciência jurídica da sociedade, de modo que a “legitimidade é requisito do valor justiça e é condição especial para a criação de consenso, de confiança, de predisposição à obediência e, portanto, à eficácia da norma”.⁶¹

Essa autorização da sociedade antes era dada através dos costumes, mas com a introdução do legalismo jurídico em tempos de modernidade passou a ser feita diretamente por um processo racional, baseados nas experiências culturais do homem. Legítimo então é tudo aquilo que está de acordo com a moral da sociedade, que reflete a ética, que é justo e útil.

Outro ponto que desperta interesse de Osvaldo Ferreira de Melo ao tratar sobre a questão normativa é em relação à validade a eficácia da norma. Para o autor a validade formal da norma jurídica está diretamente ligada à questão lógico-normativista, de modo que, respeitados os tramites de sua elaboração (competência e observância do processo legislativo), bem como a sua compatibilidade com a norma superior (critério hierárquico), poderá se afirmar que a norma tem validade, ao menos no aspecto formal.

Porém, à Política Jurídica não interessa apenas a validade formal, mas, acima de tudo, na validade material. Ou seja, a percepção normativa que se tem da obra Fundamentos da Política Jurídica é que Osvaldo Ferreira de Melo sustenta que mesmo a norma válida (no aspecto formal) pode ser ineficaz (falta de validade material), eis que em descompasso com os valores morais da sociedade.

A Política Jurídica percebe que a norma não é corpo sem alma sendo esta a capacidade de a norma gerar relações e decisões justas. Assim sendo a validade não pode ser examinada apenas por este estudo formal, lógico-dedutivo. A validade de essência, de matéria, será buscada no exame axiológico e teleológico, tendo-se como norte a legitimidade ética, nos termos mais abrangentes possíveis. A eficácia será também, nesse contexto, estendida não só

⁶⁰ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 83

⁶¹ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 83

em relação a sua adequação ao agir, mas em função da aquiescência social, ou seja da obediência a conduta esperada.⁶²

A partir dessas concepções de legitimidade, validade e eficácia, Osvaldo Ferreira de Melo afirma então que a norma jurídica não é fruto nem de concepções metafísicas inseridas na alma humana, nem mesmo reduzida a simples processo legislativo formal. A norma, para a Política Jurídica, seria a expressão legal (validade formal) de “uma valoração de prescrição já existente no imaginário social” (validade material), o que lhe atribuiria validade, eficácia e legitimidade.

É papel predominante do político do Direito (para o qual se presume um senso especial capaz de detectar, compreender e manipular essa fenomenologia) 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.⁶³

O Direito, através da Política Jurídica precisa ser visto tanto como técnica de controle, que admite a produção da norma não apenas pelo legislador, mas também pelo Juiz frente ao caso concreto, mediante a aplicação dos valores sociais que brotam da comunidade de acordo com a sua consciência moral. Exige-se uma validade formal e, também uma validade material. Deve ainda ser visto como instrumento de transformação, permitindo o progresso da humanidade através da proteção concreta e eficaz aos valores fundamentais da sociedade, com a superação dos velhos discursos retóricos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente estudo de percepção jurídica, elaborado através dos elementos da “Teoria Tridimensional do Direito” de Miguel Reale pretendeu-se verificar as questões de fato, os valores e as conseqüências normativas que a teoria dos “Fundamentos da Política Jurídica” de Osvaldo Ferreira de Melo descreve.

No campo histórico-factual acredita-se ter sido possível demonstrar que a obra toma

⁶² MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 90

⁶³ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. 1994, p. 94

por base os períodos anteriores, do jusnaturalismo e do legalismo jurídico, apontando falhas em ambos (aquele irracional, simplesmente metafísico, esse de validade simplesmente formal, despido de valores), mas ao mesmo tempo deles colhendo bases para a construção de um novo paradigma em tempos de pós-modernidade, qual seja, um Direito formalmente posto, mas atento aos valores sociais, capaz de responder de maneira legítima, ética, útil e eficaz os desejos da sociedade atual.

Do jusnaturalismo colhe-se a questão dos valores, não como revelações metafísicas, mas sim compreendidos, em tempos pós-modernos, como aspectos culturais, criados e absorvidos pelo homem ao longo de sua história, que vão nele e na sociedade se inserindo e mantendo-se a eles ligados, sendo transpassados de geração a geração. A influência do jusnaturalismo serviu ainda como forte incentivo a negação de que toda a norma Estatal seja legítima, eis que a legitimidade se afasta da idéia de legalidade formal, devendo repousar sobre um aspecto axiológico, que lhe traga validade material.

Do período normativista ficam os ensinamentos de que a validade da norma precisa ser formal (por questões de segurança jurídica), mas que sua eficácia material, seu aspecto valorativo também existe. Em que pese o legalismo jurídico não admitir a inserção de valores após a produção da norma, serve ele ao menos para revelar que esses valores existem e não são transcendentais, mais sim fruto de um processo racional e cultural.

Desse aparato fático, o autor sustenta que se vive hoje um período de trasmodernidade, na qual os velhos dogmas e epistemologias não se prestam mais a solucionar os diferentes conflitos que a multiplicidade de facetas sociais vem criando. Vive-se um período de diferenças, de heterogeneidade, de pluralidade, no qual o direito formalmente posto, em que pese válido (e necessário), é ineficaz, ilegítimo, sem ética, distanciado do justo e do útil. Para Osvaldo Ferreira de Melo se está diante de um momento de crise de legitimidade, na qual o direito posto, o que direito que é, não responde mais aos desejos da sociedade, sendo imperioso pensar-se um direito como deva ser e como deva ser feito.

Como resposta a essa problemática o autor então propõe uma teoria de Política do Direito, cujo principal papel, em tempos pós-modernos, alicerçada nas experiências dos jusnaturalismo e do formalismo normativista, seria o de reaproximar o Direito dos valores morais

da sociedade e, assim, atribuir-lhe maior legitimidade, criando uma comunidade mais justa, mais respeitosa com as diferenças alheias, mais democrática e social. Uma sociedade dirigida não pelos interesses da minoria dominante, mas uma sociedade voltada a promover e respeitar os interesses da sua multiplicidade de classes, criando um panorama verdadeiramente democrático.

A Política Jurídica propõe ver-se o Direito como mecanismo de controle do Poder, não apenas do Estado em relação ao cidadão, mas também desse em relação ao Estado e, ainda, o Direito como mecanismo de transformação, responsável não só pela solução dos conflitos sociais pós-modernos, mas também servindo de instrumento para a criação de uma sociedade mais justa e igualitária, com respeito as individualidades, as diferenças.

Dentro desse contexto histórico-factual, dessa mudança de ares do jusnaturalismo para o positivismo e hoje ao pós-positivismo Osvaldo Ferreira de Melo sustenta a necessidade de inserção na norma dos valores de Justiça (justo) e Utilidade Social (útil) como mecanismos de legitimação e respeito aos comandos legais, no escopo de promover-se uma sociedade mais humana e respeitosa, em que a diferenças não sejam motivos de conflito, mas alvo de respeito mútuo.

O valor do Justo estaria ligado à questão ética, ou seja, a aproximação do Direito as questões morais da sociedade, ao tempo que o valor do Útil teria uma relação direta com as normas que, não envolvendo questões morais, revelem uma importância de sua criação e aceitação frente a uma necessidade social.

Essa nova visão da realidade social em período de transmodernidade, essa reaproximação dos valores morais da sociedade ao Direito, isto é, esta polaridade implicação dos valores sobre os fatos, tem como resultado dessa tensão uma nova visão também sobre a norma jurídica e a sua produção.

Quanto à norma essa não pode mais ser aceita como simplesmente de validade formal, eis que feita por quem detém competência e dentro dos processos legislativos adequados. O exemplo dos Estados Totalitários revela a preocupação com essa validade puramente formal. Exige-se hoje que a norma tenha também uma validade material, que lhe trará eficácia (aceitação social), tornando-a legítima e, portanto, apta a solucionar da melhor forma os conflitos sociais.

Essa validade material como reflexo da inserção dos valores na norma desencadeará

uma nova visão sobre a produção do direito. Esse deixa de ser exclusividade do Estado pela pessoa do legislador, passando a poder ser criado também pelo Estado juiz e, ainda, mesmo que numa fase pré-jurídica, pelos órgãos de classes e demais mecanismos plurais da sociedade.

Não quer a Política Jurídica defender o rompimento da tripartição dos poderes, mas sim demonstrar que muitas das vezes o surgimento da norma se dá nas classes sociais e nos valores sociais que essas traduzem. Além disso, é inconcebível em tempos pós-modernos, de elevadas tecnologias, de globalização, de diferenças, de pluralidades que o legislador preveja todas as situações que o homem pode envolver-se. Deste modo cabe ao juiz, frente a cada caso concreto, produzir o direito de acordo com a situação posta em jogo, mediante um processo de inserção de valores sobre as normas postas, que não raras às vezes poderão ser afastadas por não terem uma validade material, mas simplesmente formal, dando lugar a criação de um direito, de aspecto particular, porém ético, legítimo, útil e justo.

Assim, sem o intuito de esgotar a matéria, acredita-se ter sido possível demonstrar que a através da obra “Fundamentos da Política Jurídica”, numa visão sobre fatos – valor – norma, Osvaldo Ferreira de Melo buscou apresentar elementos para uma Política do Direito, que arquitetada sobre padrões éticos de prudência e possibilidades estará a serviço da sociedade para criar um Direito mais realizável e desejável, mais apto a responder aos desafios que a sociedade pós-moderna vem enfrentando.

REFERÊNCIAS

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

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo : Conceito Editorial, 2011.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.