

LIÇÕES DE UM DIREITO CONTRADITÓRIO

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS
CPGP/UFSC

A essência contraditória do direito se prende à necessidade insofismável da figura do intérprete no processo de identificação e desdobramento lógico das regras de convivência social. Não importa se o próprio sistema normativo procura amenizar o problema, na hipótese de conflito, através do recurso à uniformização administrativa ou jurisprudencial, a nível superior. Simples possibilidades teóricas não correspondem à realidade. Juriferante das relações concretas existentes.

O direito, como fenômeno histórico, se elabora circunstancialmente a partir das predisposições emotivas e racionais de vários agentes e fatores em confronto, nas condições materiais disponíveis. Não basta, pois, a vontade da norma, reputada oficial, se a vontade do intérprete se faz prevalecer no

contexto contraditório de outras normas de conduta, igualmente coercitivas. A contradição, aliás, não desfigura o direito: em verdade o revela, ao deixar transparecer-lhe o caráter efêmero e transitório, confirmado por seus contrastes e revigorado por suas transformações.

Vejamos o tema em detalhe, na área do direito penal.

1. CÓDIGO PENAL VIGENTE

Não precisamos atravessar a fronteira e comparar legislações para percebermos as inevitáveis contradições do direito positivo. O próprio Código Penal brasileiro pode e deve ser visto como o agasalho natural de divergências interpretativas, eis que revestido de sedutora mensagem polivalente. Redigido em linguagem natural, que o torna desde logo necessariamente vago e impreciso, esmera-se ainda, em sua clássica divisão em duas partes. Geral e Especial, em fornecer excelente subsídio retórico para o jurista preocupado em transferir responsabilidades, à maneira de Pilatos.

E que, em sua Parte Geral, destinada à explicitação de princípios genéricos da estrutura do crime e da pena, o Código se especializa em dizer "não", direta ou indiretamente, através da sistematização, por exemplo, do concurso de pessoas, da tentativa, das dirimentes, das justificativas ou excludentes de delito etc. Também diz "não" na Parte Especial, em face das peculiaridades de certas infrações, mas nesta última se esmera em dizer "sim", bastante "sim" na longa série de crimes que vai compondo em consonância com o princípio da reserva legal.

Em resumo, ainda que grosseiramente, teríamos de um lado as "tábuas da lei" de caráter permissivo, correspondentes à ausência de crime, e de outro as "tábuas da lei" de natureza proibitiva, atinentes ao "sim" da criminalidade tipificada.

E claro que o dogmata tradicional, que até se entusiasma com o "progresso" da sofisticação legislativa e da elaboração doutrinária, não se assusta facilmente com o problema, pois logo se adianta em esclarecer que as contradições são aparentes, devendo ser resolvidas à custa de paciente trabalho de pesquisa do "espírito da lei". Só que as várias técnicas de que se utiliza, em sua diversidade igualmente contraditória (lei, analogia, equidade, bom senso, política criminal etc) desmentem o esforço de depuração do sistema legislado e deixam entrever, tantas vezes, a interferência abusiva de um outro sistema, o do próprio dogmata.

Os que têm visão crítica se mostram mais realistas: o intérprete, de alguma forma, é sempre partícipe do direito, já que depende de si mesmo, e de mais ninguém, para o modo e maneira de percepção das regras normativas que supõe - ou finge supor - encontrar previamente delimitadas. De seu gesto (um gesto, em verdade, compartilhado) é que nasce o direito, mesmo que em desacordo com o direito por outrem prefigurado.

2. CONTEÚDO IDEOLÓGICO

Daí a importância, agora enfatizada, do conteúdo ideológico da regra jurídica em disputa, na solução do dilema. Quer dizer, não basta a existência de algum texto de lei, em abono da tese defen-

dida, ou de algum argumento de peso, de caráter hermenêutico ou doutrinário, porque se pode invocar diverso texto de lei, ou o "es-pírito" do sistema, ou qualquer outro argumento teórico de valor mais ou menos equivalente. Ocorre ainda que esse conteúdo ideológico é partilhado pelo grupo social, ou segmento desse grupo, que o segrega e reconstrói de modo incipiente e difuso, sem que se lhe negue, no entanto, ao grupo social, visível parcela do poder juriferante.

O grupo social, com efeito, mesmo que não o saiba, legisla concretamente através de vátios atores: réu, vítima, testemunha, pe-rito, autoridade pública ou privada, delegado de polícia, promotor de justiça, advogado, juiz de direito, membro do tribunal do júri e tantos outros. O Código Penal, assim, acaba carecendo de contri-buição valorativa, relativamente discricionária, de cada protago-nista do enredo sócio-jurídico.

Assim, parece insuficiente a constatação de lesão corporal praticada sobre outrem para se afirmar a sua criminalidade, via Parte Especial; ou de sua legalidade, por intermédio da Parte Ge-ral. É pouco, por exemplo, perceber que o citado Código, em seu art. 129, § 2º inciso III, considera crimes (lesão corporal gra-víssima) a laqueadura e a vasectomia, haja vista a natureza do bem jurídico atingido e a correspondente irrelevância do consentimen-to da vítima. E que outros juristas tenderiam, neste passo, a acei-tar a juridicidade do consentimento e, em decor-rência, encontrar abrigo retórico no próprio corpo do sistema, que admite a disponi-bilidade do bem jurí-dico e afirma não haver crime se o agente pra-tica o fato no exercício recjular de direito.

Curiosamente, em ambas as respostas a lei serve de base para o "sim" e o "não" que, no fundo, não lhe podem ser creditados, considerando que subsiste incólume a liberdade de opção de um intérprete ideologicamente engajado na solução acaso preconizada. Um engajamento, é certo, atraído ou explicado pela reciprocidade normativa entre lei e intérprete, de um lado, ou intérprete e grupo social, de outro. A impunidade da aludida prática, por sinal, juntamente com tantas outras, constitui a prova definitiva de que a sociedade legisla em termos de conteúdo e impõe sua vontade, através de seus agentes, na reinterpretção de um sistema que a imagina como meio e, não, como fim. A sociedade é a fonte última e a razão de ser de todo e qualquer sistema jurídico-normativo.

De qualquer forma, o recurso às tradicionais técnicas dogmáticas de interpretação e aplicação do direito se revelam cada vez mais inconsistentes, em matéria de segurança jurídica. As outras fontes do direito, a par da lei escrita, ou seja, a ideologia social e o intérprete com poder decisório, não têm a mesma fixidez e a relativa transparência da primeira. Inexiste, em regra, harmonia ideológica na sociedade, assim como parece impensável a robotização da personalidade de cada interlocutor jurídico.

3. COMPORTAMENTO DA SOCIEDADE

já dizíamos alhures e hoje reafirmamos com dose redobrada de convicção: *"Quem quiser saber o que é direito, consulte o que o homem faz. Olhe em seu redor. Se por acaso encontra leis que definem, ou pensam definir, o que é obrigatório, facultado ou proibido,*

convém continuar observando. Isto é, convém verificar se seus destinatários e, especialmente, os órgãos encarregados de dar-lhes execução, agem em tal sentido" (O Poder Judiciário e a Lei. A Decisão contra a Lei na Jurisprudência Penal Catarinense. Dissertação submetida ao CPGD/UFSC. Florianópolis, 1979, p.180).

O fato é que uma rigorosa metodologia já deixou patente a in-diferença, a passividade e, mesmo, a aprovação tácita ou militante de importantes camadas da população, de maior poder persuasivo e decisório, com respeito a uma série de condutas teoricamente enqua-dráveis na Parte Especial do Código, que tipifica os delitos. É o que se passa, por exemplo, com o aborto consentido (à parte o pro-blema ético ou religioso, inconfundível com sua faceta jurídico-penal); com a prática de esportes e outras atividades intrinseca-mente perigosos e nocivos à saúde e integridade corporal; com a exploração de motéis e outros locais de "alta rotatividade" desti- nados a encon- tros de natureza libidinosa; com a publicação, venda e exposição de escritos e cenas de caráter claramente pornográfico; com o favorecimento à prostituição, em sua forma simples, na hipó-tese de "vítima" eleitora, maior e vacinada; com a mediação para servir a lascí- via de outrem, nas condições referidas; com a orto- tanásia ou eutanásia por omissão; com certos tipos de aparente se- dução e corrupção de menores, ou de aban- dono moral e intelectual; com o trote acadêmico e a "pendura" em restaurante, por parte de acadêmicos de direito, em sua data festiva (11 de agosto); com cer- tas espécies de curandeirismo e assim por diante. Registro espe- cial merece o art. 220 do Código Penal em vigor, que considera de- lito o "rapto" consensual de vitima beirando os 21 anos de idade...

Vale, também, o reverso da medalha. Nem sempre a ideologia da

lei (princípio da reserva legal) suplanta os preconceitos e idios-sincrasias do intérprete, que procede, então, acobertado pela segurança do cargo e a certeza de receptividade às decisões **contra legem**, em prejuízo dos acusados. A mesma parafernália teórico-argumentativa se volta agora contra réus liminarmente indefesos, apesar da lei, cuja inoperância se denota proporcional à impotência do grupo e à petulância de alguns intérpretes.

Tudo se resume em vontade e liberdade de ação. O valor da lei reside em sua capacidade de eliminar no intérprete a liberdade para impor, ele próprio, uma vontade adversa. Mas isso ocorre apenas nos casos fáceis, de corriqueira identidade ideológica. Maior liberdade de ação diante da lei lembra divergência valorativa no seio da sociedade ou, pelo menos, imobilidade funcional desta última em termos de controle e fiscalização.

4. PARTICIPAÇÃO DO INTÉRPRETE

É bom que se insista. Nenhuma teoria, de seu turno, subsiste por si só. A teoria jurídica precisa seduzir o intérprete a ponto de eliminar o poder de convencimento de qualquer outra, que lhe dispute, como rival, a indicação do caminho a seguir. E não necessita ser exclusivista, açambarcante, absoluta, se bem que neste caso o desfecho se deduza com facilidade, conforme já exposto, em virtude do processo de identificação de premissas convergentes. Para o latrocida, em consequência, não há outra resposta senão a da condenação criminal, porque a premissa da lei, neste caso, é a premissa da sociedade e é, também, a premissa do intérprete.

Outras vezes, todavia, o problema se torna insolúvel. São in-finitas as hipóteses de variações interpretativas de peso e valor relativamente razoáveis, em função da incompletude normativa do sistema. O sistema jurídico não se limita à lei e, por isso mesmo, está sempre a demandar o esforço participativo da própria sociedade, que se antecipa, por suas idéias e atitudes, ao gesto decisório de quem age em seu nome, ou em nome do Estado.

De qualquer modo, o que importa realçar é que as leis, com toda a sua vagueza e ambigüidade, guardam contudo uma "zona de clareza" que não tem impedido seu descumprimento, com ou sem ficções argumentativas. Mas até mesmo quando cumpridas à risca as leis não escapam à condição de simples projeto de direito, à espera de ratificação. Essa ratificação se dá como ato de vontade e liberdade e, não, como decorrência natural de sua projeção lógica. É que em outras oportunidades, na alternância de dispositivos, o intérprete pode preferir a utilização de técnica diferente, à revelia da lei, não passando os argumentos e teorias invocados de véu encobridor de inconfessada autonomia jurídica.

Vejamos outros exemplos.

Os penalistas não se entendem sobre a natureza da ação cabível na hipótese de estupro cometido com violência real. Para o art. 225 do Estatuto Repressivo vigente a ação penal é privada, mas a presença concomitante do art. 101, referente aos crimes complexos, vem permitindo a certos juizes e doutrinadores optar pela tese da ação penal pública. Trabalham, portanto, com muita liberdade em torno da aplicação do princípio que determina a prevalência da regra especial sobre a regra geral.

Não negamos, aqui, a confusão causada pelo próprio legislador. Entretanto, não podemos deixar de realçar mais uma vez a insuficiência das técnicas hermenêuticas diante da fonte maior do direito que é a vontade relativamente livre de quem se encontra no exercício do poder decisório.

E o que sucede também, nos livros de doutrina e no dia-a-dia forense, com as discussões acerca da existência de crime único ou, ao contrário, de concurso de delitos: material, formal, crime continuado.

No furto de residência, fica absorvido o crime de violação de domicílio? Há estelionato, falsidade documental ou ambos os delitos na hipótese de vantagem ilícita obtida mediante o citado artifício fraudulento? Quantos roubos comete o assaltante que, de arma em punho, subtrai dinheiro de cada passageiro de um ônibus?

As teorias do cardápio (especialidade; subsidiariedade; delito-meio em face do delito-fim; consunção; fato posterior impunível; conceito de ato e de ação, dentre outras) não resolvem absolutamente o enigma, tendo em vista que variam, nas circunstâncias, o apetite e a predisposição visual dos especialistas. Os métodos utilizados, terrivelmente frágeis em suas próprias contradições, acabam cedendo terreno à manipulação ocasional do intérprete, agente concreto de um direito que, não raro, simula previamente positivado pelo legislador. Recorde-se que nas vezes em que decide **contra le-gem** nem sempre ele age abertamente, preferindo esconder-se nas sutilezas de uma retórica pessoal e comprometedora.

Em síntese: a solução termina por depender do intérprete e, não, da qualidade dos argumentos expendidos. E como estes mudam

a cada mudança de artigo ou parágrafo, em função de novo conteúdo ideológico, cai por terra toda e qualquer objetividade aparentemente proclamada. Direito é fenômeno ocasional, circunstancial, aglutinado que se encontra à heterogeneidade normativa e contraditória de várias fontes em disputa.

5. LIÇÕES DA CONTRADIÇÃO

Quais as lições de tudo isso, a nível de ensino do direito?

Ora, todo professor ou jurisconsulto necessita em seu ministério de uma teoria explicativa da realidade jurídica; melhor dizendo, de uma teoria **delimitadora** de uma realidade jurídica inalcançável em sua intrínseca objetividade.

A melhor teoria ainda é aquela que se realimenta das observações e retificações aportadas pelo objeto tal como ele se apresenta aos sucessivos processos de apreensão e reconhecimento, no plano intelectual.

A contradição é a mola propulsora do direito. Sem contradição o direito pára, estaciona. Conservação ou mudança, todavia, são questões que transcendem ao vocabulário do jurista. Ingressam no delicado terreno do "dever ser", onde as respostas se condicionam a programas ideológicos necessariamente destituídos de embasamento científico. Problemas políticos e filosóficos se resolvem na ação e omissão comprometidas com prévio engajamento emocional. As premissas do "dever ser" escapam ainda, em seu sentido absoluto, da humana capacidade de resolução de conflitos.

Percebida a essência contraditória do direito, segue-se outra importante lição, de ordem metodológica. Há que se ensinar, de preferência, o raciocínio dos juristas, suas técnicas argumentativas e, sobretudo, os fatores ideológicos de suas atitudes e motivações. A insistência em eliminar as antinomias compromete, em sua origem, a objetividade do processo de busca e apreensão do direito. Este é sempre dinâmico e aberto à participação valorativa de vários inter-locutores, que invalidam, com seu gesto, as mistificações dogmáticas de cunho subjetivista.

Ensinar o direito é curvar-se à realidade normativa dos pró-prios fatos, gerados concretamente nas interações coercitivas inerentes ao intercâmbio de condutas.

Em outras palavras, e para ficar-se com a velha sabedoria, contra os fatos inexiste argumento. Mais cedo ou mais tarde se desdobra, por exemplo, a inoperância da clássica "separação de poderes" se Executivo, Legislativo e Judiciário caminham de mãos dadas na preservação de terríveis injustiças sociais, algumas delas, inclusive, oficialmente institucionalizadas, como se deu com a escravidão.

A reação popular, através de suas lideranças, pode contribuir para o arrefecimento de privilégios e desigualdades ou corrigir os excessos dogmáticos via reinvenção de outro direito, em termos de conteúdo. Esse arrefecimento e essa reinvenção passam também, a título de aliança, pelo eventual desequilíbrio das forças que dividem entre si o comando oficial da normatização jurídica.

O grupo social, se não dita formalmente o direito, pelo menos o reformula no entrelaço de suas próprias necessidades, carên-

cias e frustrações. Direito, afinal, não é sinônimo de justiça, em-bora seja lícito esperar que ambos se aproximem reciprocamente na adesão participativa dos destinatários.

Fica implícita nesta pedagogia a revalorização das fontes tra-dicionais do direito - lei, costumes, jurisprudência - desde que niveladas dialeticamente e, não, fragmentadas e distorcidas na es-trutura arquitetônica de pretensas hierarquias, meramente conven-cionais.

Diferentemente do magistrado romano, que pede os fatos para fornecer, em seguida, o direito, o teórico de visão crítica e rea-lista pede os fatos do legis-lador, do juiz e da sociedade para de-les extrair, em suas potencialidades e convergências dialéticas, os fatos normativos concretos, ainda que contraditóri-os.

E quanto às perspectivas para o futuro, se os fatos precedem à teoria?

O direito, como fenômeno, se antecipa a quem o ensina. Pode, porém, transformar-se, em sentido ético e funcional, na medida em que seu aprendizado alargar o campo de liberdade de sua própria natureza evolutiva, germinada pelos homens em suas relações de con-vivência social.