

FONTES DO DIREITO PENAL

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS
Prof/DPC

Quais as fontes do direito penal? Resposta fácil, para o penalista moderno: a lei; em primeiro lugar; depois a jurisprudência, de modo indireto e supletivo, assim como a doutrina, costumes e princípios gerais do direito.

Nada mais enganoso, no entanto, em termos de realidade normativa, que há de sobrepor-se metodologicamente às projeções ideológicas deturpadoras dessa mesma realidade. Ao penalista não interessa o que "poderia" ou "deveria" ser jurídico. Interessa ao penalista, isto sim, o direito penal vivo, flagrado em sua realidade dinâmica, movediça e contraditória, destoante, por certo, das racionalizações de gabinete.

Ora, a essência do direito é a contradição. O direito é essencialmente contraditório. Como fato histórico-social, objetivamente normativo, impõe-se por si mesmo ao observador preocupado com a verdade e, não, com as simulações e simulacros da verdade.

1. DIREITO E VERDADE

Discurso verdadeiro (no caso, o discurso do professor) é o discurso que corresponde aos fatos, na medida do possível. Fatos, evidentemente, que precisam ser conhecidos e explicados na razão direta de sua complexidade. Não basta apontar a lei como fonte do direito e depois, no contraste das interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, aderir a uma delas, em detrimento de outra, na tentativa de salvação do sistema. As técnicas interpretativas, nos seus desencontros, constituem o sintoma visível da incapacidade humana de auto-superação. Seres imperfeitos, contraditórios ao ex-tremo, não podem os homens, na construção do direito, esconder-se nos artifícios e ficções da palavra; da lei, da sentença, do grupo social. As palavras, não raro, encobrem o substrato da ação, concretora do direito; ação, aliás, do mais forte, porque no exercício do poder.

2. DIVISÃO DO PODER

Claro, inexistente poder absoluto, todo poder é dividido. Também os mais fortes necessitam da colaboração e cumplicidade dos que participam da trama social. Trata-se, pois, de ação compartilhada; muito mais de um processo com vários agentes do que de ação unilateral, imputável a quem quer que seja, isoladamente.

Embolado nesse processo, o direito com ele se desdobra, em etapas sucessivas, culminando com a retração da face e vontade dos que o impulsionam com firmeza, em desacordo com a face e vontade dos que, em outro processo, igualmente real e verdadeiro, conseguem efetivamente sobressair.

O processo total, curiosamente, revela ou pode revelar a

presença dos mesmos protagonistas. Circunstâncias de momento, na balança do direito, pesam ora para um lado, ora para outro. É que a vontade se altera, se modifica, no perigoso jogo das motivações pessoais, das influências recíprocas, das concessões e troca de favores. A liberdade de hoje não se repete na incerteza do amanhã. E a mesma fonte do direito (a lei, a autoridade pública, a ideologia social) percorre paradoxalmente caminhos opostos, sob a batuta de mestros que lhe atestam inigualável ubiqüidade em sua pujança normativa.

3. CONVERGÊNCIA NORMATIVA

Não se contesta aqui a eventual possibilidade de convergência das fontes formais do direito, sobretudo do direito penal. Nada impede que lei, ideologia e intérprete, interligados dialeticamente, determinem sem divergências a injuridicidade de um latrocínio, de um estupro de criança, de um incêndio de hospital, de um envenenamento de água potável, destinada a consumo. Por sinal, inexistente aí nem liberdade de ação nem outra vontade, com relação a essas fontes, que não desemboque em harmonia jurídico-decisória. O direito penal, como fato histórico objetivamente normativo, reprova aquelas condutas, reputando-as criminosas, exatamente porque traduz agora uma ideologia valorativa compartilhada, em termos de conteúdo. É este, acima de tudo, o dado primário do direito, já que torna secundárias as teorias e técnicas utilizadas, no momento da decisão.

4. SÍNTESE DO DIREITO

Ação, vontade e liberdade sintetizam o próprio direito, que

busca e encontra suas fontes - e com elas, em parte, se confunde na imprevisível e variável interação dinâmica entre mensagem da lei, ideologia social e personalidade do intérprete. Em outras palavras: vontade e liberdade de agir, concretizadas afinal na ação ou fato objetivamente normativo, produzem o único direito historicamente possível, porque o único vivenciado, como realidade, pelos homens. Uma realidade, insista-se, quase sempre era conflito coroa outras realidades construídas à base de ingredientes diversos, em face do conteúdo, sem embargo da persistência, em regra, das mesmas fontes formais (lei, ideologia, intérprete).

Os penalistas, é certo, continuara a elaborar suas doutrinas no sentido de minimizar a responsabilidade ética do homem público ou do homem comum, na direção de seu comportamento social, modelador do direito. Quando apontam para a lei, como fonte primordial, reconhecem a necessidade do processo hermenêutico. Mas não passam daí, des-se emaranhado de teorias entre si conflituosas e de peso equivalen-te, incapazes de refletir com objetividade o direito que se afirma sob pesquisa.

Tudo em vão. Parecem-nos inúteis, por exemplo, os princípios da consunção e da especialidade, no conflito aparente de normas; es-téril a distinção entre crime formal e material, no que tange à tentativa ou consumação; enganosa a reformulação estrutural dos elementos do crime; inepta qualquer técnica jurídica destinada a esclarecer, de modo convincente, os limites entre um e outro crime, sobretudo sob a forma de concurso. E por que? Porque o direito, na prática, depende visceralmente do comportamento possível dos homens em sociedade. Depende o direito da opção valorativa que se fizer, nas circunstâncias, o que implica, por definição, abandono de outro caminho, de outra hipótese. Teorias jurídicos-penais, se en-

gordam o cardápio, acabam facilitando as decisões, pela presença de variáveis explicativas em recíproca oposição.

5. FONTES CONTRADITÓRIAS

Daí que a lei, em verdade, jamais será fonte do direito, em termos objetivos. A par de sua vagueza e ambigüidade, ela concorre com a paralela produção teórico-doutrinária dos juristas, que se encarregam, assim, de convalidar por outras vias a faceta contraditória do direito.

Também o grupo social participa do contexto, em tema de conteúdo, pois legisla no "varejo", enquanto o poder público se restringe a legislar no "atacado". Aceitando e professando a ideologia dominante, a ideologia dos grupos encastelados no poder de persuasão; ou germinando, por sua conta e risco, outras idéias e valores, também os governados conseguem ratificar ou retificar o direito, inclusive o direito penal. E o fazem por ação e omissão, amalgamando sua cota de poder na decisão mais ou menos formal dos que se incumbem, em princípio, de agir em nome da comunidade: autoridades administrativas, delegados de polícia, promotores de justiça, juízes de direito, legisladores.

Como produto, ou resultado, mais uma vez se registre: direi-to penal, sim, mas essencialmente contraditório, impossível se ser detectado ou compreendido através do comando da lei, como um todo, ou das ilusórias estruturas ontológicas do crime e da pena.

Não importa se o Estado seleciona, aqui e ali, as causas e pessoas que levará a julgamento. Não importa que o homem comum seja o primeiro a sentir os efeitos da legislação punitiva. O que inte -

ressa, neste passo, é realçar mais uma vez o caráter lotérico do di-reito penal, ainda que se deva falar, para melhor precisão, em loteria mais ou menos manipulada, em face dos interesses em jogo. Von-tade e liberdade de ação dos que dividem entre si o poder continuam a ditar o direito penal de cada dia, em dissonância com as pretensões ingênuas ou hipócritas de juristas afastados do fenômeno histórico-social.

6. IMPLICAÇÕES ÉTICAS

O poder compartilhado na elaboração do direito, assinalado ao produto dialético da ação e omissão de vários atores, que proce-dem com vontade e liberdade, implica um engajamento ético em termos de responsabilidade social. As fontes formais do direito valem, ape-nas, como projeto, o que significa dizer que inexistente neutralidade axiológica no momento em que se forja o direito concreto, no exercício e manejo do poder. Teorias eventualmente invocadas, a tí-tulo de apoio retórico, não podem jamais servir de escusa a quem afinal se conscientiza de sua cota pessoal de participação na dinâmica de um direito encarado como fato objetivamente normativo.