

O MÉTODO NO DIREITO

João José Caldeira Bastos
Professor do CPGD/UFSC

Há quem acredite ainda na reconstrução dogmática do direito por métodos puramente formais, apartados do problema histórico e sociológico, *de conteúdo*, que atrai e reivindica para si, nada obstante, a preeminência das atenções. Na prática se acaba desmentindo cabalmente o arcabouço teórico formulado nas primeiras páginas do compêndio, ou esmiuçado em tantas outras. A contradição, afinal, também faz parte do mundo do jurista, que dele não se liberta nem mesmo quando acena para o campo “neutro” da rigorosa metodologia.

Convém enfrentar alguns equívocos. Vejamos, pois, o que nos parece mais adequado.

1. DETERMINAÇÃO DO MÉTODO

O método é determinado, em princípio, pelo objeto. Pouco importa se, de permeio, ou subrepticamente, se instaura e se subentende uma teoria. Mera criação do espírito, com fins limitados e específicos, não pode esta, muito simplesmente, substituir o que procura.

O tema se complica, no entanto, quando se percebe que o objeto, no final das contas, termina aprisionado à teoria. Uma teoria, é bem verdade, então redimensionada, diante dos efeitos reversivos do processo de busca e adaptação. Mas ainda

teoria, e boa teoria, justamente por manifestar sua rendição à evidência, provisória, do fenômeno perquirido, embora inatingível no seu todo.

Análise ou síntese, para começar? A pergunta está deslocada, em termos de prioridade: o que examinar, eis a questão. Pois bem, o objeto a ser analisado, ou sintetizado, parece comandar todo o processo, e de fato o comanda, desde que se admita a intromissão prévia, no plano lingüística, de um aparato conceptual mínimo como ponto de partida desse processo que, de seu turno, por ser o que é, já andou fincando raízes na realidade sócio-cultural em desenvolvimento.

Não foge o direito desse esquema, sobretudo o direito penal, eventualmente escolhido como modelo. Contudo, na medida em que se delimita o campo de investigação, cresce tão-somente a nitidez do detalhe, porque se faz acompanhar de inevitável descontato com setores mais amplos da realidade e, no entanto, interferentes.

É nesse sentido que também na área jurídica as tentativas de definição se mostram excessivas, ou, então, incompletas. Não basta uma boa intenção. Os meios de comunicação humana ainda não alcançaram o estágio milagroso da auto-revelação multidimensional, a ponto de abranger, de um só golpe, o observador, o objeto observado e o mecanismo ou sistema de observação. Sabe-se dos intercâmbios, intui-se a implicação recíproca, sente-se a deformação intermitente, e nada se pode fazer, em termos epistemológicos, além da tomada de consciência do fenômeno, que se denota, esta sim, autojustificadora.

Especificamente, no caso do direito penal, que se pesquise como objeto, tem-se de contar com todas essas deficiências, inerentes à condição humana, e ainda com o esforço crítico de superação das condicionantes ideológicas de sua configuração teórica. Inserido no contexto social, serve-se o penalista das contribuições já existentes e que lhe foram inculcadas pelo processo de aprendizagem. Já encontra, em outras palavras, um objeto parcialmente prefigurado, em sentido amplo: seja como realidade histórica, isto é, como norma de conduta imposta pelos poderes públicos; seja como produto da sistematização conceitual subjetiva praticada nas universidades ou inscrita nas obras de doutrina.

2. A LEI COMO PREMISSA

Começa aí, exatamente aí, nesse entroncamento de realidades confusas, alternativas, díspares e contraditórias, o grande dilema do teórico do direito penal. Qual a diferença entre o direito penal como norma (objeto) e o direito penal como ciência (teoria)? Como resolver o impasse das inúmeras disputas registradas nesse domínio?

Não existe propriamente uma solução, inclusive porque esta, em última instância, acaba dependendo de uma decisão unilateral de quem enuncia o problema. Também o penalista se sente subjugado, em parte, por suas preferências e idiosincrasias. ‘Mas somente em parte, é bom insistir, e isto se souber colocar-se na posição estratégica de quem se esquia de assimilar acriticamente as mensagens conflitantes de seu próprio ambiente profissional e cultural.

No século XX, por exemplo, por força de uma longa evolução histórica, o direito, como norma, está centrado na lei. Nos regimes democráticos, trata-se da lei votada pelo parlamento, escolhido periodicamente através de eleições livres, assegurados o pluripartidarismo, o respeito às minorias e o largo debate das idéias.

Eis aí o bom começo, a premissa provisória de quem cedo se penetra de uma dialética bem mais ampla e cheia de nuances, de ordem social e psicológica.

É a doutrina do *positivismo jurídico* que identifica o direito com a lei, em oposição à doutrina do *direito natural*, inspirada na revelação divina ou nos ditames da reta razão.

Essa revelação divina e essa reta razão, paradoxalmente, não se restringem a abalar os alicerces da tradição jurídica. Conforme o caso, concorrem até para reforçá-los, na medida em que indicam os novos textos ou subvertem a sua interpretação, sempre facilitada pela vagueza e ambigüidade das palavras da lei. A mudança normativa teria, pois, de aguardar novas revelações divinas ou retificações da reta razão.

O teórico do direito labuta nesse meio, interferindo enormemente no processo em função do prestígio social de suas idéias, difundidas e acatadas, no interregno, pelos inúmeros órgãos de poder decisório.

3. ENFOQUE INTERDISCIPLINAR

O interessante, porém, é que certos penalistas parecem desconhecer que o ponto crucial, o nó da questão, não reside no vazio de suas excelentes construções dogmáticas, de cunho formal, dissociadas do conteúdo valorativo imposto pela sociedade como um todo ou, como é comum, pela voz de comando da ideologia oficial. Por sinal, todo o problema metodológico termina por desembocar de algum modo nesse enfoque de caráter realista e multidisciplinar, somente contestado pela visão acanhada de quem ainda hoje, sem embargo de suas contribuições e potencialidades, simplesmente se recusa a prosseguir.

E por que essa recusa?

Dentre outros motivos, pela herança dos bancos acadêmicos. A tradição bacharelesca ainda permite, no Brasil, que os penalistas se dividam basicamente entre os que partem da lei penal, na construção de seus sistemas, e os que buscam estruturas ontológicas na conformação do crime e da pena, vinculadoras, inclusive, das propostas do legislador.

Deixam-se de lado, assim, importantes conquistas das chamadas ciências humanas e sociais, que têm sempre alguma coisa a transferir ao conhecimento como um todo, em que se inclui, obviamente, o conhecimento do direito penal. Noções acumuladas de história e sociologia jurídicas, de epistemologia, de psicologia, de lingüística, e tantas outras, parecem destinadas ao ilusório confinamento de suas formulações especializadas, quando exatamente o contrário deveria ocorrer, diante da manifesta clarificação de campos teórico-penais até então preenchidos pela fraude, pelo mito, pelo comodismo intelectual ou pela pura e santa ignorância.

4. O SEGREDO DO MÉTODO

O direito penal, em verdade, encarado como objeto, já não mais pode circunscrever-se ao legipenalismo crônico de uma facção de pensadores eméritos, mas defasados, e muito menos se acomoda às brincadeiras ontológicas a que se habituaram, de modo particular, estratosféricos penalistas ítalo-germânicos certo, foi enorme a contribuição jurídico-doutrinária destes últimos, a nível de comu-

nicação terminológica, utilizada por empréstimo no Brasil. Quase nada, porém, passou desse nível. E no momento em que se transmudam, igualmente, suas falsas premissas filosóficas, com todas as conseqüências de notório embrutecimento do intelecto, em prejuízo da percepção ético-social da realidade jurídica do país, na área criminal, nada mais se faz do que espalhar o lixo atômico no incipiente e fértil campo de atuação dos jovens penalistas nacionais.

Recorde-se que se aborda, aqui, de preferência, a questão metodológica. Ora, a inevitável interação *teoria-objeto*, no vaivém constante e ininterrupto sob controle e disciplina racionais de um processo que, de certa forma, toma conhecimento de si mesmo, propiciou a consciência do alargamento do direito penal e de suas fontes, historicamente condicionadas. É inútil cercar o objeto de um modo mágico e ditatorial, através da formulação de teorias cujo maior demérito reside exatamente em sua pretensão de ontológica cientificidade. A ciência é um caminho e, não, o ponto de chegada. Caminho que não se confunde com quem o percorre. O direito penal, como ponto de chegada, não pode prescindir dos vários caminhos que, alterados pelos homens e pelo tempo, alteram igualmente sua própria conformação estrutural.

O segredo do método se oculta naquela estratégica e racional equidistância do viandante que sabe dos vários percursos e, ao invés de exorcizá-los, simplesmente os registra como fato consumado, ou a consumir-se. Se quer antecipar-se ao objeto, como teórico do direito, pode propor em cada caso o melhor caminho, sem que lhe caiba fingir da inexistência dos demais, sob o pálio de uma argumentação retórica incapacitada de antepor-se ao que acontece efetivamente no mundo sublunar.

E o que acontece no mundo sublunar ultrapassa o mais iluminado dos juristas. Há que inverter-se a antologia: o direito se forma aqui, na face do planeta, pela ação conjugada de todo ser humano, em maior ou menor escala, segundo suas forças, expectativas e interesses. Instrumento de controle e dominação, e todavia contraditório, o direito está impregnado de misticismo, de religião, de partidarismo político, de pregação cívica, de herança cultural, de acomodação ideológica, de historicidade psicossocial e econômica.

5. DIREITOS EM CONFLITO

A lei, destarte, em pleno século XX, como fruto de um estágio bem mais complexo do que possa sugerir (pois visa à simplificação), há de continuar a merecer a preferência do jurista preocupado em preservar a autenticidade do objeto de suas pesquisas. É que ela está inserida, com nitidez no plano mais sólido e abrangente de outra ideologia preferencial que a envolve e a domina, porque envolve e domina, igualmente, todo o grupo social organizado. O conteúdo da lei, nada obstante, teria de corresponder ao condicionamento ético desse grupo, de que participa o intérprete, dotado de poder decisório. Avassaladora, então, em termos de *juridicidade*, a conclusão lógica ditada pela assimilação dialética de premissas diversas e convergentes: uma lei concreta, na sua forma; e um conteúdo que atende as aspirações concretas de uma comunidade, ratificadas a nível de poder compartilhado. O direito não precisa de leis, para subsistir, mas se uma lei foi formulada e foi cumprida, por um certo tempo, não há antologia que suplante, com seu apelo a estruturas lógico-objetivas, a objetividade lógica do fato jurídico historicamente estruturado, em sua forma e conteúdo.

Assim, se os cristãos foram perseguidos, nos primeiros séculos. e passaram a perseguidores, em outros tempos, não cabe ao intérprete refugiar-se no universo encantado de suas idéias de direito e de justiça para reduzir ou aniquilar o impacto subjacente da conquista do poder político na formulação da ordem jurídica. Ese esta se fraciona com a independência, em termos, dos poderes constitucionais, inclusive do poder judiciário, permanece o especialista no dever metodológico de admitir a evidência do esfacelamento de qualquer via única de acesso ao direito. Só a convergência das várias fontes, detectadas, agora, com mais clareza, é que lhe permite no caso concreto (ou hipotético) discorrer sobre a *juridicidade* incontestável da norma sob exame, de caráter formal, encarada isoladamente, a princípio. É que, em verdade, o direito como um todo se denota colidente e conflituoso em si mesmo, eis que amparado em forças sociais diversas. em constante desequilíbrio harmônico. Só o estudo dessas forças poderá propiciar, um dia, o rejuvenescimento teórico da dogmática jurídica, ainda hoje predisposta, na área criminal, “a nutrir-se de si mesma e a construir

no vazio”, na expressão de Nelson Hungria (Os Pandetistas do Direito Penal, in *Comentários ao Código Penal*, I, Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 579).

6. LÓGICA DOS FATOS

O objeto, em princípio, determina o método. Há quem afirme o contrário, antepondo a sua lógica à lógica dos fatos. Que importa? Esta última, do âmago de sua plasticidade, termina por impor-se à primeira, pois sabe fazer compromissos, rejeitá-la ou, mesmo, levar-lhe adiante as idéias, num processo de envolvimento que permite se descortine o universo multifacetado e contraditório de um direito ainda selvagem, indomável, imbatível.