

“O QUE É O DIREITO?”

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS
PROFESSOR DO CPGD/UFSC

1. O que é o direito?

Só um louco se sentiria, quem sabe, em condições de fornecer uma resposta cabal e definitiva. Porque os juristas e filósofos do direito — por presunção, os que entendem do assunto continuam impossibilitados de encontrar uma saída.

Há muitas controvérsias e, curiosamente, é fácil explicar-lhes as razões, embora se deva esclarecer que, ao apresentá-las, fica-se também impregnado de uma certa idéia prévia do direito sob exame, ou definido por terceiros.

Ditas razões são, acima de tudo, de ordem histórico-social e de ordem psicológico-individual. Em princípio, ninguém se liberta do meio, das idéias recebidas, assim como de seu potencial genético-hereditário e de sua capacidade de assimilação e de invenção. Ao se definir o direito é possível que se esteja projetando, não raro sem espírito crítico, uma simples crença ou lição disseminadas no grupo; ou, então, um modo original de percepção, carregado de subjetividade e dependente do ponto de vista ocasionalmente encontrado ou escolhido. Não há como fugir desse quadro, o que não elimina o reconhecimento de interferências recíprocas, superposição e combinações.

Essa conscientização do fenômeno, sem resolver o problema, evita ao menos a aceitação passiva de tudo o que é transmitido socialmente, a título de “verdade”, além de alertar para os riscos do enclau-suramento doutrinário de ordem meramente racional e subjetiva.

2. Para captar o direito — e, mesmo, para transformá-lo rigorosa metodologia se impõe, equidistante de escolas comprometidas com sua própria parcialidade epistemológica. Direito não é a razão humana ou divina, nem a lei, nem a jurisprudência, nem os costumes. Numa visão esquemática, ora incompleta, ora excessiva, pode ser encarado como o *fato objetivamente normativo*.

Quais as vantagens de tal conceituação?

Em primeiro, lugar, ela retira do jurista-filósofo a inútil pretensão de antepor-se ao próprio objeto descrito, em sua esquizofrênica posição de veto à realidade circundante. Conquanto se reconheça que essa atitude, paradoxalmente, tenha provocado alterações concretas no direito, pela receptividade social da ideologia proposta, não pode, nada obstante, ocupar-lhe o espaço, ciclopicamente mais amplo e heterogêneo.

De fato, uma das tentações do jurista, renovada em nossos dias, tem sido a de encontrar na própria mente o que deve ser procurado fora, no meio exterior — um meio que não existe como abstração, mas como um conjunto de indivíduos em concreto processo de intercâmbio de idéias, atitudes e comportamentos. É certo que a realidade social não se apresenta ao conhecimento sem as sombras da percepção teórico-sensitiva. Quem pensa é o homem, não a sociedade e, muito menos, uma pedra. Porque pensa, faz-se objeto de si mesmo, por via introspectiva. Mas não está autorizado a confundir suas crenças, opiniões, sentimentos e desejos com o outro lado da medalha, de caráter predominantemente histórico-social.

O direito se insere, ao mesmo tempo, nessas malhas do fato social e individual, sem jamais tomar partido por um ou por outro, de modo definitivo. Direito é direito mesmo e, não, ideia de direito, por mais justa que se apresente. Pouco importa que essa ideia, por malabarismos perfeitamente explicáveis, seja agora objetivada na lei, substitutiva dos velhos costumes, da vontade do soberano ou da revelação sobrenatural.

3. A identificação do direito à lei, mesmo em nossa época, traduz, no mínimo, uma extrema desatenção para com a realidade concreta do

direito efetivamente aplicado. Mostra-se agradável aos comodistas, ou a quem tudo simplifica, pelo amor das abstrações. Pode ser própria, também, de quem se recusa a raciocinar, já que raciocinar implica atenção (concentração intelectual), em prejuízo de outros interesses mais imediatos. Explicando: há, no raciocínio, desprendimento e gasto de energia num espaço de tempo que poderia estar sendo utilizado para outros fins. Não se percebe, então, que o intérprete interpõe seus valores, embora secundários, aos valores primordiais do direito que lhe: cabe explicitar. Interferem no processo fenômenos de ordem ética e psicológica, de forma negativa. É isto que é infirmado, infantilmente ou de má fé, por aqueles que se recusam a enfrentar o dia-a-dia do mundo jurídico, enclausurando-se na teoria apriorística da identificação do direito à lei.

Daí também a vantagem da conceituação deste logo proposta.

Ora, nenhuma lei é auto-executável, pois depende de uma infinidade de fatores, sociais e psíquicos, ligados à sua captação, compreensão e cumprimento. As leis convivem com outras leis e se mostram, não raro, em contradição recíproca. A liberdade do intérprete desponta nesse estranho mecanismo de descoberta do direito. A lei, por si só, não garante nada, absolutamente nada. A lei será obedecida na razão direta de sua receptividade social e, inclusive, da boa vontade de seu “aplicador”. A receptividade social, nota-se facilmente, inibe a discricionariedade deste último, a menos que não seja por ele percebida. Neste caso aumenta o risco de seu descumprimento, provocado por vícios de exegese, na própria origem. Vícios que se explicam ora por incompetência, flagrante ou encoberta, ora por deformação profissional.

O erro consentido atende a necessidade psicológicas de todo tipo, de que não se excluem o despeito, a inveja, o medo, a bajulação, a segurança no cargo. Noutro plano: indiferença afetiva, ausência de espírito crítico e cega submissão a preconceitos e idiosincrasias, em contraste com uma possível preocupação de justiça e apaziguamento ético-social.

4. O mundo do direito, em outras palavras, não se confunde com o mundo da lei. Esta, sem dúvida, informa o direito, mas o faz de modo incompleto. Acima da lei, na prática, colocam-se o próprio homem, o meio social, o jurista encarregado de dar-lhe aplicação. Quem forja o direito é a sociedade, na medida em que se submete às injunções e

limitações de seus membros, na medida em que segrega e absorve os próprios venenos, na medida em que se acomoda na passiva aceitação de princípios, regras e crenças intrinsecamente contraditórios. Inexiste direito como algo que deva ser: a normatividade do direito se deixa engolir pela facticidade do gesto comportamental por si só imperativo, ainda que reverente à sugestão da lei. Não é a lei que juridifica o ato decisional. É este, ao contrário, que a legitima, quando se deixa por ela seduzir.

Mas o ato decisional, também ele, na área contenciosa e administrativa, por exemplo, não pode ser encarado isoladamente. Está preso à personalidade do agente, ao grau de liberdade de que desfruta à sua sensibilidade, a seu código de honra. Está preso às ideologias da moda, às circunstâncias históricas, às pressões do meio circundante, às reais preocupações do intérprete. Com tantas variantes, acaba valendo por si só, no exato momento em que se dá a conhecer, com sua híbrida composição de ingredientes auto-impositivos. Lei, costumes, tabus sociais, hábitos de pensamento, preconceitos, crenças coletivas, caráter — tudo se une e se combina, se interpenetra e se amálgama na formação de um direito *sui generis*, único, insubstituível. Direito *à la carte*, a implicar, por isso mesmo, a coexistência com outros direitos, de igual sabor e de igual reputação.

Não há como fugir do impasse, ou agir como o avestruz. Dinâmico, fugidio, incerto e contraditório, o direito se impõe objetivamente ao nosso conhecimento e, como tal, não permite acomodações estratégicas ou cortes epistemológicos que o desfiram. Sendo o que é, precisa ser estudado na sua identidade movediça, nas suas mutações, nas suas iniquidades, sobressaltos e grandezas.

5. Voltemos à lei: como esquecer as dificuldades de sua interpretação, inerentes à matéria com que é redigida, ou seja, com todos os vícios, impropriedades, ambiguidades e vaguezas dos termos e frases utilizadas? Como esquecer, igualmente, as inúmeras técnicas de decisão *contra legem*, abertas ou veladas, permissivas de variações e adaptações assimiladas pelo sistema?

Fiquemos com alguns exemplos, extraídos da área jurídico-penal. E perguntemos: é punível o agente que procede com culpa levíssima? Desaparece o crime (ou a pena) se o fato é praticado por erro de direito? Admite-se a legítima defesa da honra, nos delitos de sangue, inclusive no caso de concubinato? A embriaguez, assim como a violen-

ta emoção, tem influído no reconhecimento da injúria, da ameaça, do desacato? Quais são os limites do estado de necessidade? Aplica-se a regra do crime continuado se são “personalíssimos” os bens jurídicos atingidos? E por falar em crime continuado: é a lei ou o juiz quem decide, na prática, acerca dos fatores tempo, lugar, maneira de execução e outras circunstâncias, em que se inclui a própria “espécie” de delitos? Como se resolve a questão da reparação do dano, nos pedidos de livramento condicional? Quais os efeitos do casamento da ofendida com quem não seja o ofensor, em se tratando de crimes contra os costumes? É compatível a embriaguez com a figura da legítima defesa real? Vem sendo aplicada a teoria da posição de garante, ou do dever jurídico de agir, nos crimes comissivos por omissão? O recesso do lar impede a punição de quem pratica lesões corporais em seu cônjuge? Já se descobriu o que seja imperícia, imprudência, negligência, perigo de vida, tentativa, início de execução, deformidade permanente, chave falsa, abuso de confiança, conjunção carnal, mulher honesta, lugar público, ato, escrito e objeto obscenos, curandeirismo e manutenção de casa de prostituição? Onde começa e onde termina o aborto? Sabe-se o que é criminoso “primário”, para efeito de sursis, furto privilegiado, indulto e livramento condicional? O acordo com a vítima, ou a devo-lução da coisa, antes da ação penal, impedem a configuração do furto, do estelionato, da apropriação indébita? Há roubo qualificado se o agente se utiliza de simples arma de brinquedo?

6. Ficam as perguntas no ar, sem resposta — porque antagônicas — embora se possa adiantar que, em resumo, as contradições da própria sociedade (contradições técnicas, ideológicas, religiosas, políticas e econômicas) explicam, em grande parte, os caminhos divergentes das soluções administrativas e decisões de jurisprudência. Esses fatos históricos não se limitam a preencher o conteúdo das Leis em função das circunstâncias sociais e da personalidade do intérprete. Impõem-se, eles próprios, como fatos normativos na medida em que suplantam as ambigüidades, superam as deficiências e ocupam os enormes vazios da normatividade oficial. Há direitos, bem mais amplos, que resistem às pretensões, honestas ou hipócritas, de simples legislações de fachada.

O direito se revela no fato, no comportamento presumidamente legal ou normativo de quem consegue, de boa ou de má fé, impor a sua própria vontade, intrinsecamente coativa ou persuasiva. Sua fonte não

se esgota na lei, mas a pressupõe e a supera no jogo dialético de outras forças sociais que lhe traçam igualmente o perfil. Só se confunde com a lei (hipótese comum) quando esta, no seu conteúdo, explicitado efetivamente pelo texto, atinge as expectativas ou conveniências do intérprete, identificadas, com as expectativas e conveniências do meio, em função da ideologia predominante.

O segredo do direito se esconde em seu fundo visceralmente emotivo ou psicológico, nas forças mágicas e subliminares que não costumam, por isso mesmo, mostrar sua face com clareza. Procurar o direito é procurar o fato, potencial ou consumado; o fato normativo que nasce de outros fatos, mas sempre fato humano, invenção de com-promisso do próprio homem, inserido no contexto social. A lei só é normativa quando o homem a quer, quando consente, concorda, cede ou sucumbe. Já o fato, em si, é normativo — objetivamente normativo — ao carecer e prescindir ao mesmo tempo de tudo isso, no seu propósito de soberania afinal concretizada, sem possibilidade de mudança.

7. Não se muda o que passou. O direito é algo que passa e deixa sua marca eternamente gravada na memória do tempo. O tráfico de escravos se impôs como fato — e fato normativo — mesmo depois da Revolução Francesa. Imperam ainda em nossos dias, no civilizado século XX, indiscutíveis direitos à fome, prostituição, miséria e analfabetismo; ou direitos à submissão racial, de sexo, de idade, de credo, de partido político.

A juridicidade está no fato, no fato objetivamente normativo. A lei não o modifica; nem pode modificá-lo, porque imprópria, no seu isolamento celestial, para a execução de tarefas que a ultrapassam em termos de potencialidade afirmativa. A lei caminha sobre foguetes, quando protege os poderosos; rasteja sobre lesmas, ao dirigir-se aos necessitados.

O que mais impressiona, no balanço histórico, não é a paciência das lesmas, nem a convivência dos foguetes. O que impressiona, sobretudo, seja a nível de indivíduos, seja a nível de grupos e de nações, são as trocas de mensagens, as incorporações de idéias, as influências recíprocas, as metamorfoses de momento, como se houvesse pontes de comunicação nesse processo global de distanciamento competitivo. E elas existem. São obras de engenharia coletiva patrocinadas pelos detentores de *Know-how*, interessados em passar adiante o que

se lhes afigura, de certa forma, obsoleto. Erros de cálculo modificam as estruturas: há quem reaproveite a sucata para impulsioná-la, com maestria, nos momentos de descuido do leão adormecido...

Como quer que seja, só a ignorância crassa ou a charlatanice interesseira acatariam, hoje, a visão distorcida de um direito identificado com a lei ou com princípios ideais de justiça. Não persistem mais dúvidas na área do direito penal: as recentes publicações de arestos mostram, à sociedade, que o profissional do direito parece carregar, para uso pessoal, um código penal exclusivo, escrito em caracteres indecifráveis. Daí o sistemático desencontro das decisões, conquanto se saiba que elas apelam igualmente para o bom senso, política criminal, equidade e costumes: ou seja, para princípios *não escritos*, eventualmente em contraste com a ideologia do legislador.

8. Ora, se o assunto acaba ali, no acórdão do tribunal, e se esse acórdão, como é de praxe, contrasta com tantos outros, de mesmo peso e calibre, resulta lógico e insofismável que a solução imposta ou encontrada arrasta consigo sua própria jurisdição, pois prevalece sobre a lei. Ela se apresenta como fato que pressupõe outros fatos para compor, em si e por si, a única realidade normativa historicamente possível.

É essa realidade normativa que precisa, com urgência, ser estudada nos cursos de direito, sob pena de estagnação intelectual. São mais importantes que as teorias dogmáticas. As teorias dogmáticas, notadamente quando prescindem de apoio costumeiro ou legislativo, só ganham significado e merecem atenção quando refletem uma preocupação inventiva de conciliação ético-social, aparentemente razoável. Mas são dignas de viva refutação, ou simples menoscabo, se ostentam o selo da “verdade” jurídica autoconsistente, devendo apenas ser analisadas como um dado a mais no tabuleiro do jogo ideológico do direito.

Outros fatos sociais participam desse jogo ideológico, e carecem, igualmente, de sérios estudos. A dogmática interpretativa do código penal, nos moldes tradicionais — exegese de texto — se estiolou, de joelhos, ante o golpe mortal inerente às transformações sociais e à personalidade do magistrado. Os penalistas, aliás, jamais encontram denominadores comuns que se afastem dos casos fáceis, gritantemente fáceis e banais. Os argumentos válidos para uma hipótese são logo esquecidos, em relação a uma outra. Nada, então, se formaliza. O fan-

tasma da contradição, nascido das entranhas da sociedade, acompanha o jurista como condição radical de sobrevivência recíproca.

9. Se o direito é essencialmente contraditório convém não abandonar essa constatação básica, mas, ao contrário, arrancar de seu âmago todas as conseüências lógicas possíveis, como fruto de alternativas e perquirições incessantes, *inspiradas pelo objeto*. É o sujeito, sem dúvida, quem formula as questões, por sua capacidade inventiva. Não formula, no entanto, as respostas”. Elas provêm do objeto questionado, de modo fundamental. A verdade do direito reside nele mesmo, porque relativamente independente da vontade de quem lhe disseca a estrutura.

Texto de lei, depois seu “espírito”, e ainda a vontade coletiva, a consciência social, a ideologia do momento, os novos hábitos e concepções, definitivamente incorporados aos genes valorativos do meio, assim como o próprio “direito natural” — conquista inalienável da humanidade — tudo isso é confrontado no momento do veredicto, parecendo claro que prevalece, e é o que importa, a decisão efetivamente tomada. Uma decisão canalizada e catalizada pela personalidade do intérprete, em todos os seus aspectos e circunstâncias: tempo de pesquisa, autores preferidos, inteligência, coragem, preconceitos, liberdade de ação.

10. Urge conhecer o direito. É mais fácil mudar o que se conhece. O efetivo aperfeiçoamento do direito está ligado, sobretudo, à consciência de sua realidade, que já se transforma ao sabor desse gesto, como na história do Rei e de sua inesperada nudez.