

# CONSTRUÇÃO SOCIAL DO DIREITO

JOÃO JOSÉ CALDEIRA BASTOS  
Prof. do DPC/UFSC

A visão sistemática do di-reito, ora identificado com a lei ou costumes, ora identificado com pretensas estruturas lógico-objetivas (natureza das coisas, idéia de justiça etc) há de ceder terreno a uma visão um pouco mais modesta e consciente de suas limitações. Trata-se de uma espécie de visão crítica, no sentido de percepção das contradições teóricas no processo de identificação e análise do fenômeno jurídico. E o primeiro passo de superação dessas contradições consiste precisamente em aceitá-las como simples tentativas de substituição retórica do próprio fenômeno, que se denota, com clareza, histórico-social.

Direito é construção humana e, por isso mesmo, não se acomoda a figurinos estanques de enganosa beleza ontológica. Não se confunde com justiça, formal ou material, nem nem se acomoda às instruções do le-gislador, num regime de separação de poderes. O direito reside no fato que, em si e por si, no processo de interação humana, alcança obje-

tivamente a coercitividade normativa que por definição se lhe atribui. Tudo o mais é fantasia, ilusão, mentira, engodo, malver-sação.

## **1. FATO NORMATIVO**

Referimo-nos ao fato humano circunstancial intrinsecamente normativo. São os homens, em suas relações de convivência, que forjam o sinete de uma juridicidade submetida, em última instância, ao desenrolar dos acontecimentos. O que "deve ser" (normatividade) se funde no próprio "ser" (efetividade). Ao vitorioso, o direito. Portanto, metodologicamente, e preciso aguardar a eclosão do fato ou sua virtual emergência, em termos de inevitabilidade histórica, para se afirmar de sua juridicidade.

Em poucas palavras: o fato, como processo histórico, é que determina o direito. Inútil identificá-lo com a lei (simples projeto de direito) e muito menos com a justiça, porque nos anularíamos como seres jurídicos, afinal, inexistente direito hodierno que não lance raízes no tempo (e no espaço) sobre lutas e martírios, desigualdades e privilégios, miséria e opressão. E o direito, em sua dinâmica, ainda não se libertou dessas amarras.

Daí a pergunta: com que se preocupam, por exemplo, os penalistas?

Por incrível que pareça, ainda se preocupam com a "teoria do crime", a ponto de assinalarem "progressos" em sua esquematização formal. Esquecem, no entanto – ou simplesmente ignoram – que o delito, como fenômeno jurídico, ainda continua apegado a condicionantes de natureza histórico-social. O direito é o certo e o errado, ao mesmo tempo, porquanto se concretiza histórica-

mente. Depende o direito (e, pois, o delito) do grau de liberdade desfrutado por quem, por algum motivo, se vê na contingência de agir, fazer, executar, contribuindo com seu gesto ou omissão para a prevalência fática da juridicidade sob seu comando, ainda que compartilhado. Vale o raciocínio para os "ilícitos" de todos os demais ramos do direito: civil, trabalhista, constitucional, administrativo etc.

## **2. LIBERDADE DE AÇÃO**

Grau de liberdade: quem o condiciona?

Todos e cada um, de modo particular. Esquemáticamente, no mundo moderno, pode-se falar em lei, ideologia e intérprete. Quer dizer, a norma geral positivada, a cargo do Estado-legislador; as idéias disseminadas no meio social; e a personalidade de quem, nas circunstâncias, se investe de algum poder de decisão.

A norma geral positivada é a Constituição histórica, em primeiro lugar. Depois, a lei propriamente dita, votadas pelos parlamentos. Por extensão, os atos normativos de usurpadores e revolucionários, detalhe que facilita a compreensão do caráter contraditório do próprio direito.

Acontece, porém, que o processo de subsunção ou enquadramento fático-normativo implica a interferência dos demais agentes ou fatores – ideologia social e personalidade do intérprete. Inevitável assim a interpenetração dialética de valores em conflito, a sugerir um desfecho impregnado de engajamento ideológico, em possível contraste com algum outro, igualmente juriferante.

Em suma: presente a liberdade de ação, prevalece a vontade de quem opta, no exercício do poder. Vontade e liberdade fecundam, assim, o direito emergente, sem que se possa falar, em cada caso, de efetivo respeito à lei, ou à norma geral, ou submissão aos imperativos do bom senso e da justiça, O direito é humano demais para ser identificado com virtudes que reservamos, de preferência, para os humildes e mansos de coração. E os humildes e mansos de coração dificilmente desfrutam do poder. Sofrem, isto sim, os seus efeitos.

Até mesmo entre os afortunados, mais próximos do poder político, se mostra impossível a uniformização do direito. Nenhuma de suas fontes formais (lei, ideologia, intérprete) se harmoniza ideologicamente. Há sempre um descompasso, uma desritmia, um desacordo de idéias e de valores que desembocam no desempate comprometido e comprometedor, inclusive no âmbito do poder judiciário. Não basta ser juiz para ser justo. Para tanto, é preciso ter estatura de juiz, ou seja, a deliberada intenção, à custa de sólida formação moral, de dar a cada um o que é seu, em função dos interesses da coletividade.

### **3. DIALÉTICA NEGATIVA**

Ora, em qualquer área jurídica (inclusive jurídico-penal, escolhida por modelo e referência) só são respeitados os interesses da coletividade quando esta, através de suas instituições ou segmentos, condiciona e limita a vontade e liberdade do intérprete, operador do direito, Forma-se então o que podemos chamar de dialética positiva, para contrastá-la com a dialética da divergência, e por isso negativa, relacionada com as situações de conflito resolvidas aleatoriamente.

Não se pergunte, pois, se há juridicidade nos seqüestros e extorsões, no tráfico de drogas, na receptação e no contrabando, nas imprudências de trânsito, na organização de bandos ou quadrilhas, nas contravenções em geral, nas práticas abortivas, nos homicídios, nos maus tratos, nas calúnias e injúrias, nas apropriações indébitas, nos peculatos e nas fraudes, nas lesões corporais, nos motins, nas revoltas, nas conspirações militares, nas sedições, nas tentativas de golpe de Estado. À luz do sistema legal é claro que existe, em tese, injuridicidade. Mas o que importa ao penalista é a chance de abertura de processo, são os fatores de sua estabilização ou desequilíbrio, é seu possível des-fecho através de uma decisão formal.

Para isso, pouco valem as teorias jurídicas, as erudições doutrinárias, as regras e princípios processuais e de interpretação e aplicação do direito, que se revelam antagônicas e passam a depender do horizonte de raciocínio e liberdade de ação de vários protagonistas. Também o Estado, por seus agentes, infringe as regras que institui, na certeza ou na esperança de uma impunidade autoconsentida, digerível pelo sistema. Mesmo que se chegue à reta final, de responsabilidade do juiz, não há como desconhecer, de sua parte, se útil e necessária, uma propositada rein-terpretação dos fatos e do direito, em função justamente de sua liberdade, de sua vontade, de seus gostos e preferências, de seu caráter, de suas idiossincrasias.

Basta haver intérprete para se ter certeza da soberania de um pensamento original e exclusivo, em busca de um objeto pre-determinado, É de seu gesto, porém, de sua escolha, e não de in-terpretações objetivas, no jogo de teorias e argumentos em disputa, que nasce o próprio direito, em constante processo de con-

solidação ou mudança, no contexto das interações humanas.

#### **4. DOGMÁTICA E SOCIEDADE**

Fala-se, na dogmática penal, em conflito aparente de normas, em estrutura ontológica do crime, em erro de tipo e de proibições, em antijuridicidade formal e material, em concurso de delitos, em natureza e fins da pena, em política criminal e penitenciária. Não se fala, contudo, no essencial; a efetiva participação da sociedade, como um todo, na elaboração do próprio direito, o que torna secundárias as questões sistemáticas ou terminológicas. Sistemas e conceitos são simples instrumentos formais de leitura e explicação de uma realidade rebelde, no entanto, à dogmatização. Prepondera no direito a relativa autonomia de suas fontes, o que desautoriza qualquer tentativa de simplificação metodológica.

O próprio legislador constituinte, ao separar os poderes do Estado, formaliza a expansibilidade das divergências. E ao instituir o tribunal do júri chega às raias da perfeição: disciplina com a mão direita os crimes dolosos contra a vida; com a esquerda, legitima o descumprimento de suas prescrições,

Como quer que seja, não é a exigência objetiva do "*dolo específico*" que impede a delituosidade do dano em cadeia pública, cometido por preso em fuga; não é o "*espírito da lei*" que equi-para o revólver de brinquedo ao revólver de verdade, para efeito de majoração da pena do crime de roubo; não é a "*teoria da consumação*" que dispensa a subtração da coisa, no latrocínio; não é a "*ação finalista*" que reestrutura, com maior equilíbrio e justiça, os "*elementos do crime*"; não é a "*política criminal*" que

alicerça intrinsecamente o rigor ou abrandamento das penas; nem são as "discriminantes" que, por si sós, no isolamento de suas "essências", justificam as condutas aparentemente criminosas.

Não, quem resolve essas questões é a própria sociedade, em função e a partir de um conteúdo que ela preenche historicamente, ao sabor das circunstâncias. Nenhum mistério: o direito retrata o seu autor, descreve o próprio homem em sua trajetória.

Insista-se; quem decide, apesar das encenações dogmáticas, é a própria sociedade, através de seus órgãos, de seus agentes, de suas instituições, de cada indivíduo em particular, quer à revelia do Estado, quer com seu beneplácito. É falsa, aliás, a oposição Estado/sociedade. Ninguém consegue ser agente do Estado sem participar ao mesmo tempo da trama social como cidadão comum. A ninguém é dado integrar a sociedade, como pessoa do povo, sem interferir nos destinos do Estado. Inexiste direito estatal em permanente conflito com o direito da comunidade. Há, sim, um só direito, construído assistematicamente; um direito essencialmente contraditório, em razão da diversidade ideológica de suas fontes geradoras, atreladas ao próprio homem, à sua natureza igualmente contraditória.

É a contradição, pois, que há de nortear metodologicamente a superação das próprias teorizações dogmáticas, porque estas, afinal, também se revezam nas preferências de seus artífices e não conseguem atingir o âmago da questão, relacionado com a historicidade do fenômeno jurídico. Relacionado, portanto, com a mutabilidade valorativa de critérios e de condutas nas alternâncias do poder. O herói de ontem — reza a cartilha da história — pode transformar-se no vilão de amanhã. Basta, apenas, que mudem seus juízes.

## **5. SÍNTESE CONCLUSIVA**

Aquela visão crítica, mencionada no início, esboça uma tentativa de retorno metodológico à verdade compatível com os fatos. Se os fatos – o direito, em sua historicidade – se revelam contraditórios, cabe ao jurista curvar-se à evidência do fenômeno para dele extrair suas próprias verdades objetivas,

Há riscos e senões nesse processo, porque os fatos não falam por si. Falam, sim, através do intérprete, que os cerca e persegue estrategicamente à custa de seu raciocínio, de sua intuição, de sua inteligência. Raciocínio, intuição e inteligência se mostram, no entanto, intercomunicáveis e não esbarram em pre-ferências ideológicas se comprometidos com uma verdade que as ultrapassa, em sua objetividade,

A lógica do direito é a lógica da dinâmica social. Esta, por sua vez, exige e supera ao mesmo tempo parâmetros normativos de ação, condicionados na prática à subjetividade valorativa de cada protagonista histórico. Importa, aí, o gesto definitivo de rejeição ou escolha, que não impede reinvenções adaptativas ou eventuais acomodações táticas.

O drama dos juristas – e tragédia para seus discípulos – reside na superficialidade de suas explicitações dogmáticas, que não passam de simples justificações retóricas, fragmentadas, de uma realidade melhor compreendida quando analisada através da percepção do costumeiro "*jogo de alianças*", no exercício compar-tilhado do poder. O direito, é certo, em sua concretude histórica, depende da força (guerras, invasões, revoluções, dominações políticas) mas depende igualmente, sobretudo em sua fase de consolidação, a nível de soberania interna, de constantes trocas de



favores, de eventual aglutinação de esforços, de parcerias alter-nativas, de adesismos interesseiros; enfim, de intercâmbio as-sociativo de condutas. Questão, no fundo, de vontade e liberda-de – não importa de quem – transformadas em ação de caráter objetiva-mente normativo.

Os ditadores também dormem, sem que pereçam as ditaduras. Quem governa, administra, legisla, opina ou decide, em todas as instâncias e papéis da vida social, necessita de apoio logísti-co, necessita de cumplicidade. Não são as constituições nem as leis que orientam o comportamento de seus intérpretes oficiais, ainda que juízes das supremas cortes. Precisam eles de aliados, nas decisões, e facilmente os recolhem na facção da sociedade que se harmoniza com seus valores. Assegurada, previamente, a li-berdade de ação, prepondera a vontade de agir, que se esconde ou se manifesta ora na invocação de textos legais, ou de seu "espírito", ora na referência a princípios hermenêuticos não escritos, centrados na idéia de justiça ou de oportunidade política.

Em suma; os intérpretes refletem e constroem as contra-dições do direito na medida em que se apegam à lei ou à ideologia social, na hipótese de conflito, engajando-se eticamente no pro-cesso pelo grau de vontade e liberdade conformadora da opção. Em termos dialéticos, todavia, inexistente normatividade em qualquer das fontes formais do direito, assim como inexistente teoria dogmá-tica em condições de apontar os rumos de uma juridicidade â espe-ra de conscientização objetiva.

Segue-se de tudo isso a importância pedagógi-ca, nos cur-sos universitários ligados ao direi-to, de disciplinas que regis-trem a liberdade da história como fator primordial de libertação

do próprio homem, agente seu e construtor, e portanto responsável, nos limites de suas forças e na proporção de seus ideais.