

POSITIVAÇÃO DO DIREITO INFORMAL, UMA QUESTÃO DE POLÍTICA JURÍDICA

OSVALDO FERREIRA DE MELO, LD
PROFESSOR DO CPGD/UFSC

1. APORTES TEÓRICOS

Os padrões de comportamento social resultam de manifestações e interações culturais que refletem não só a natureza cognitiva e afetiva do homem, mas também a capacidade que este possui de expressar a idéia e o sentimento da qual deve ser a conduta de cada um. Talvez por isso, em qualquer sociedade, formam-se regras de conduta e mecanismos de controle social independentes das normas de direito positivo respaldadas pelo Estado, entendidas estas, num conceito Kelseniano, como a lei e a decisão judicial.

Não se trata propriamente do que, desde Aristóteles, se conhece como Direito Natural, expressão abstrata e metafísica que recobre posições ideológicas, insuscetíveis de manipulação científica. Trata-se, isto sim, de padrões de julgamento e, em decorrência, de padrões de comportamento legitimados por um acervo difuso de idéias e sentimentos do que seria justo ou injusto, elementos culturais que, segundo pesquisas realizadas a partir de Piaget⁽¹⁾ são experiências vividas pelo ser humano desde o início de seu processo de socialização.

(1) Ver, a propósito, o Capítulo 12 de Sociologia do Direito, de Cláudio Souto e Solange Souto, onde estão referenciadas várias pesquisas nessa área.

A partir dessa constatação pode-se admitir que a validade da norma seja questionada pela consciência jurídica de cada um. Muitas vezes aceita-se a norma como válida simplesmente porque se aceita que toda norma vigente seja válida, mas também ocorre inequívoca preferência social pela norma que, além de formalmente vigente, pareça justa ou próxima ao padrão moral prevalente no grupo social.

O tema se amplia quando observamos que a apreciação do direito positivo é feita por critérios externos à ordem legal, critérios de natureza ideológica e política. Essa situação não escapou a Alf Ross(2) quando distinguiu a existência de uma consciência jurídica formal ou institucional (“o direito é o direito e deve sempre ser observado”) da consciência jurídica material, acentuando o princípio de que as normas, as decisões e as ações humanas devem estar compatíveis com o critério do moralmente correto e justo.

Evidentemente nunca iríamos encontrar ordem jurídica ou estado de direito, numa sociedade onde fosse possível decidir quais normas deveriam ou não ser obedecidas por estarem submetidas ao arbítrio de cada um quanto da sua legitimidade ou justiça. Da mesma forma estaríamos arriscados a um imobilismo social, se não puséssemos em julgamento, por nossa consciência jurídica, a legislação vigente e a jurisprudência de nossos tribunais, embora o senso teórico do jurista nos diga que, enquanto a força da doutrina e dos fatos não for suficiente, numa sociedade democrática, para substituir ou revogar norma de direito positivo, esta deve ser observada independentemente de sua aceitabilidade. Por outro lado, sendo tarefa pertinente ao político jurídico conduzir as medidas legislativas no sentido de satisfazer interesses públicos deve ele observar que, se a consciência jurídica popular não for levada em conta, as reformas poderão ter inaceitabilidade social e sofrerem inevitáveis fricções e pressões que a condenarão a uma vida efêmera.

Resulta daí uma área fundamental para a pesquisa da Política Jurídica, ou seja, discutir não só a razão de coexistirem, numa sociedade, normas jurídicas positivas e outras de direito informal, como também se é conveniente apontar normas de direito informal a serem positivadas.

(2) Sobre el Derecho y la Justicia, cap. XI, Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1974.

A preferência, nos séculos XIX e XX pela formalização de todo o direito em sistemas fechados, residiu na confiança em maior eficácia do direito organizado para a solução dos conflitos. Hoje em dia, há fortes indícios de que essa confiança na justiça organizada seja menor. Numa sociedade mais complexa e mais consciente, onde se busca, pelo menos, a nível de grupos, algum consenso sobre fatos básicos e mesmo estratégias de solidariedade social que importam na adoção de regras de comportamento nem sempre respaldadas pelo direito positivo, criam-se regras de conduta alheias à legislação e à jurisprudência oficiais.

Por outro lado, aqueles que se radicalizam ideologicamente e que pretendem mais espaço de luta revolucionária, se opõem a que se proceda à positivação de normas de direito informal. Melhor dizendo, advogam menor quantidade de legislação no Estado Moderno, pois haveria sempre espaços vazios cuja anomia poderia ser preenchida pelos discursos ideológicos, artifícios retóricos e falares demagógicos, estrategicamente desenhados como processo de legitimação da desorganização social.

A radicalização ideológica discute a legitimidade da ordem jurídica do Estado de origem burguesa e liberal e especialmente se organiza para contrapor ao direito político vigente um discurso ideológico que pende muito mais para uma forma social anárquica.

Às vezes existe harmonização entre o pretendido pelos grupos inconformados e a consciência jurídica da sociedade. Outras vezes, e não raro, as alternativas são puro processo de escamoteação da realidade. As ideologias em causa é que são invocadas para legitimar atos e fatos incompadecentes com a ordem jurídica. Muitas vezes pretendem os líderes de movimentos sociais determinadas situações que colidem com legislação vigente. Os processos que combinam com sua ideologia são utilizados como legítimos, mas a legislação que os contraria é taxada de ilegítima. Assim, mecanismos de controle informal são sobrepostos aos de controle formal na estratégia desses movimentos. O Poder judiciário nesses casos raramente é provocado e as interações se processam na esfera política, dentro da qual as pessoas encontram oportunidades de soluções informais, para-jurídicas.

Constata-se que, nos casos em tela, torna-se necessário apoio teórico para entender e superar as situações. Antes de tudo temos de considerar a posição ortodoxa da Ciência do Direito, enquanto teoria

do positivismo jurídico. Essa “Ciência do Direito” que, no entender de Hans Kelsen, seria “orientada só pelo valor verdade”(3) pois “o conhecimento do direito, a exposição do mesmo, a análise de sua estrutura, a definição dos conceitos necessários para sua concepção e sua interpretação científica não pode estar influenciada por juízos de valor.. .”; (4), se preocupa com “o direito tal como é criado realmente pelo costume, a legislação ou a decisão judicial e tal como é efetivamente na realidade social(5). Ora, integrando a realidade social, as normas de direito informal, costumeiras, serão objeto da Ciência do Direito, porém na forma como são encontradas. A política Jurídica se preocupa com o grau de legitimidade e de eficácia social da norma costumeira. Não a vê só como é mas como deve ser; não apenas onde está mas onde deverá estar.

2. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE

Esse tipo de preocupação põe em evidência o conceito de legitimidade. Esta deve ser entendida como situação de um fato ou ato respaldado na ética, na razão e na justiça, segundo os padrões de determinada sociedade, em determinado momento.

Não é a simples vontade de um grupo que faz algo parecer legítimo ou ilegítimo à consciência jurídica e política da sociedade, e sim a aceitabilidade geral tanto quanto possível próxima do consenso. É verdade que um ato pode ser considerado legítimo sem ser necessariamente legal, mas, nesses casos, o autor não pode esperar isenção da sanção do Estado por agir segundo impulsos ideológicos contrários ao direito vigente. Significa isso que o controle das interações humanas por parte do Estado nem sempre é coincidente com o controle social exercido no interior dos mecanismos da sociedade civil, o que gera conflitos frequentes a serem examinados com seriedade.

A busca da legitimidade numa postura de sociologia política, poderia levar-nos a imaginar que o Direito nada mais deve ser que “um mecanismo institucional para ajustar as relações humanas à finalidade

(3) Ver de Hans Kelsen, “Que é a Teoria Pura do Direito”, publicado em Zurich, 1953 e republicada pela Revista “Estudios de Derecho”, Colômbia, março de 1981, vol. XI, nº99.

(4) Idem, idem, pág. 196 na publicação mencionada em nota anterior.

(5) Idem, idem, pág. 197.

de assegurar algumas metas sociais concretas(6), posição que, segundo nos parece, apequena o papel do Direito.

Há que indagar se a sociedade, como um todo, pode ter metas concretas, ou se é verdade que os vários segmentos da sociedade, suas classes e diversos agregados sociais têm metas distintas, muitas vezes conflitantes.

A mais difícil mas não impossível tarefa do político do direito seria assim, numa sociedade de classes, contribuir para que as metas do Estado fossem elementos de harmonização de interesses conflitantes e não o privilegiamento de determinados interesses e o conseqüente alheamento de outros. De uma forma ou de outra, parece óbvio que não se poderia harmonizar uma sociedade através de regras de direito informal, intra-grupais, e alheias à Coerção estatal, em que pese a possibilidade desse pluralismo jurídico.

3. CONSTATAÇÕES

No interior das sociedades periféricas aos centros industriais, tem sido encontrado, em plena vigência, um direito paralelo ao do Estado. Boaventura de Souza Santos, Professor em Coimbra, estudando uma favela carioca a que o Autor chama de Pasárgada, observou todo um rito de contratos e mesmo de ações “judiciais” que se desenvolvem à margem da ordem legal estatal. Essa pesquisa é narrada em número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, publicado em 1979. Uma curiosa observação do pesquisador é que “a prevenção e a resolução dos conflitos constituem os dois pólos da prática jurídica centrada na associação de moradores e mais em geral do direito de Pasárgada”. Outra observação relevante é a de que “o direito da favela” não se constitui em aplicação unívoca de normas a casos concretos mas “são antes o produto da aplicação graduada, provisória e sempre reversível de topo cuja carga normativa se vai especificando à medida que se envolve, pela argumentação, com a facticidade concreta da situação em análise”. Trata-se, nesses casos, de uma contrafação do direito oficial, uso de normas assistemáticas, não escritas, que se transmitem através de uma linguagem singular, em que se mesclam

(6) FRIEDMAN, Lawrence e LADINSKI, Jack, in *Law as an instrument of incremental social change*, apud *Sociologia do Direito*, antologia organizada por Cláudio Souto e Joaquim Falcão.

palavras da linguagem coloquial com termos técnicos de direito processual.

Também no cotidiano da vida urbana há curiosos exemplos do desenvolvimento de um direito informal. Um árbitro de futebol segue normas não necessariamente integrantes do sistema jurídico oficial, e tem, em campo, alguns procedimentos de autoridade em tomo dos quais, via de regra, há consenso. No caso de transgressão de uma dessas normas, o árbitro exerce sanções (v.g. expulsão de jogador ou expulsão do recinto do jogo de espectadores, diretores de clubes, jornalistas, etc.) sendo usual contar com a intervenção do aparato policial para a garantia de suas determinações. Há todo um conteúdo de direito no procedimento de uma fila de espera, na qual se põe em prática, de forma espontânea, uma das máximas do Direito Romano “*prior tempore potior jure*”. Há exemplos de sanções exercidas por instituições privadas, à margem do sistema de direito positivo, no campo das interações comerciais. As chamadas associações de proteção ao crédito, formadas por dirigentes de empresas, opõem restrições à vida econômica do cidadão inadimplente e essas restrições podem ter implicações de extrema gravidade, com influência em sua vida civil e profissional.

Essa fenomenologia merece um exame atento, porque traz à tona, por um lado, um tema fundamental, qual seja o da adequação do sistema jurídico às necessidades de desenvolvimento social. Outrossim a observação das normas de direito informal que se cria extra-*legem* ou mesmo contra-*legem*, proporciona uma reflexão sobre a necessidade de examinar as razões do surgimento de um direito não oficial no seio da sociedade moderna.

Numa análise racionalista poderemos até achar que as manifestações jurídicas desorganizadas sejam apenas variações retóricas sobre fragmentos mal assimilados do discurso jurídico dogmático, que conseguem permanecer vivos independentemente de um aparato judicial. Outrossim, numa análise axiológica, por certo teremos inquietações ao caracterizar sanções das quais não é possível recorrer, provar boa fé, ou qualquer outra coisa em defesa de prejudicado pois que, na esfera do direito informal não há o que *stricto sensu* entendemos por processo”. Mas não podemos deixar de reconhecer que o apelo exercido por esse tipo de direito desorganizado seja muito forte talvez em decorrência de responder a duas aspirações gerais: a desburocrati-

zação do aparelho judicial a uma distribuição de justiça fora do modelo oficial que tende a atribuir, nas decisões, todo o direito a uma das partes, além de preferir o uso da Coerção, que é força, em vez da mediação, que é estratégia de alta significação política e social. A própria Dogmática Jurídica, enquanto sistematização da experiência jurídica, deveria dar maior atenção a questões como esta.

Mais importante que esse grupo de fenômenos categorizados como “pluralismo jurídico” é, ainda, para o político do direito, a formação, pela sociedade, de regras de conduta que antecedem o procedimento legislativo, ou seja, o fenômeno de constituir-se o direito informal possível fonte do direito formal. Refiro-me às “representações jurídicas” que Miguel Reate conceitua como “exigências particulares de justiça ainda não concretizadas em regras de direito, mas que já se apresentam dotadas de incipiente normatividade”. (7)

No Brasil, antes de finalmente o legislador instituir o divórcio e toda uma série de normas referentes à separação judicial e à capacidade de contrair novas núpcias, um direito costumeiro “disciplinava” conflitos e relacionamentos até com recurso de artifícios pára-jurídicos como o “casamento por contrato”. Outrossim, centros urbanos mais complexos, muito antes do divórcio ser instituído por lei, já consagravam, no seu desenho social, os casais “divorciados”.

Observa-se, pois, a existência de uma ordem jurídica substancial que nem sempre tem equivalência na ordem jurídica formal. Parece que quando os inconformismos relativos às regras do sistema jurídico estatal recebem adesões significativas, formam-se comportamentos reformistas no quadro da dinâmica social. Novos fatos políticos, econômicos e culturais (especialmente mudança de valores) ampliam e dão caráter sistemático a essas reivindicações de mudança normativa. Aparecem grupos lutando pela eficácia “erga omnes” das novas regras que vão sendo respaldadas pelo consenso.

As “representações jurídicas” são, assim, verdadeiras tendências sociais que não podem passar despercebidos ao político do direito, a quem deveria caber, em última etapa, a recomendação das medidas adequadas ao aperfeiçoamento do sistema jurídico estatal.

(7) REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 3ª ed. Martins Editora, 1970, p. 88.