

O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat

The (un)common sense of unveiled “obviousness”: A tribute to Luis Alberto Warat

Lenio Luiz Streck¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

lenio@unisinos.br

Resumo

As reflexões presentes neste artigo buscam discutir as contribuições de Luis Alberto Warat para a teoria do direito, que, sem qualquer dúvida, foi quem melhor trabalhou a relação dos juristas com a dogmática jurídica, com a lei e suas práticas cotidianas. Nesse sentido, o artigo analisa a construção waratiana do conceito de *senso comum teórico dos juristas*, que vem a ser a maneira pela qual a dogmática jurídica instrumentaliza o Direito a partir da renúncia ao prazer de pensar. Graças a Warat, ficou mais fácil perceber/detectar, no âmbito da teoria crítica, que um dos aspectos que instrumentalizam a crise de paradigma da dogmática jurídica baseia-se na circunstância de que, no Direito, não se contam os limites precisos entre o saber comum e a ciência.

Palavras-chave: senso comum teórico, dogmática jurídica, Luis Alberto Warat.

Abstract

The reflections presented in this paper seek to discuss the contributions made by Luis Alberto Warat to the theory of law. Undoubtedly, he was the one who best approached the relation of jurists with legal dogmatics, the law and their daily practices. In this sense, the article analyzes Warat's concept of the jurist's theoretical common sense, which is the way in which the legal dogmatics instrumentalizes law by giving up the pleasure of thinking. Thanks to Warat, it has become easier to perceive within the critical theory that one of the aspects that instrumentalize the paradigm crisis of legal dogmatics is based on the circumstance that in law the boundaries between common sense and science are not precise.

Key words: theoretical common sense, legal dogmatics, Luis Alberto Warat.

¹ Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, RS, Brasil.

Nada é onde falta a palavra: à guisa de alisá-las, introduzo o tema

O antropólogo Darci Ribeiro, no livro *Ensaio insólitos* (1979, p. 11), fala de uma espécie de tratado de obviedades que nos são impostas, ideologicamente, no cotidiano. Aparentemente, Deus é muito treteiro, diz ele, pois faz as coisas de forma tão recôndita e disfarçada que se precisa desta categoria de gente – os cientistas – para ir tirando os véus, a fim de revelar a obviedade do óbvio.

Sem dúvida, Luis Alberto Warat² faz parte dessa “categoria de gente” de que fala Darci Ribeiro. Desde seus primeiros escritos, Warat desvelou as máscaras do “óbvio”, mostrando/denunciando, no âmbito da teoria do direito, que as “obviedades, certezas e verdades” transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas. Não que todo o discurso dogmático-jurídico seja ideológico, mas parcela considerável o é, na medida em que se constitui em um espaço simbólico de “retaliações discursivas”, “justificações *ad hoc*” e “neossosfismizações”, na medida em que o jurista, quando convém, ignora qualquer possibilidade de as palavras terem DNA. Observemos: passados tantos anos desde que Warat iniciou a sua “jornada crítica” e passados mais de duas décadas da Constituição de 1988, é possível dizer que a dogmática jurídica pouco mudou. Pode-se dizer que, em certa medida, ocorreu um retrocesso, em face da multiplicação das produções estandardizadas, formas de mercancia de conhecimento *prêt-à-porter* disponível em qualquer aeroporto, supermercado ou rodoviária do país. O saber jurídico – que acaba sendo obnubilado pela informação fragmentada – hoje cabe em 140 caracteres, para usar uma imagem tipicamente contemporânea.

A dogmática jurídica e a doutrina que não doutrina

A crítica que Warat fazia à dogmática jurídica continua, pois, atual. Um dos objetos de sua crítica era a produção de ementários, com pretensões de universalização. Fundamentalmente, ainda hoje – ou cada vez mais – a produção doutrinária que se relaciona àquilo

que se pode denominar de dogmática jurídica continua caudatária das decisões tribunais. Ou seja, a doutrina continua doutrinando pouco.

Na verdade, sequer a dogmática jurídica conseguiu superar os velhos mitos, dentre eles, o da “verdade real”. Para termos uma ideia, uma importante alteração no Código de Processo Penal foi tornada ineficaz pela dogmática jurídica (inserida no sentido comum teórico), a partir de um velho truque interpretativo, típico das mixagens teóricas que se fazem no plano da cotidianidade das práticas jurídicas. Explico: a Lei nº 11.690/08 alterou o art. 212 do Código de Processo Penal. Essa alteração visava a introduzir o sistema acusatório na produção da prova, a partir da redução substancial da atividade inquisitiva do juiz. Veja-se a redação do art. 212: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.” Para não perder o controle da produção da prova, o Poder Judiciário contou com a valiosa ajuda da doutrina dogmática, que, como Warat sempre denunciou, tinha à disposição um discurso *prêt-à-porter*, com o claro intuito de esvaziar o conteúdo do novo texto jurídico. Nesse sentido, observe-se a “sutileza” dos comentários de dois acatados juristas pátrios, Guilherme Nucci e Luiz Flávio Gomes. Para Nucci (2008, p. 480),

[...] tal inovação [do art. 212 do CPP], entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. [...] Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição sempre iniciado pelo magistrado.

Luiz Flávio Gomes *et al.* (2008, p. 302) ressalta que

[...] a leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece ser exatamente assim. [...] Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arrai-

² Luis Alberto Warat, Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires, Argentina; Pós-Doutor pela Universidade de Brasília, Brasil. Foi professor titular de Filosofia do Direito, Introdução ao Direito, Lógica e Metodologia das Ciências na Universidade de Morón e na Universidade de Belgrano em Buenos Aires, entre outras. E também foi professor dos mais renomados programas de Pós-Graduação no Brasil, como UFSC, Unisinos, UnB, URFJ e URI. Por mais de 40 anos lecionou nos meios acadêmicos; além disso, escreveu mais de 40 livros. Doutor *honoris causa* da Universidade Federal da Paraíba. Presidente da Associação Latino-Americana de Mediação, Metodologia e Ensino no Direito – ALMMED. Suas áreas de atuação centravam em: Filosofia, Filosofia do Direito, Epistemologia, Linguística e Teoria da Argumentação Jurídica. Formou uma geração de juristas no Brasil e na Argentina.

gada na “práxis” forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes, pelo filtro judicial.

Resultado: os juízes continuam a proceder do mesmo modo como já procediam. E tudo com o beneplácito do STJ, para quem a não aplicação da nova redação do art. 212 é mera nulidade relativa (HC 103.525, rel. Min. Carmen Lúcia).³

Como isso funciona? De que modo os juristas aceitam essa “hermenêutica da acomodação”? Renunciando ao prazer de pensar. Renunciando à reflexão. Delegando para uma espécie de “monastério do saber” a “tarefa” de atribuir sentidos. Com Warat, é possível afirmar que, para atingir esse desiderato, a dogmática jurídica elabora um conceito de ideologia muito próprio, que Warat tão bem chamou de “uma forma de paixão que pressupõe a renúncia ao prazer de pensar”, isto é, o prazer de sentir que se pode enfrentar a realidade com respostas imprevisíveis pela construção de um campo simbólico assumido como objeto de necessidade. Eis aí o terreno em que se forja o senso comum teórico. A aposta na renúncia do prazer de pensar...!

O senso comum teórico: forma de denúncia do establishment jurídico-dogmático

Contra esse tipo de “drible hermenêutico”, Warat construiu, muito tempo atrás, um precioso conceito – o *senso comum teórico dos juristas* – que vem a ser a maneira pela qual a dogmática jurídica instrumentaliza tais questões (lembremos o que disseram Nucci e Luiz Flávio Gomes: “[...] em uma leitura apressada”, “[...] para a tradição”, frases construídas com palavras carregadas de anemia significativa). Pode-se dizer que, a exemplo de Peter Sloterdijk, (1996 p. 312), que, na Alemanha propôs a *Kritik der zynischen Vernunft* (crítica da razão cínica), Warat elabora, para a América Latina, com o seu *senso comum teórico*, uma espécie de *crítica da razão cínica* acerca do funcionamento do Direito e da dogmática *stricto sensu*.

Que as palavras da lei não possuem um sentido unívoco, Kelsen já nos ensinara de há muito. Mas, com Warat, com sua semiologia política, o Direito passa a ser linguagem, com referência a alguma coisa. Detectar o sentido do Direito passa pela aferição do problema pe-

las regras da língua, do cotidiano e da história. Daí que, por exemplo, enquanto Sercovich (1977) denunciava que um discurso é transparente quando seus significados perdem sua densidade semântica (sócio-histórica) transformando-o numa imagem, Warat (1995, p. 61, 62) chama(va) a atenção para o fato de que campos inteiros do saber são eliminados para remeter os homens a uma esfera simbólica altamente padronizada, instituída e capitalizada a favor do modo de semiotização dominante.

Por tudo isso, as presentes reflexões pretendem discutir a atualidade do conceito waratiano de *senso comum teórico dos juristas*. Warat, sem qualquer dúvida, além de cunhar a expressão *senso comum teórico dos juristas*, foi quem melhor trabalhou a relação dos juristas – inseridos numa espécie de “*corpus* de representações” – com a dogmática jurídica e a lei em suas práticas cotidianas.

Claro que Warat, nos anos mais recentes, tinha presente os limites de uma teoria semiológica ou semiótica. De qualquer maneira, porém, é inegável contribuiu (e continua contribuindo), sobremodo, para a desmi(s)tificação do imaginário gnosiológico dos juristas. A crítica ao *senso comum*, nesse ponto, vivifica! Fere! Produz fissuras! E parece que Warat continua se importando com isso, tanto é que, em seu trabalho mais recente, afirma que

los juristas sostienen la eficacia social de la ley en la ficción de sus sentidos. Una lógica compulsiva de la pura apariencia de sentidos, que opera como una especie de garantía de obtención, en forma retroactiva, de un significado que ya estaba en la ley desde su promulgación. Se salva así la pureza de la ley y se niega a la producción de subjetividad su valor jurídico (Warat, 1996, p. 27).

Ou seja, com essa aguda crítica, diante do fato de que, no âmbito da dogmática jurídica, há uma constante busca do “correto” sentido, um sentido “dado”, um “sentido-em-si”, ou, no inverso, “um qualquer sentido construído solipsisticamente”, tudo está a indicar que Warat continuou, de forma incansável, em guerra com os diversos positivimos e com a dogmática jurídica, enfim, contra aqueles que, atribuindo à linguagem um papel absolutamente secundário, acreditam que, de um lado, é possível buscar um sentido que esteja na norma, *como se esta fosse o veículo de essências de coisas e de fatos sociais* e que no Direito existem verdades apofânticas, e, de outro, que possam construir/atribuir qualquer sentido ao texto, desde que isso interesse ao intérprete.

Isto porque Warat sempre teve em mente a importância da viragem linguística da filosofia (*linguistic turn*)

³ Ver nesse sentido: Streck (2010).

deste século, quando a linguística invadiu o terreno da filosofia. Livre das concepções metafísicas e das ontologias – que são concepções de uma determinada realidade que se apresenta ao sujeito como definitiva do mundo como ele é – Warat (1996), assim como Stein, nunca acreditou na existência de “um significante primeiro, que se buscava tanto em Aristóteles como na Idade Média, como ainda em Kant; significante que nos daria a garantia de que os conceitos em geral remetem a um único significado”. Consequentemente, o Direito deve ser compreendido não como um conjunto de normas com sentidos em-si-mesmos, latentes, pré-construídos, mas, sim, como um conjunto de normas que, permanentemente, (re)clamam sentidos, onde o processo de produção de sentido é assumido como inexorável.

Denunciando as “obviedades” do *senso comum teórico dos juristas*, Warat colocou/coloca a lume a miséria do Direito e o Direito da miséria. Desnudando esse imaginário que surge das entranhas da dogmática jurídica, Warat construiu/constrói imagens desestabilizadoras sobre o Direito. Imagens que tinham (e têm) o condão de indignar, criando “incômodas” inconformidades.

O *senso comum teórico dos juristas* (Warat, 1994b, p. 57) vem a ser, assim, esse conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de Direito, as associações profissionais e a administração pública. Tal conceito traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica.

Difusamente, o *senso comum teórico* é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. Pode ser entendido, ainda, como uma racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas. Tal racionalidade aparece de vários modos e maneiras e configura a instância de pré-compreensão do conteúdo e os efeitos dos discursos de verdade do Direito, assim como também incide sobre a pré-compreensão que regula a atuação dos produtores e usuários dos discursos do e sobre o Direito (Warat, 1994b, p. 57).

No âmbito da teoria crítica do Direito, é com Warat que começamos a refletir acerca das condições de possibilidade para a realização de um discurso que pudesse evitar/ultrapassar aquilo que Sercovich chamou

de “transparência” de discurso. Ou seja, pode-se dizer, apropriando-nos das lições do mesmo Sercovich, que o discurso dogmático é transparente porque as sequências discursivas remetem diretamente à “realidade”, ocultando as condições de produção do sentido do discurso. Daí que o discurso dogmático se transforma em uma transparência, na tentativa (ilusória) de expressar a realidade social de forma imediata. Ocorre, desse modo, uma espécie de “fetichização do discurso jurídico”. É dizer, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma-lei-em-si, abstraída das condições que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade “natural”. No fundo, o discurso jurídico transforma-se em um “texto sem sujeito”, para usar a terminologia de Pierre Legendre.

Warat sempre lutou, em seus escritos, para que o processo de produção de sentido não ficasse escondido/guardado sob um hermético segredo, como se sua *holding* fosse uma abadia do medievo. Isto porque sempre nos ensinou que o que rege o processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e ocultadas, aparecem como se fossem feitas de um “lugar-virtual”, ou de um “lugar fundamental”.

Por isso, a dogmática jurídica, ao elaborar um discurso interpretativo sobre uma norma, produz sentido, cujo efeito ideológico é alcançado na exata medida em que esse processo (de produção de sentido) é negado. Dito de outro modo, somente negando/escondendo esse processo de produção de sentido é que a dogmática jurídica alcança o seu desiderato.

As “funções” do senso comum teórico dos juristas

Graças a Warat, ficou mais fácil perceber/detectar, no âmbito da teoria crítica sul-americana, que um dos aspectos que instrumentalizam a crise de paradigma da dogmática jurídica baseia-se na circunstância de que, no Direito, não se contam os limites precisos entre o saber comum e a ciência. Na sua arguta percepção, apesar dos esforços dos últimos anos para aproximar o conhecimento do Direito a uma lógica formal das ciências, a epistemologia jurídica é inexistente fora dos círculos reduzidos e de escassa penetração dentro dos círculos clássicos, o que dificulta a diferenciação entre “doxa” e “episteme”.

Nesse contexto, diz o mestre argentino-brasileiro, a epistemologia do Direito não passa de uma “doxa” privilegiada. Ou seja, por detrás das regras do método e dos instrumentos lógicos da dogmática existe uma mentalidade difusa que constitui a vigilância epistemológica

pela servidão do Estado. Mais ainda, a ordem epistemológica de razões é substituída por uma ordem ideológica de crenças que preservam a imagem política do Direito e do Estado. Essa ilusão epistêmica, composta pelo conjunto de opiniões compartilhadas pela comunidade de juristas, é o que Warat denomina de *senso comum teórico dos juristas*.

Quatro são as funções do *senso comum teórico dos juristas* especificadas por Warat: a função normativa, por intermédio da qual os juristas atribuem significação aos textos legais, estabelecem critérios redefinitórios e disciplinam a ação institucional dos próprios juristas. A segunda função é ideológica, uma vez que o *sentido comum teórico* cumpre importante tarefa de socialização, homogeneizando valores sociais e jurídicos, de silenciamento do papel social e histórico do Direito, de projeção e de legitimação axiológica, ao apresentar como ética e socialmente necessários os deveres jurídicos. Num terceiro momento, o *senso comum teórico* cumpre uma função retórica, que complementa a função ideológica, pois sua missão é efetivá-la. Neste caso, o *senso comum teórico* opera como condição retórica de sentido, proporcionando um complexo de argumentos (lugares ideológico-teóricos para o raciocínio jurídico). Por último, o *senso comum teórico* cumpre uma função política, como derivativa das demais. Essa função se expressa pela tendência do saber acumulado em reassegurar as relações de poder. Por isso, acrescenta, é fácil perceber como o conhecimento jurídico acumulado consegue apresentar os dispositivos do poder, plurais, dispersos e dependentes de tendências, como um conjunto unívoco e bem ordenado aos fins propostos.

A partir de tais premissas, Warat vai afirmar que a realidade do cotidiano dos juristas – a sua relação com a lei e o Direito – por si só não é significativa. Porém, ela se apresenta dessa maneira graças ao *senso comum teórico* no ato de conhecer. O que determina a significação dessa realidade é toda a faculdade cognoscitiva, institucionalmente conformada com todos os seus elementos fáticos, lógicos, científicos, epistemológicos, éticos e de qualquer outra índole ou espécie. A significação dada ou construída via *senso comum teórico* contém um conhecimento axiológico que reproduz os valores, sem, porém, explicá-los. Consequentemente, essa reprodução dos valores conduz a uma espécie de conformismo dos operadores jurídicos.

Daí a dificuldade para a obtenção de algumas respostas que exurgem de perguntas do tipo “o que significa a norma *‘todos são iguais perante a lei’* para a imensa maioria da população brasileira? O que significa a *‘pacta sunt servanda’* em um conflito sociojurídico

entre ricos e pobres?” Não é difícil ou temerário dizer que os paradoxos originários da sociedade repleta de conflitos e contradições acabam sendo, exatamente, diluídos no interior desse *corpus* denominado por Warat de *senso comum teórico do saber jurídico*.

Por exemplo, um funcionário público de alto escalão engaveta um processo (administrativo ou judicial) durante três ou quatro anos. Dentro dos cânones estabelecidos pela dogmática jurídica, para processá-lo pelo crime de prevaricação é muito difícil, pois exige-se o dolo, uma vez que o “legislador” não previu a hipótese de prevaricação culposa. Desse modo, se o acusado alegar, em sua defesa, que “o processo ficou parado tanto tempo” porque foi preguiçoso, desleixado ou até mesmo negligente, fatalmente será absolvido (se denunciado for e a denúncia for recebida). Tudo porque a preguiça, a negligência ou o desleixo são considerados causas que excluem o dolo (aliás, como se diria na dogmática tradicional, “*nesse sentido a jurisprudência é mansa e pacífica*”: RT 451/414; 486/356; 565/344; 543/342...). Registre-se que há a exigência de uma espécie de “dolo de engavetamento”. Somente uma parada na “estação do *senso comum teórico*” pode explicar a forma(ta)ção de um discurso desse jaez. Como contraponto, veja-se o caso de um indivíduo que furta uma galinha e a leva para sua casa. Neste caso, basta que com ela (com a *res furtiva*) fique alguns minutos, para que, em sendo preso, esteja caracterizado o crime de furto (cuja pena, aliás, é várias vezes superior à da prevaricação). Isto porque

nessa linha existe copiosa jurisprudência, [dando conta de que] o furto atinge a consumação no momento em que o objeto material é retirado da esfera de posse e disponibilidade do sujeito passivo, ingressando na livre disponibilidade do autor; ainda que este não obtenha a posse tranquila (Jesus, 1993, p. 462).

Que tipos de visão têm, pois, os operadores jurídicos – mergulhados na imensidão do *senso comum teórico* – sobre a aplicação e a eficácia das leis existentes no Brasil? Segundo Warat, o *senso comum teórico* é instrumentalizado por uma racionalidade positivista, que atua como fetiche de sua razão cotidiana, além de atuar como mediadora dos conflitos sociais. Exatamente por isso que os operadores do Direito trabalham em uma instância de julgamento e censura – uma espécie de “superego da cultura jurídica” (Warat, 1995, p. 82) – que os impede de produzir decisões autônomas em relação a esse nível censor. Não conseguem se dar conta do *fumus* ideológico que, de forma inexorável, está por detrás de cada interpretação da lei, de cada sentença, enfim, de cada discurso acerca do Direito.

O que não pode ser esquecido é que, como lembra Warat, no dia a dia quer da vida social, quer no universo do Direito, não há dúvida de que a prática cotidiana do *sensu comum teórico* reforça a adesão dos juristas a um determinado paradigma. Esse paradigma é exatamente o paradigma dogmático, que, para sua consecução e manutenção, utiliza-se de um artifício que Ferraz Jr. (1987, p. 280) denomina de *astúcia da razão dogmática*, que atua mediante mecanismos de deslocamentos ideológico-discursivos. Esta astúcia da razão dogmática, explica o jusfilósofo paulista, “põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos. E o faz ao torná-los conflitos abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis.” Ou seja, a partir desse deslocamento, não se discute, por exemplo, o problema dos direitos humanos e da cidadania, mas, sim, sobre (e a partir) deles. Como muito bem ilustra Claude Lefort, uma das operações fundamentais do processo ideológico consiste na passagem do discurso de ao discurso sobre. Marilena Chauí (1980), nesse sentido, lembra que “é assim que podemos quase detectar os momentos nos quais ocorre o surgimento de um discurso ideológico: por exemplo, quando o discurso da unidade social se tornou realmente impossível em virtude da divisão social, surgiu o discurso sobre a unidade; quando o discurso da loucura tem que ser silenciado, em seu lugar surge um discurso sobre a loucura; onde não pode haver um discurso da revolução, surge um outro, sobre a revolução; ali onde não pode haver o discurso da mulher, surge um discurso sobre a mulher, etc.”.

Graças a isso, no contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformadas em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, “*suplicante e suplicado*”, objetivações essas que, convenhamos, deveriam envergonhar (sobremodo) a todos nós. Isto quer dizer que a luta de classes não entra nos fóruns e nos tribunais, graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de “coisificação” das relações jurídicas. Veja-se o modo como o *sensu comum teórico* “resolveu” o conflito de dispositivos legais (Lei 8.069 v. Lei 8.072). Explicando: o art. 263 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispôs sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou um parágrafo único aos artigos 213 (estupro) e 214 do Código Penal (atentado violento

ao pudor), agravando a pena quando cometido o crime contra pessoa menor de 14 anos (a pena estabelecida foi de 4 a 10 anos). Entretanto, a Lei 8.072, do mesmo ano, que classificou os crimes hediondos, além de agravar a pena de estupro, criou uma causa de aumento de pena, aumentando-a da metade quando praticado o crime contra pessoa menor de 14 anos.

No caso em tela, criou-se, destarte, o seguinte impasse: na ocasião, o art. 213, v.g., passou a estabelecer que quem praticasse estupro contra pessoa maior (*caput* do artigo) receberia uma pena de 6 a 10 anos; já no parágrafo único tinha-se que para quem praticasse o crime contra pessoa menor de 14 anos, a pena seria menor, ou seja, de 4 a 10 anos. Duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais se formaram: uma defendendo a validade do parágrafo único, é dizer, admitiam que quem praticasse estupro contra criança poderia receber pena menor que quem estuprasse uma pessoa adulta, e a outra defendendo a tese de que o citado parágrafo único era inadmissível. Na verdade, pouco importou – para uma determinada corrente doutrinária e jurisprudencial – a teratologia resultante do paradoxo que é a imposição de uma pena mais branda a quem estupra uma criança em comparação com aquele que estupra uma mulher adulta... O que importou foi fazer uma “boa hermenêutica”; o importante foi “resolver, com competência dogmática, ‘neutralmente’, as antinomias” do sistema... Vale lembrar, nesse contexto, o dizer de Russo, para quem qualquer estudante sabe que a verdade, em lógica formal, se adquire ao preço de renunciar ao conhecimento do mundo (Russo, 1987, p. 14). Enfim, tamanha foi a dimensão da crise, que o *establishment* jurídico-dogmático não conseguiu “resolver o problema” no plano da hermenêutica. Ou seja, o “sistema” teve que recorrer ao “legislador racional” que, mediante a edição da lei federal n. 9.291, de 4 de junho de 1996, revogou os parágrafos únicos em questão. Isto é, a comunidade jurídica não conseguiu resolver o problema. Porque interessava, apegou-se à concepção mais dogmática. Já em outras oportunidades, a mesma comunidade disse o contrário. Uma no cravo, outra na ferradura. Por exemplo, na hora de cumprir o art. 212 do CPP, há juristas que dizem que onde está escrito que “o juiz não poderá...”, leia-se “o juiz poderá...” e sem qualquer alusão à jurisdição constitucional (sobre esse assunto, volto em breve).

Não deixa de ser elucidativo o episódio que envolveu a aplicação, por centenas de juizes, de um dispositivo não votado – introduzido de forma não muito bem explicada no corpo da Lei n. 9.639/98 (parágrafo único do art. 11). Nota: o “não muito bem explicado” é eufemismo meu. Sigo. Naquele ano (1998), o Congresso Nacional aprovou projeto do Poder Executivo, conce-

dendo anistia aos agentes públicos que retiveram contribuições previdenciárias dos segurados da Previdência Social. Tal matéria constou no art. 11 do projeto. Mas o texto que foi à sanção presidencial levou o acréscimo do parágrafo único, estendendo a anistia aos sonegadores de tributos. O presidente da República sancionou a Lei sem perceber a irregularidade. Constatado o equívoco da sanção, o ato foi republicado no dia seguinte.

Pois bem: com base na “vigência” “por um dia” do parágrafo fantasma, começaram a ser concedidas anistias a todas as pessoas envolvidas nos crimes alcançados por esse “acrécimo”, sob fundamentos do tipo “em nome da segurança jurídica, o texto publicado, apesar de erro, existe e entrou em vigor...”, etc., aduzindo-se ainda citações doutrinárias (*sic*) acerca da interpretação do art. 1º, parágrafo 4º, da LICC...! Em face disso, o Ministério Público Federal teve que ingressar com milhares de recursos extraordinários, a ponto de o Supremo Tribunal Federal, ao indeferir o HC n. 77724-3, levar a matéria a plenário, declarando inconstitucional o referido dispositivo. No fundo, decidiu-se a coisa mais prosaica do mundo: a de que uma lei fantasma não pode gerar efeitos no mundo jurídico...! O inusitado da questão é que um grupo expressivo de juízes não conseguiu resolver o “problema gerado por uma lei fantasma”, tendo que ser chamada a Suprema Corte para solver o litígio, ficando patente a crise de baixa constitucionalidade, pela metafísica equiparação entre vigência e validade que serviu de base para as decisões que determinaram o arquivamento (*sic*) dos processos. Puro positivismo exegético em pleno século XX.

No mesmo rumo, preso nas amarras do senso comum teórico, um juiz de Direito concedeu liminar de reintegração de posse em favor de fazendeiro que ocupava terras de propriedade do governo, para desalojar centenas de sem-terras, sem examinar se eram ou não particulares. Resultado disso é que morreram dezenas de pessoas... Para o magistrado, não se tratava de um conflito social, mas apenas de um problema decidível no âmbito do formalismo jurídico.

Foi nesse mesmo sentido que uma recente decisão do TST não admitiu um recurso devido à falta do recolhimento de apenas um centavo, deixando a recorrente numa situação completamente absurda. Na verdade, a recorrente deveria efetuar o depósito da metade do valor máximo do Recurso de Revista, ou seja, R\$ 5.889,51 (metade de R\$ 11.779,02). No entanto, após a falta de um centavo, a recorrente teve de se “contentar” com a posição do tribunal de não examinar o mérito da causa.⁴

Do teratológico ao surrealismo, os caminhos do *sentido comum teórico* são labirínticos e tortuosos.

No mesmo diapasão, nos contornos estabelecidos pelo *senso comum teórico*, torna-se perfeitamente viável e possível, no campo da dogmática jurídica – quando da interpretação da dicção do art. 213 do Código Penal, que trata do estupro contra mulher – comentários do tipo “[...] sempre que a mulher não consentir na conjunção carnal e o marido a obrigar ao ato, com violência ou grave ameaça, em princípio caracterizar-se-á o crime de estupro, desde que ela tenha justa causa para a negativa” (Jesus, 2000, p. 96). Isso deveria estar ultrapassado. Mas ainda há livros dizendo isso.

Também não se discutem no âmbito da dogmática, ficando, por conseguinte, escondidas nas brumas do *senso comum teórico*, as condições de possibilidade que tem o juiz para avaliar a personalidade do réu por ocasião da aplicação da pena, em conformidade dos ditames do art. 59 do Código Penal. Diz esse dispositivo que o juiz, ao aplicar a pena, entre outras coisas, deve atentar para a personalidade do réu.

Destarte, diante da dificuldade da aferição do que seja “personalidade do delinquente”, resta ao magistrado buscar/colher subsídios no campo da dogmática jurídica, onde descobrirá, por exemplo, que “personalidade é todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano” (Franco *et al.*, 1995, p. 276).

À guisa de considerações finais

Daí a atualidade e a operacionalidade do conceito waratiano de *senso comum teórico*. Com ele, e a partir dele, há que se (re)pensar o Direito com urgência, porque cada decisão judicial, cada interpretação de uma lei, tem uma necessária e inexorável inserção social. Não é uma simples abstração. E o jurista (juiz, promotor, advogado) deve entender que não está lidando com ficções. Caso contrário, correrá o risco de confundir as ficções da realidade com a realidade das ficções.

Respaldo na funcionalidade de suas próprias ficções e fetiches, o *senso comum teórico* dos juristas renuncia a ser um meio de compreensão do mundo para ser um modo de aumentar a autoridade de alguns homens sobre outros. Os discursos de verdade não são o resultado de um emissor isolado, estando vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma

⁴Ver nesse sentido: Streck (2012).

subjetividade específica dominante (Warat, 1994a, p. 68). Por isso, Warat dizia que nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade “científica”, de um monastério dos sábios.

É desse monastério de sábios que emana a “fala autorizada” que (re)produz o *sensu comum teórico*. Os eleitos recebem o *skeptron* (da obra de Homero) de que fala Bourdieu. Estão, assim, autorizados a fazer “extorsões de sentido”. E quem se rebelar responde pelo crime de “porte ilegal da fala” (Bourdieu, 1996, p. 39, 63, 89). Por isso, insisto na atualidade e na presença do conceito e da crítica de Warat acerca dessa temática. Ele nos diz que é necessário fazer a terapia do conhecimento. Existem poucas ousadas e muitas fantasias que recobrem as teorias sobre o Direito. Há um mundo a ser despertado, um mundo mostrando que as contradições íntimas são as que levam à claridade do saber (Warat, 1988, p. 21, 98).

Aprende-se, conforme Warat, na magia das contradições. E a prática dos juristas unicamente será alterada na medida em que mudem as crenças matrizes que organizam a ordem simbólica desta prática. A pedagogia emancipatória do Direito passa pela reformulação de seu imaginário instituído.

Por isso, a interrogação sobre a adequação do direito à realidade se torna uma questão inócua. Nestes tempos de fragmentação, a realidade do Direito acaba sendo a sua própria representação (Warat, 1988, p. 21, 98). Com Boaventura de Souza Santos (1996, p. 6), que diz que o grande modo de inserir o sofrimento humano no currículo escolar é através de imagens desestabilizadoras, acredito que, para uma reformulação do imaginário jurídico, são necessárias imagens que questionam, que indignam e que podem criar subjetividades rebeldes e inconformistas, até porque imagens não se criam com ideias. Imagens criam-se com imagens! Superando a alienação dos juristas que, segundo Warat, “em face do discurso da lei, [...] desenvolvem práticas interpretativas que forçam o silêncio sobre suas condições políticas, facilitando respostas gravemente patológicas (esquizofrenia e outros sintomas) e escandalosos desejos instituídos de alienar, excluir e omitir” (Warat, 1994a p. 20).

Referências

- BOURDIEU, P. 1996. *A economia das trocas linguísticas*. São Paulo, USP, 188 p.
- CHAUÍ, M. de S. 1980. Ideologia e educação. *Revista Educação e sociedade*, nº5, pp. 24-40.
- FERRAZ JR, T.S. 1987. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo, Atlas, 335p.
- FRANCO, A.S.; STOCO, R. 1995. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 4352 p.
- GOMES, L.F.; CUNHA, R.S.; PINTO, R.B. 2008. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito*. São Paulo, RT, 398 p.
- JESUS, D.E. de. 1993. *Código Penal anotado*. São Paulo, Saraiva, 895 p.
- JESUS, D.E. de. 2000. *Direito Penal*. 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 802 p.
- NUCCI, G. de S. 2008. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1182 p.
- SANTOS, B. de S. 1996. Entrevista. *Zero Hora*. Caderno de Cultura. Porto Alegre, 6 de jul.
- RIBEIRO, D. 1979. *Ensaio insólito*. Porto Alegre, L & PM, 266 p.
- RUSSO, E.A. 1987. Sobre ciertos abusos de la analiticidad. In: L.A. WARAT; E.A. RUSSO, *Interpretación de la ley*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 14 – 24.
- SERCOVICH, A. 1977. *El discurso, el psiquismo y el registro imaginario*. Buenos Aires, Nueva Visión, 93 p.
- SLOTERDIJK, P. 1996. Kritik der zynischen Vernunft. In: S. ZIZEK (org.), *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro, Contraponto, pp. 312 - 313.
- STRECK, L.L. 2010. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ*, 15(1):158-173. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 14/08/2012.
- STRECK, L.L. 2012. Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo>. Acessado em: 14/08/2012.
- WARAT, L.A. 1994a. *Introdução geral ao direito I*. Porto Alegre, Fabris, 232 p.
- WARAT, L.A. 1994b. *Introdução geral ao direito II*. Porto Alegre, Fabris, 325 p.
- WARAT, L.A. 1995. *Introdução geral ao direito II*. Porto Alegre, Fabris, 392 p.
- WARAT, L.A. 1996. *Por quien cantan las sirenas*. Joaçaba, Unoesc/CPGD-UFSC, 134 p.
- WARAT, L.A. 1988. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo, Acadêmica, 103 p.

Submetido: 15/08/2012

Aceito: 19/10/2012