

O MONASTÉRIO DOS SÁBIOS: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O DISCURSO JURÍDICO-PENAL

Carlos Frelre Hofmeister()*

O objetivo deste trabalho é o de tecer algumas considerações acerca das idéias do Professor Luís Alberto Warat expressas na Parte II, Capítulo I da sua obra "Introdução Geral ao Direito", 1995, relacionando-as com o discurso jurídico-penal.

No capítulo em pauta, sob o título *O Monastério dos Sábios*, o autor reflete acerca do sentido comum teórico dos juristas.

O texto é denso, seu conteúdo instigante. Tentar-se-á destacar os pontos principais objeto da sustentação do autor, relacionando-os com problemas objeto do nosso interesse específico, em nossa área de investigação.

Warat principia por interrogar "esta esfinge discreta" chamada *ciência do Direito*.

E formula duas constatações logo no início do texto:

O conhecimento do Direito responde em alta medida a nossas subordinações cotidianas e à versão conformista do mundo que fundamenta a sociedade constituída;

A ciência do Direito nos massifica, deslocando permanentemente os conflitos sociais para o lugar instituído da lei, tornando-os menos visíveis.

De outro lado, a linguagem oficial do Direito determina uma multiplicidade de efeitos dissimuladores.

Assim, a capacidade do campo simbólico do Direito oculta a genealogia e o funcionamento institucional do discurso jurídico (nunca aparece

(*) Procurador de Justiça-RS, aposentado.

manifesto o poder desse discurso, nem sua função como discurso do poder e sobre o poder).

A ciência jurídica deixa de explicar o caráter mitológico de sua racionalidade subjacente. Importante salientar que a dimensão simbólica do Direito acaba por simular lingüísticamente sua unidade, proclama ilusoriamente o fim da contradição, tanto no espaço social como no tempo histórico (ex. a igualdade perante a lei).

Acrescente-se a tal quadro os mecanismos ilusórios que põem em funcionamento o sistema dominante das representações jurídicas sobre o Estado (encarnação do interesse geral, protetor desinteressado dos desejos coletivos etc.).

Em linhas gerais, segundo Warat, assim se apresenta o pensamento jurídico liberal, formulando o Estado como sujeito externo à sociedade, que encarna o bem comum, fundamentando sua ação e existência racionalizadora no Direito.

Pensando o discurso jurídico penal vigente, à luz das afirmações do autor, uma série de constatações se impõe.

Antes de mais nada, cumpre enfatizar o diploma legal básico, o Código Penal editado em 1940 (com a reforma de 1984, apenas na Parte Geral).

Assinala-se em sua Exposição de Motivos:

“Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva.”

O seu artigo 1º consagra o postulado básico, o princípio da legalidade:

“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Assim, costuma-se ler nos manuais, em comentário ao aludido dispositivo:

“Só a lei é fonte imediata de conhecimento do Direito Penal. A lei penal é o pressuposto das infrações e das sanções.” (Damásio de Jesus, Comentários ao Código Penal, p. 54).

Da lei nasce a pretensão punitiva do Estado a reprimir os atos catalogados em seu texto como delitos. A lei é a fonte e a medida do direito de punir. O Estado não pode castigar um comportamento que não esteja descrito em suas leis, nem punir o cidadão, quando inexistente **a *sanctio juris*** cominada ao delito. **Nullum crimen, nulla poena sine lege.**

Eis os postulados básicos sobre os quais se assenta o discurso penal.

Saliente-se que o princípio da reserva legal tem alcance político. Assente na Carta Magna, consiste garantia constitucional dos direitos humanos.

Ele traça os limites ao comportamento lícito e ilícito, punível conforme a lei penal.

Prosseguindo com estas reflexões, verificamos que tal edifício racional construído sobre a supremacia da lei se abala e se enfraquece ao mais leve toque da realidade.

Há mesmo, pode-se dizer, um esgotamento do sistema penal que não consegue deter a criminalidade crescente em suas múltiplas formas, dos delitos de trânsito, homicídios perpetrados pelos "justiceiros", passando pelos crimes do colarinho branco, apenas para exemplificar.

Voltando a Warat, *"a ciência do Direito nos massifica, deslocando permanentemente os conflitos sociais para o lugar instituído da lei..."*

No caso específico do Direito Penal, parece-nos que, tal filosofia de deslocar os conflitos para o plano meramente legal, na tentativa de torná-los menos visíveis, não foi bem sucedida.

O que se verifica é a impotência da lei e do aparelho judiciário no sentido de conter a criminalidade crescente, ela como que se rebela e se sobrepõe aos instrumentos de que dispõe o Estado.

Assim, as assertivas iniciais de Warat encontram eco em questões atuais, visíveis, reconhecíveis sem grande esforço.

Com relação ao Estado, o autor entende que este pode ser descrito como fundamento simbólico de um sistema de instituições.

O Estado funciona como uma grande máquina produtora da subjetividade social, da qual muito pouco escapa, consagrando-se como uma instância da censura, do segredo e do silêncio.

Warat não aceita a distinção entre cultura erudita e cultura popular, preferindo distinguir cultura oficial, conformista e repressiva e, de outro lado, um campo cultural de resistência, subversivo e direcionado à formação dos sujeitos singulares autônomos.

Pensa ele que o Estado pode tornar-se uma forma social democrática quando os indivíduos tenham força para modificar a cultura oficial e suas formas instituídas de produção da subjetividade coletiva, superpondo-lhe a intertextualidade de um campo cultural de resistência. Um Estado democrático possível não passa de um "Estado tolerante"

Enfrentando a questão sob a ótica das ciências humanas, Warat constata que as formas que adquirem esses saberes dependem também da subjetividade coletiva instituída, pois os especialistas se encontram também na posição de consumidores da subjetividade coletiva. Aliás, são duplamente consumidores da subjetividade instituída. Além da subjetividade que circula socialmente, consomem a subjetividade específica que articula e controla a produção social das verdades.

Os discursos de verdade nunca são resultado de um emissor isolado. Eles estão vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante.

E aqui chega-se ao título utilizado no texto:

"Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade 'científica', de um 'monastério de sábios'."

Para entender esse *monastério do saber* é preciso remontar ao surgimento da instituição escolar no Ocidente cristão.

Organizou-se o ensino porque existia a clara necessidade de converter, evangelizar, para que o povo de Deus pudesse produzir. A universidade contemporânea sente a necessidade de converter, de evangelizar.

O exercício do pensamento não se faz senão através do exercício da autoridade de forma articulada com a produção e difusão do poder.

No caso da comunidade científica, é impossível nela penetrar, converter-se em um de seus emissores autorizados, se não se fala a língua oficial do Estado, se não se aceitam os padrões epistemológicos que a cultura científica dominante impõe. Nesse sentido, enfatiza o autor, *a verdade é sempre uma palavra do Estado*.

Com efeito, aqui Warat consegue verbalizar uma problemática aliás não exclusiva da ciência jurídica.

O especialista é fundamentalmente um consumidor da subjetividade coletiva. Consumidor e não criador. Onde ficaria a criação? Warat admite que os atos livres dos controles da língua oficial são reduzidos.

A situação é complicada. O monastério dos sábios é uma prisão. Difícil dele sair. Pode-se imaginar por acaso um penalista que ignore a lógica oficial do discurso jurídico-penal, tal como é ministrada nos cursos universitários?

No campo jurídico, Warat defende que os juristas devam converter-se em operadores marginais do Direito, embora admitindo que não será fácil exercitar tal postura. Aponta as principais linhas de atuação dos juristas que pretendam colaborar com os movimentos marginais: a Universidade, a Investigação (inauguração de novas práticas), a Administração da Justiça, os Programas de Governo e a Redefinição da Problemática dos Direitos Humanos.

O *jurisdicismo* traz a baila uma matéria de suma importância: a interpretação.

A expressão *jurisdicismo* (de **Legendre**) consiste na visão de mundo legalista.

O *jurisdicismo* nos faz viver sua visão de mundo (centrada na lei) como absoluta e nos mostra algo desse universo de verdades absolutas

contidas na lei, ocultando o resto como condição inquebrantável do poder da glosa.

Ao abrigo do *jurisdicismo* e do cientificismo (conjunto das ilusões que permitem sustentar que a linguagem das ciências do homem na sociedade pode ser apenas um instrumento neutro, objetivo e metódico), finge-se analisar, sem proibições, a sociedade industrial e suas instituições.

O *jurisdicismo* também é responsável pelos mecanismos de sole-nização da palavra, a qual possibilita à ciência da lei mostrar-se como saber enigmático, saber de um poder suposto como absoluto, dotado da divina capacidade de dizer indefinidamente a verdade.

O sentido da lei para o Ocidente se encontra a partir do saber, na medida em que a lei é vivida por nosso imaginário como o discurso resplandecente da verdade.

A produção social da subjetividade se assenta sobre a lógica do Direito Romano. É o triunfo da representação simbólica da paternidade como dominação romana.

As instituições funcionam paternamente como produtoras da sub-jetividade. A paternidade opera como um significante todo poderoso que permite evocar um relato legendário co-legitimador de uma inquestionável sabedoria do comentário.

E aqui chega-se à questão da interpretação.

A lei é como um lugar vazio, por onde circulam significações e alegorias que a fazem falar.

A lei se encontra como um lugar inicialmente vazio por onde transitam os doutores, fazendo desse vazio seu lugar de poder. Homens comuns disfarçados de sábios, reveladores do saber absoluto. Warat escreve:

"E para isto a lei precisa funcionar como um significante separado de todas as significações, mas, ao mesmo tempo, simulando possuir todas as significações que as interpretações possam atribuir-lhes."

E acrescenta:

"Esse é o destino de um escrito vivo como suporte do poder de seus pontífices: estes simulam interpretar para garantir seu poder."

Com efeito, o vazio legal é preenchido através da interpretação. Ensinam os manuais que todas as leis devem, para ser aplicadas, ser interpretadas. E que a interpretação não é atividade matemática. Muitos são os estudos dedicados à problemática da interpretação, aos métodos utilizados, aos resultados diversos aos quais se chega, conforme os diferentes métodos.

A interpretação diverge nos diversos tribunais das unidades federa-das, diverge entre juízes singulares. Tudo está a demonstrar o vazio legal.

Aqui não há lugar para a atividade criativa, segundo Warat (observe-se que a maioria dos juristas pensa exatamente o contrário; tornou-se lugar comum aludir à uma “atividade criadora dos juízes”).

O juridicismo instala um princípio de legalidade na comunicação, que está fundado na liturgia de uma lei fundadora, miticamente conhecida e transmitida através de um discurso que diz as verdades apoiando-se no ritual de um procedimento.

Warat vai mais longe: graças à visão jurisdicista e seu funcionamento como sentido comum teórico, a instituição social tem em cada um dos juristas e cientistas sociais seu principal colaborador, conta com censores de tempo integral.

Portanto, a atividade judicial interpretativa reproduz a versão de caráter conformista do mundo, repete o discurso oficial, contribui à manutenção do **status quo**, embora não se lhe reconheça esta peculiaridade, acreditando-se e atribuindo um papel criativo à jurisprudência.

E que mesmo naqueles casos nos quais se vislumbra uma orientação nova, uma mudança de entendimento por parte dos julgadores, tal ponto de vista parte sempre da interpretação da palavra da lei. É então a própria lei a fornecer os mecanismos que propiciam ao Juiz “criar o Direito no caso concreto”. (expressão corrente)

Para finalizar estas reflexões, voltemos ao sentido comum teórico dos juristas, reproduzindo as palavras de Warat, com o objetivo de aclarar o entendimento do autor e de chegar à algumas observações conclusivas:

“O sentido comum teórico dos juristas deve ser entendido como um conglomerado de opiniões, crenças, ficções, fetiches, hábitos expressivos, estereótipos que governam e disciplinam anônimamente a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do Direito, compensando-os de suas carências”.

Continua, ainda, o autor:

“Visões, recordações, idéias dispersas, neutralizações simbólicas que estabelecem um clima significativo para os discursos do Direito antes que eles se tornem audíveis ou visíveis”.

O que fazer, como abrir um caminho em meio a esse sentido comum teórico, tão bem explicitado pelo professor?

Tomemos como ponto de partida uma das linhas de atuação sugeridas: A Universidade.

Concentremos nossa atenção no ensino pelas seguintes razões.

O professor atua junto aos estudantes os quais não são operadores legais, mas sim aspirantes a operadores, em fase de preparação profissional. Melhor dizendo, estas pessoas estão recebendo o sentido comum teórico, mas estão também, por outro lado, trabalhando-o, construindo idéias próprias, quer dizer, não estão prontas. E sobretudo não são

profissionais ainda, não atuam no mercado (que limita a criatividade, com tendência a reproduzir....).

Se estas pessoas não estão prontas, acham-se mais abertas à reflexão e crítica.

Qual o papel da Universidade?

Pensamos que se trata exatamente do campo adequado e propício para exercitar e desenvolver o pensamento crítico, o único que poderá contribuir para as mudanças, com a ressalva de que se trata de um dos caminhos, mas não o único e exclusivo.

BIBLIOGRAFIA

- JESUS Damásio de. *Comentários ao Código Penal*. v. I, Saraiva, SP, 1985, p. 54.
- MONDARDO, Dilsa. *Vinte Anos Rebeldes: O Direito à Luz da Proposta Filosófico-Pedagógica de L. A. Warat*. Florianópolis, 1992.
- WARAT, Luís Alberto. *Introdução Geral ao Direito – A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre, Fabris, 1995, pp. 57-99.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas: a Perda de Legitimidade do Sistema Penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Revan, RJ, 1991.
- CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, incluindo a Exposição de Motivos. 25ª ed., Saraiva, SP, 1978.