

O DIREITO NA TÁBUA DA SALVAÇÃO: UMA CRÍTICA AO SENSO COMUM TEÓRICO

LAW IN STATE OF NECESSITY: A CRITICISM TO THE LEGAL MAINSTREAM

Fausto Santos de Moraes¹

José Paulo Schneider dos Santos²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Evidenciando o *senso comum teórico dos juristas*; 2. A vulgarização do ensino e aprendizado do direito no Brasil; 2.1. Do problema da tábua da salvação; 2.2. Outros exemplos de aberrações jurídicas pela doutrina e prática penal; 3. Direito e literatura e o discurso do desconhecido; 4. Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

A presente pesquisa é voltada a desenvolver a relação entre o senso comum teórico dos juristas e o contexto jurídico atual (a precariedade do ensino e compreensão do direito em *terrae brasilis*). Tenciona-se, ainda, através da fenomenologia-hermenêutica, denunciar verdadeiras aberrações jurídicas reproduzidas por juristas acríticos, meros repetidores do conhecimento dado. Para tanto se propões analisar as contribuições de Warat e Streck sobre o assunto. Adota-se, por fim, o Direito e Literatura como forma de superação da rede de conhecimentos imposta a toda comunidade jurídica. A relevância do trabalho se da pela necessidade de superação do senso comum teórico e, como se verá ao logo da pesquisa, só se supera algo, através dos horizontes de conhecimento, e, portanto, depende da (re)visão sobre o que seja esse algo, no caso do direito o denominado senso comum teórico dos juristas.

Palavras-chave: Sendo comum teórico; Ensino Jurídico; Direito e literatura.

ABSTRACT

The present research is aimed to develop the relationship between the Legal Mainstream and legal context current (precariousness of teaching and understanding of law in *brasilis terrae*). Will is also through hermeneutic

¹ Doutor em Direito Público (UNISINOS), docente do PPGD da Faculdade Meridional. Advogado. E-mail: faustosmorais@gmail.com

² Acadêmico do 6º semestre da Escola de Direito da Faculdade Meridional. E-mail: josepauloschneider@yahoo.com.br

phenomenology, report legal aberrations legal reproduced by uncritical jurists, merely repeat the knowledge given. Therefore it is proposed to analyze the contributions of Warat and Streck on the subject. It is pointed out finally an alternative to overcome the knowledge network imposed on the entire legal community. The relevance of the work is the need to overcome the common sense theory by reviewing the concepts formed on the uncritical legal categories.

Keywords: Legal Mainstream; Legal Learning; Law and Literature.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva caracterizar e investigar o denominado *senso comum teórico dos juristas*, tomando-lhe como um indício da formação jurídica em *terrea brasilis*. Especula-se, assim, existir um contexto de vulgarização e *simplificação* da doutrina pátria, propício à ocorrência de deficiências na (re)construção e compreensão das teorias jurídicas, que, por sua vez, contribuem para o enrijecimento teórico no ato de (re)produção dessa teorias.

A problemática envolvendo o *senso comum teórico dos juristas* e como isso se mostra no âmbito da produção de conhecimento jurídico. A racionalidade subjacente dos atores sociais (pré-compreensões do conteúdo e efeito das *verdades*) passa pela relação Sociedade e Estado, isto é, pela institucionalização de uma intersubjetividade que retira a autonomia reflexiva do ator social.

O título do presente trabalho foi construído idealizando uma provocação com o exemplo utilizado no Direito Penal para apresentar a categoria do "estado de necessidade". É com olhos nesse exemplo que esta pesquisa entende que o conhecimento jurídico tem uma dependência à doutrina dos manuais, esquematizados e simplificados, estando numa condição precária, na "tábua de Carnéades", necessitando de uma dogmática jurídica crítica para sua salvação. Vale indicar que Carnéades teria sido o filósofo grego que ao negar a existência dos deuses, sustentava que a justiça ou injustiça dependeriam da conveniência da situação. Daí, por decorrência, que o sobrevivente na tábua da salvação não poderia ser culpado pela morte de outrem, visto que a conduta agressiva seria exigida pela oportunidade (necessidade).

Desse modo, o objeto de estudo recai sobre a produção de conhecimento e a massificação das verdades científicas, neste caso, as jurídicas. O que se propõe é uma nova leitura acerca das coisas e do Direito. Afastando-se, assim, do *modus operandi* do Direito que se fecha à reflexão, cujo efeito seria a instrumentalização do saber. Propõe-se essa ruptura, a fim de devolver ao homem sua condição, primordial, de ser pensante e, portanto, sua capacidade de reflexão sobre o mundo (como um todo).

Para tanto, o trabalho está dividido em quatro seções. Na primeira delas, expõe-se, desde logo, o *senso comum teórico* (desde sua reconstrução histórica). Na segunda seção, examina-se o *déficit* educacional (no ensino e compreensão do direito) e as reproduções de conhecimento pela doutrina e pela prática penal em *terrae brasiliis*. Na terceira seção, aponta-se uma alternativa ao problema investigado. E na última, cuida-se das considerações e apontamentos finais.

1. EVIDENCIANDO O SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS

A partir dos exemplos denunciados na seção anterior é possível perceber que o agente social – no caso do direito os juristas – é, de alguma forma, afastado de sua capacidade originária de refletir sobre questões inerentes à vida em sociedade. O conhecimento crítico e reflexivo é exceção à regra. As coisas são por que são não cabendo valorações ou críticas sobre elas. Isto é, o modelo *apofântico* (de transmissão e recepção de conhecimento) é a regra.

Especula-se que o sentido de uma palavra depende de sua, própria, existência histórica, a qual é proveniente da intercomunicação cultural entre os seres humanos. Nesse sentido as significações da cultura, vão tecendo o conjunto de crenças e ficções, que permite instituir a disciplina e o conformismo em uma determinada na sociedade.

Pode-se afirmar, desse modo, que o discurso do *outro* – nesse caso o Estado – opera frente o discurso da coletividade, ou seja, o ente estatal direciona a realização de uma *intertextualidade totalitária* – que nada mais é do que o

MORAIS, Fausto Santos; SANTOS, José Paulo Schneider. O Direito na *Tábua da Salvação*: uma crítica ao senso comum teórico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

conjunto de significações, linguagens, pré-compreensões, ditatorialmente disponíveis – visando o controle e neutralização dos atores sociais³.

Com base nas lições de Rosa Maria Cardoso Cunha, o neopositivismo serviria a institucionalização de um conhecimento jurídico-científico. O que se pretendia era atribuir ao direito um caráter de ciência. A cientificidade pretendida para o direito previa a produção de conhecimento através da utilização de métodos (requisitos e conceitos). Desse modo a *Teoria Pura* – proposta por Kelsen – visava tornar o conhecimento jurídico mais didático, porém, rigoroso e isso serviria ao Estado no controle da consciência social⁴.

Nesse contexto, Warat identificou um sistema de produção de subjetividades científicas (*uniformização de sentido*), as quais agiriam em prol das verdades *postas* pelo Estado. Analisando essa problemática, inserido no modo de compreender e ensinar o direito, Warat verificou a existência de (re)produções de verdades jurídicas, chamando esse fenômeno de *senso comum teórico dos juristas*⁵.

No caso da ciência jurídica trata-se de condensações de saberes, que estabelecem de forma massificada os fatos jurídicos. Dito de outro modo, o *cientificismo* censurador (formador de realidades) é substituído pelo *juridicismo* (Warat), isto é, uma forma de ciência específica que reproduz aprisionamentos e uniformizações de sentido, tendo como consequência a retirada de autonomia da comunidade jurídica.

³ WARAT, Luis Alberto. **O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas**. In: WARAT, Luis Alberto. A epistemologia da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995, p. 61-62.

⁴ CUNHA, Rosa Maria Cardoso. WARAT, Luis Alberto. **Ensino e Saber Jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977, p. 21-24.

⁵ WARAT, Luis Alberto. **O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas**. p. 69.

Ainda com base nos ensinamentos de Warat – precursor da conceitualização do fenômeno aqui investigado – pode-se dizer que o *modus operandi* do juridicismo seja a lei⁶.

Desse modo a lei atua sobre os anseios dos atores sociais. O juridicismo, assim, tende a neutralizar as *vontades* da sociedade, organizando-as por meio de um conjunto de direitos e deveres e, portanto, instituindo a lei como fonte, ameaçadora, de controle e garantia das relações sociais.

Fica evidente que a instituição social anseia através da *palavra* – isto é, produção e proliferação de sentidos postos - normatizar a conduta social, possibilitando alcançar a legitimidade (no exercício do poder) necessária para o controle da vida em comunidade⁷.

De outra banda, na França do século XIX, o direito era exatamente o que dispunha a letra da lei, ou seja, um direito positivista legalista com bases na escola da Exegese. Para o direito positivista existir havia a necessidade do papel do Estado, que era encarregado de controlar o cenário político e socioeconômico da época. Isto é, o Estado procurava legitimar o credo no legislador, fazendo com que a sua vontade, externada na lei, devesse ser seguida como um produto da perfeição humana⁸.

Têm-se no modelo francês, assim, uma forma de ilustração ou resultado daquilo que Warat denominou *juridicismo* dominante, ou seja, o *sentido comum teórico dos juristas*. O movimento jurídico-social vivido na França (séc. XVIII e XIX) tão bem traduz a institucionalização de uma legalidade objetificante, atribuindo à lei a função de controlar as relações sociais.

Com o passar dos anos e com o aumento da demanda judicial, os fenômenos e os paradigmas jurídicos sofreram relevantes mudanças teóricas e estruturais.

⁶ WARAT, Luis Alberto. **O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas.** p. 85.

⁷ WARAT, Luis Alberto. **O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas.** p. 88-89.

⁸ DANTAS, Marcos. **Jurisprudência dos conceitos.** In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 482-483.

Desse modo, pode-se afirmar que a concepção de *sentido comum teórico dos juristas* também foi sendo adaptada e (re)estruturada a novos *fetichismos* e condensações das verdades jurídicas existentes.

Warat sustenta, por exemplo, que o discurso jurídico servia ao autoritarismo, pois atuava como um filtro à produção do conhecimento, perfazendo-se assim somente aquilo que passasse por uma triagem procedida pela instituição social. Com isso, Warat referia-se a produção de conhecimento controlada pelo regime ditatorial.

Com a superação da ditadura era de se esperar, por lógico, que a uniformização de sentido restasse vencida. Ocorre, no entanto, que a doutrina jurídica – a qual deveria representar a aplicação teórica e prática do discurso jurídico – acabou por reproduzir o aprisionamento e a censura ditatorial, através da concepção e difusão de ensinamentos, precários, afastados da realidade jurídica-social existente. Nesse contexto, estão os *operadores do direito*, inseridos em um *habitus docmaticus*⁹.

Como diria Streck, passou-se por uma transformação (atualização) darwiniana, pois os juristas – inseridos no sentido comum teórico – propuseram-se a transpassar a rede de conhecimentos até então dominante (Direito = Lei) conseguindo, desse modo, identificar certas vaguezas na letra da lei.

Cumprе salientar que esse “rompimento” – com o imaginário jurídico massificador – não significa dizer que os juristas desvendaram ou superaram o secreto. Significa dizer, no entanto, que houve apenas algumas mudanças nas verdades oferecidas e, por consequência, aceitas pela comunidade jurídica acrítica.

Em outras palavras, a superação da lei caracterizou poucas mudanças *no modo* de se compreender o Direito, considerando que essa nova verdade não está isenta de censura e subjetividade controlada pela instituição social.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 84.

Desse modo, os representantes do *habitus dogmaticus* ao superarem as verdades vinculadas pela lei, caíram em uma nova armadilha dogmática. O problema do ensino raso continua, porém, com algumas evoluções. Agora a lei não é mais autossuficiente e a resposta, encontrada pelo *senso comum*, é a criação de princípios que solucionem as ambiguidades da lei. Como se percebe, trocou-se "seis por meia dúzia".

Streck utilizou-se de uma situação hipotética para melhor ilustrar o senso comum teórico dos juristas. Ao longo do trabalho intitulado "Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui"¹⁰, o referido autor expõe a *alegoria dos sete macacos*, qual seja:

Alguns cientistas resolveram colocar sete macacos em uma jaula. Na jaula havia apenas uma escada, sobre a qual foi colocado um cacho de bananas. Toda vez que um macaco subia na escada para pegar as bananas, era acionado um esguicho d'água direcionado aos macacos que permaneciam no chão.

Assim, passado algum tempo, os macacos que permaneciam no chão e, portanto, recebiam um banho de água fria, começaram a impedir que outro macaco tentasse pegar as bananas. Eles utilizavam, inclusive, de agressões para inibir as tentativas dos outros macacos. Apesar da tentação que as bananas representavam para os macacos, estes permaneceram firmes frente à ameaça de agressão. Então os cientistas resolveram trocar um macaco veterano por um desconhecido do restante do bando. A primeira reação do novato era sempre a de pegar as bananas, porém, recebia a reprovação imediata do restante do bando.

Desse modo, o procedimento se repetiu até que todos os macacos veteranos fossem substituídos por novos macacos. O detalhe é que cada macaco, após ser agredido, passava a agredir o próximo novato que almejasse as bananas.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. "**Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui**". Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui>. Acessado em 19 Set. 2013.

Por fim, restaram sete macacos dentro de uma jaula, que mesmo sem nunca ter tomado um banho de água fria, não permitiam que outro macaco tentasse pegar as bananas.

A narrativa serve, portanto, para demonstrar como a reprodução de verdades interfere diretamente nas ações dos atores sociais. No caso narrado, os macacos que nunca tiveram contato com a água reproduziam exatamente aquilo que lhes foi ensinado, sem ao menos investigarem a veracidade – e o *não dito* – desses ensinamentos.

De modo análogo, pode-se dizer que o *senso comum teórico dos juristas* cria para o direito e, portanto, para os juristas, aquilo que os macacos veteranos reproduziam para os novatos. Nota-se, desse modo, que a ameaça censuradora do novo e do desconhecido é elemento comum nos dois casos.

A partir dessa analogia, verifica-se que – tanto para os macacos, quanto para os juristas – vale mais não desvendar segredo, do que ser punido pela audácia (hermenêutico-interpretativa) de romper com as tradições massificadoras impostas pelos mecanismos autoritários de produção de verdades científicas.

2. A VULGARIZAÇÃO DO ENSINO E APRENDIZADO DO DIREITO NO BRASIL

Conforme visto, o *senso comum teórico dos juristas* pode ser compreendido como a aceitação e reprodução de verdades jurídicas. Fica nítido, portanto, a importância das palavras como fio condutor do conhecimento, interferindo diretamente na instituição da disciplina e da ordem social.

Se antes, num regime ditatorial, o Estado limitava a transferência do conhecimento como forma de dominação social, hoje, a doutrina, não consegue reagir ao domínio da massificação social sobre o Direito. Um dos resultados disso é a alienação social do conhecimento jurídico.

Apresentando essa condição - *senso comum teórico dos juristas* - Streck revela que o direito brasileiro vem sofrendo um problema sistêmico, no que diz respeito *ao modo* como vem sendo ensinada da ciência jurídica no Brasil.

Segundo o autor, o Direito vem sendo ensinado de forma errada e incompleta, o que proporciona a formação de um senso comum teórico. O direito como vem sendo doutrinado serve para que a situação social brasileira permaneça estática. Assim, a situação atual se manterá e não haverá evolução e melhorias na ciência jurídica¹¹.

O reflexo disso é a banalização do Direito. Uma das causas dessa banalização é que no Brasil foram criadas inúmeras escolas de direito, especula-se, para além da capacidade e demanda existente. Como denuncia Streck, a simplificação do conhecimento jurídico é um dos principais motivos para planificar questões que o Direito deveria se preocupar, mas não o faz¹².

O referido autor vale-se teorizações críticas para desmistificar o que seja o denominado *senso comum teórico* e sua contribuição à institucionalização da crise paradigmática do Direito. Nesse sentido, Streck sustenta que o mito só é mito para quem acredita (conhece). Do mesmo modo o senso comum teórico só é conhecido e considerando pelas pessoas revestidas de capacidades (críticas) em reconhecer sua existência.

Nessa esteira, referindo-se a essa categoria de juristas, o autor denuncia haver um *habitus dogmaticus* no direito. Explica-se: Ocorre que o *senso comum* expõe um número limitado de significações e, dessa maneira, atribui sentidos sem, porém, explicá-los, ficando assim (esses sentidos) no âmbito do secreto e do *não sabido*.

Nesse ponto instaura-se o conformismo (*habitus*), pois, mesmo sem entender, as significações postas, o operador – fazendo jus a sua denominação – opera, de

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.**

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 95-98.

forma singela e acrítica, as verdades postas no mundo dos sentidos. Face essa problemática e analisando o ambiente acadêmico do direito, Streck sustenta os manuais representam uma cultura de duvidosa cientificidade “formando-se, assim, um imaginário que “simplifica” o ensino jurídico, a partir da construção de *standards* e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais. Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos”¹³.

Em que pese a crise instaurada seja prejudicial para o Direito, assim como à sociedade em geral, o que se vê hoje é o contrário do que deveria ocorrer. O direito resumido virou produto, os concursos públicos viraram produto e as escolas de Direito e cursinhos, por sua vez, viraram meros (re)produtores de ensino precário.

A consequência acaba sendo que o senso comum teórico cria nos juristas uma conformidade com as realidades jurídicas (in)existentes. Tal processo provoca no jurista o *medo do desconhecido*, visto que é mais fácil para esses atores jurídicos consentir com as reproduções de sentidos do que desempenhar a tarefa de desvendar o não dito e o não compreendido.

Frisa-se que a presente pesquisa não tenciona desfazer a importância do operador habitual do direito – que desempenha papel importante na funcionalidade do direito. Pelo contrário, o que se busca é a introdução de um olhar crítico sobre os fenômenos jurídicos, passando de produções autoritárias (dogmáticas) de saber para um processo democrático de busca pelo conhecimento.

Desse modo, o direito como está posto, favorece a existência de aberrações jurídicas, bem como importações de paradigmas jurídicos desvinculados de seu contexto (realidade), que sequer são analisados ou passam pelo crivo (hermenêutico-crítico) da comunidade jurídica.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 96.

MORAIS, Fausto Santos; SANTOS, José Paulo Schneider. O Direito na *Tábua da Salvação*: uma crítica ao senso comum teórico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Por vezes, o conhecimento jurídico recai sobre verbetes, exemplos – de cientificidade no mínimo extravagante – que, ao fim e ao cabo, sequestram a condição fenomenológica do Direito.

Acredita-se que resumir o direito é criar juristas despreparados e desvinculados com a realidade social. Esses juristas desempenham papel de meros repetidores das verdades postas. Ou seja, é a doutrina *Homer Simpson* recrutando (reproduzindo) juristas com capacidades reflexivas (e interpretativas) semelhantes às aquelas apresentadas pelo personagem fictício *Homer Simpson*¹⁴.

São esses juristas – *Homer Simpson* – que na constância de lei nova, não desempenham outra ação a não ser esperar que a dogmática objetificante lhes diga – de forma mais resumida e esquematizada – o que a lei quis dizer.

Um exemplo disso é a doutrina penal brasileira que insiste em exemplificar algumas definições com exemplos arcaicos e desvinculados com a realidade e a prática jurídica. Entre esses conceitos está o Estado de Necessidade (artigo 24 do CP).

2.1. Do problema da tábua da salvação

Estado de necessidade – que exclui a ilicitude de determinada ação – é, comumente, caracterizado como uma tensão de interesses coletivos, na qual um bem é sacrificado em razão de outro de maior “relevância” em virtude das circunstâncias do caso concreto. Cumpre salientar que essa ação que lesiona bem de outrem deve ser para preservar bem jurídico, próprio ou alheio, em situação, verdadeiramente, real e de presente (atual) perigo.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Conhecimento fast food, Homer Simpson e o Direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-24/senso-incomum-conhecimento-fast-food-homer-simpson-direito>>. Acessado em 19 Set. 2013.

O estado de necessidade, com Bitencourt, diferencia-se da legítima defesa, uma vez que no primeiro há uma ação e no segundo há uma reação, em que pese, em ambos os conceitos, haver a necessidade de se salvar um bem ameaçado¹⁵.

A vida, por exemplo, é um bem de extrema relevância. Mas aí começa o problema (da reprodução precária de conhecimento jurídico). Quando se está frente a um caso de aparentemente igual relevância de bens jurídicos, a doutrina penal (reproduzida nas Escolas e Faculdades de Direito) tende a se utilizar de exemplos (alienados da realidade jurídica) na tentativa de exemplificar o conceito do fenômeno estudado.

Como é o caso da "tábua de Carnéades" (Zaffaroni), que após sua "abrasileirização" passou a ser conhecida como a tábua da salvação. O qual é reproduzido por boa parte dos códigos comentados e manuais de direito penal, entre eles estão aponta: Damásio¹⁶, Zaffaroni¹⁷ e Bitencourt¹⁸.

Esse caso é apresentado como um exemplo *típico* de aplicação do artigo 24 do Código Penal (estado de necessidade). Em linhas gerais é o caso de dois naufragos, ambos sustentados por uma tábua - a qual suportaria o peso corpóreo de apenas uma pessoa - que lutam entre si por sobrevivência.

Mas, na realidade, quantas vezes isso ocorreu? Não existem casos mais recentes e condizentes com o tipo de sociedade atual? Ou será que a realidade de séculos atrás ainda deve conformar a compreensão sobre essa categoria jurídica? Mas como fazer isso?

Surge daí a importância do jurista ter domínio sobre as suas ferramentas de pesquisa. Pensando no ensino jurídico, um dos principais deveres do docente deveria ser revirar a jurisprudência pátria para apresentar aos discentes situações concretas em que as categorias jurídicas foram objeto de controvérsia.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 364.

¹⁶ JESUS, Damásio E. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 372-373.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio R. PIERANGELI, José H. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 564-565.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal**, p. 363.

O discente seleciona situações concretas, regionais, que colocam no contexto da vida a importância de se saber e discutir um conceito, como “Estado de Necessidade”, por exemplo.

Seguindo o próprio conselho, investigou-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decisões que se valeram do argumento do “Estado de Necessidade”. Apresenta duas delas abaixo como indicativas do resultado.

No julgamento da Apelação Criminal nº 70055706063 pela Quarta Câmara estava em jogo o reconhecimento da exclusão de ilicitude para o crime de porte de arma de fogo restrita, previsto na Lei nº 10.826/03, artigo 16, § único, inciso V. O apelante teria sido condenado à pena de 3 anos de reclusão no regime aberto mais 10 dias-multa. Inconformado com o resultado, o réu interpôs recurso de apelação aduzindo o estado de necessidade eis que a arma de fogo estava sendo utilizada por ele para comercialização, como forma de provar a sua necessária subsistência.

Na análise da excludente, o tribunal indicou não haver prova da miserabilidade. Isso porque, se fosse o réu comprovadamente miserável e estivesse vendendo a arma para prover a sua subsistência, haveria a possibilidade de exclusão da ilicitude. No caso, entretanto, embora o argumento fosse válido, não ficou provada nos autos a condição de necessidade, miserabilidade do réu, ficando afastado o perigo atual que motivasse a conduta criminosa.

Outra decisão que discutia o estado de necessidade foi proferida pelo julgamento da Apelação nº 70056096035, processada na Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O problema se tratava de uma tentativa de roubo (Código Penal, artigo 157, inciso I combinado com o artigo 14, inciso II). O apelante teria ingressado numa padaria, armado com uma faca, tentando subtrair um saco de pão e outros condimentos para consumo próprio. No recurso o réu apresenta o argumento do estado de necessidade visto que a conduta criminosa seria a única forma para obter os aludidos alimentos. No entanto, a decisão entendeu por negar o estado de necessidade, indicando, novamente, não haver prova nos autos da condição de miserabilidade do réu.

Em ambos os casos tratados fica nítida a presença da condição social do agente infrator e, isso por si só, torna os exemplos mais aproximados à realidade jurídica e social verificada em solo brasileiro. O que se pretende evidenciar é que casos como da tábua da salvação não condizem, de certa forma, às necessidades do direito contemporâneo.

Nesses casos, percebe-se que a interdisciplinariedade tem espaço quando que o conceito de estado de necessidade somente passa a ser reconhecido quando se apresenta prova da situação de miserabilidade do réu. No caso da *tábua da salvação*, por exemplo, essa questão jamais seria objeto de discussão.

Conhecendo desses casos não é forçoso concluir que o discurso da dogmática jurídica dissociada do caso concreto e da realidade sócio-política esconde a complexidade dos problemas jurídicos. Não é atoa, por conta disso, que ainda hoje perdura o seguinte ditado: na prática a teoria é outra. Esse é o principal sintoma do problema da fetichização dos exemplos jurídicos que alienam a realidade jurídica em que estão habituados os estudantes de Direito.

Não seria, por óbvio, se esperar que os casos trabalhados pela doutrina guardassem relação com os casos (atuais) verificados no dia-a-dia do direito penal e processual penal brasileiro?

Além disso, casos eternizados e massificados na doutrina contribuem para a pouca produção crítica e reflexiva da compreensão do direito, procurando treinar os juristas a responderem um Direito esquematizado que não se adapta à realidade social. Assim, o efeito seria exigir um jurista preparado para enfrentar a complexidade dos fenômenos sociais – mais especialmente, a atual conjuntura político-social brasileira – dando-lhe uma capacidade interpretativa diferenciada.

2.2. Outros exemplos de aberrações jurídicas pela doutrina e prática penal

Ainda na tentativa de denunciar algumas conceituações equivocadas pela doutrina penal brasileira vale lembrar, também, três situações (hipotéticas) criticadas por Streck em sua coluna no *Conjur* e também em suas obras.

A primeira versa sobre os gêmeos xifópagos André e Carlos. Amadeu é inimigo capital de André e pretendendo matar André, desferiu-lhe um tiro mortal, acertando também Carlos, que graças a uma intervenção cirúrgica eficaz, veio a sobreviver.

Nesse caso discute-se, e por mais incrível que possa parecer, com muito afinco a questão do dolo direto de primeiro e segundo grau. Ora, face ao caso narrado parece que todo dia um gêmeo xifópago é assassinado. O direito, realmente, não tem outros casos (reais) com que deva se preocupar?

A segunda questão trata do famoso caso do amante egoísta, versando a respeito do erro de tipo sobre a pessoa no direito penal. O agente deseja matar o filho de sua amante, para ter “exclusividade” na relação. No dia dos fatos, na saída da escolinha, do alto de um edifício, o autor efetua um disparo certo na cabeça da criança, supondo tê-la matado. No entanto, ao aproximar-se do local, constata que, na verdade, assassinou um *anãozinho* que trabalhava no estabelecimento. Houve, portanto, confusão com a criança que desejava matar e o trabalhador anão.

Esse caso, igualmente, demonstra que a exceção predomina, isto é, a chance de um perverso tencionar a morte do filho de sua pretendida e, o que é pior, acertar um anão ao invés da criança é a mesma do que encontrar gêmeos xifópagos sendo assassinados por seus inimigos.

Por fim, para encerrar com chave de ouro, o caso do homem sem dinheiro que “sonhava” em deixar seu rosto com aparência de um lagarto. Trata-se de um amante da prática de modificação extrema do corpo – *body modification extreme*

– o qual decidiu se submeter a cirurgias modificadoras, a fim de deixar seu rosto com a aparência de um lagarto.

Para tanto, seria necessário que o home se submetesse a tratamentos cirúrgicos, bem como seções de tatuagem. Ocorre que o homem lagarto teve seu pedido negado nos hospitais públicos. Assim, por lógico, o indivíduo decidiu procurar a Defensoria Pública para assisti-lo em sua pretensão ingressar na justiça a fim de ter seus direitos garantidos e concretizados.

Eis um exemplo nítido dos efeitos causados por verbetes e plastificações do saber jurídico. Se esse indivíduo fosse dotado de capacidade de revisão crítica, com certeza jamais imaginaria a hipótese de ingressar com ação judicial. Até parece que o poder judiciário já não está abarrotado de processos, no mínimo mais responsáveis que esse. O que não é difícil. A questão incide sobre o problema do “ficcionalismo jurídico”, isto é, enunciados totalmente desvinculados da realidade. Ao passo que o uso dessa ficção acaba censurando a capacidade interpretativa dos atores jurídicos.

Frente a essas narrativas fica uma dúvida. Será que, verdadeiramente, não existe exemplo, plausível (real), acerca das situações narradas? Analisando a produção de conhecimento jurídico em *terrae brasilis* é possível haver divergências nas respostas.

Evidenciou-se, assim, que a utilização de exemplos na produção e veiculação de conhecimento, deve ser feita de forma responsável. Através de utilização de casos que não criem meros operadores, mas seres pensantes (críticos) que contribuam efetivamente com a ciência jurídica, não sendo apenas reféns do saber produzido.

Nesse contexto é que se funda um dos objetivos do presente trabalho, com o qual se pretende expor uma “nova” maneira de abordar a ciência jurídica, a fim de que seja possível afastar-se das concepções (conhecimento) de direito precárias, originadas na forma plastificada e apressada que o direito vem sendo

ensinado e estudado, isto é, o direito inserido na cultura “estandardizada”, acrítica¹⁹.

3. DIREITO E LITERATURA E O DISCURSO DO DESCONHECIDO

Neste trabalho já foi apresentada a jurisprudência como fonte concreta para estudo do Direito. Ainda na tentativa de combater as armadilhas, teóricas e interpretativas, originadas pelo senso comum teórico, deve-se tentar uma nova proposta para compreender o Direito, que tenha como característica reinseri-lo ao contexto multidisciplinar que o conhecimento dele como ciência demanda. Para tanto, uma melhor compreensão do Direito certamente envolveria a sua integração com outras disciplinas existentes.

Nessa esteira, acredita-se que a literatura represente, para o direito, *o novo*. Nesse sentido a literatura serve como forma interdisciplinar e, portanto, inovadora, capaz de reproduzir teorias jurídicas sem, no entanto, aprisionar a captação e reprodução de conhecimento.

Em sentido parecido D’Avila leciona que:

À margem do pretencioso tecnicismo característico de alguns espaços da juridicidade, a literatura continua a dar vida a mundos imaginários, a partir de realidades fantásticas, em que o Direito é constantemente (re)inventado, (re)estruturado, (re)fundamentado[...] A literatura inventa mundos, inventa sóis e luas, dias e noites, e inventa também homens que, consigo, carregam as imperfeições de sua indissociável humanidade²⁰.

A corrente adotada pela linha de pesquisa é denominada direito *na* literatura, podendo ser definida como o direito através da literatura. Parte-se, destarte, da premissa de que os pressupostos jurídicos podem ser mais bem trabalhados

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, p. 89-90.

²⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. Direito penal, literatura e representações. In: TRINDADE, André Karam. GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.) *Direito & Literatura: discurso, imaginário e normatividade*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010, p.155-164.

(revisados) nas obras literárias. Frisa-se que não se pretende da literatura uma explicação, propriamente dita, dos fenômenos e problemas jurídicos, e sim que a Literatura sirva como *veículo do saber*, podendo, assim, auxiliar na compreensão do direito, bem como de todas as ciências existentes²¹.

A literatura age, por exemplo, com a demonstração de problemas políticos e sociais que ainda não sofreram um processo de “estandarização” (pelo conhecimento admitido pelo senso comum teórico dos juristas), fazendo com que o jurista-leitor coloque em xeque todo o seu conhecimento para imaginar como que o Direito (da época do texto e atual) poderia reagir para enfrentar os problemas narrados de forma mais correta e justa. Somente esse desafio já põe ao jurista a tarefa de resolver problemas que não cabem numa teorização simplificante.

Nesse sentido a literatura implicaria para o direito a possibilidade de ampliar e orientar os horizontes de conhecimento. A literatura propicia, portanto, uma forma de (re)definir os estilos de vida e, assim, conduzir o leitor ao seio de uma novo mundo possível. O que significa dizer que a literatura é o meio pelo qual o homem pode (re)conquistar sua capacidade crítica e reflexiva, deixando assim de ser um mero espectador da vida e um mero operador das verdades massificadas.

Trata-se, portanto, de uma nova perspectiva do ensino, aprendizado e aplicação da própria ciência jurídica, visto que, através das obras literárias, é possível encontrar novos fundamentos para os pressupostos jurídicos, nem sempre evidentes ao campo de conhecimento do jurista.

²¹ TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. v. 1, p. 49-60.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *senso comum teórico dos juristas*, como o mito, só existe para aqueles dotados de capacidades em reconhecer sua existência e seus reflexos mundo do saber. Esse saber mitológico é que acaba (re)produzindo a realidade jurídica.

Entretanto, não basta identifica-lo, mas deve combater a sua causa: a vulgarização e condensação do conhecimento jurídico. Tal condição limita-se a produzir sentidos desvinculados de qualquer contextualização factual, histórica ou social, alienando o jurista da realidade social. Essa condição pode ser facilmente identificada na Ciência Jurídica que adota como seu livro de cabeceira, manuais, esquematizados, plastificados, simplificados e outros (sic). Postura essa que contribui à “estandarização” da doutrina jurídica.

Mas como transcender esse problema? A resposta não é simples. Todavia, propõe-se o estudo do Direito e Literatura – a qual vem no sentido de reestruturar o pensamento jurídico – como uma fissura na rede de conhecimentos imposta pelo *senso comum teórico dos juristas*.

Se o conhecimento jurídico é produzido de maneira a não problematizar questões latentes na sociedade e, por isso, não ressoa no discurso jurídico, então, o estudo da jurisprudência e da Literatura surge como recurso para iluminar os problemas não vistos pela doutrina tradicional esquematizada, exigindo uma diferente capacidade reflexiva dos juristas como atores sociais.

Somente após essa (re)fundamentação da doutrina jurídica – e com o afastamento do *senso comum teórico* – é que se conseguirá exigir do direito uma resposta correta que respeite a tradição e a integridade jurídica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso. WARAT, Luis Alberto. *Ensino e Saber Jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.

MORAIS, Fausto Santos; SANTOS, José Paulo Schneider. O Direito na *Tábua da Salvação*: uma crítica ao senso comum teórico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

DANTAS, Marcos. Jurisprudência dos conceitos. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal, literatura e representações. In: TRINDADE, André Karam. GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.) **Direito & Literatura**: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70055706063**. Apelante: Apelado: Relator: Newton Brasil de Leão. Porto Alegre, 24 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70055706063&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 24 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 70056096035**. Apelante: Apelado: Relator: Desembargador. Porto Alegre, 30 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70056096035&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 30 out. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **"Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui"**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui>>. Acessado em 19 Set. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **"Conhecimento fast food, Homer Simpson e o Direito"**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-24/senso-incomum-conhecimento-fast-food-homer-simpson-direito>>. Acessado em 19 Set. 2013.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. v. 1.

WARAT, Luis Alberto. Senso comum teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: SaFe, 1994.

MORAIS, Fausto Santos; SANTOS, José Paulo Schneider. O Direito na *Tábua da Salvação*: uma crítica ao senso comum teórico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

WARAT, Luis Alberto. **O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas**. In: WARAT, Luis Alberto. *A epistemologia da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio R. PIERANGELI, José H. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.