

POR UMA TEORIA DO DIREITO BRASILEIRO: UM RESGATE DO CONCEITO DE SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS

*Macell Cunha Leitão**

RESUMO: O artigo ressalta a importância de pensar uma teoria do direito brasileiro a partir do resgate de uma das categorias centrais do pensamento jurídico crítico nacional, o conceito de senso comum teórico dos juristas. Partindo de uma explicação preliminar dos pressupostos teóricos sobre a linguagem jurídica presentes no pensamento de Luis Alberto Warat, o trabalho destaca de que maneira o esforço intelectual de compreender o modo de produção do convencimento judicial permitiu ao jurista portenho-baiano enunciar os mecanismos políticos e epistemológicos envolvidos na formação de uma ideológica prática que governa de maneira anônima a produção teórica e prática dos juristas. Assim, a crítica waratiana permite desvelar a relevância de pensar o conceito de direito no Brasil a partir da instância discursiva que autoriza a legitimidade dos discursos jurídicos e condiciona os efeitos significativos deles decorrentes.

PALAVRAS-CHAVE: teoria do direito; senso comum teórico dos juristas; Luis Alberto Warat.

INTRODUÇÃO

Os conteúdos usualmente enquadrados no campo da teoria do direito buscam descrever as estruturas do raciocínio dos discursos jurídicos que definem direitos e obrigações dos cidadãos e, em certa medida, prescrever modelos de raciocínio que possam aprimorar, sob determinados parâmetros, a atividade intelectual dos juristas (v. HABA, 2002, p. 503-4). O caráter essencialmente filosófico dessa atividade e o pouco interesse que os profissionais da área jurídica costumam reservar às disciplinas não-dogmáticas

* Doutorando em Direito e Mestre em Teoria, História e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Professor Substituto do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Piauí. Professor Visitante dos Cursos de Especialização do Centro Universitário UNINOVAFAPI. Membro do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito da UFSC. E-mail: macellbr@hotmail.com.

podem induzir à falsa conclusão de que se trata em última análise de mera elucubração intelectual. De fato, a teoria do direito pode ser ministrada de maneira a “simplesmente” buscar diferentes formas de conceituar o direito, mas, mesmo isso, é sempre um estágio para sua função maior de realizar o controle do poder que se exerce em nome do direito, permitindo que a universidade e a própria sociedade tenham mecanismos para cobrar das instituições as promessas que justificam sua legitimidade.

Esse propósito exige que a teoria do direito seja uma disciplina, em alguma medida, filosófica e empírica. Filosófica no sentido de que será necessário pressupor algum dever ser para a realização da crítica institucional. Empírica à medida que, mesmo sua dimensão prescritiva, precisa levar em conta as peculiaridades da configuração histórica das instituições e observar os problemas e demandas concretos da sociedade em que está inserida de forma a elaborar ferramentas conceituais adequadas. Sendo assim, a teoria do direito pode e deve se beneficiar dos acúmulos teóricos que a semelhança entre as instituições de diferentes países possibilita, mas não lhe cabe abandonar o caráter essencialmente contextual de seus conteúdos.⁶⁹ Não por acaso, autores clássicos desse campo, lidos muitas vezes como se fossem universais, fazem constantes referências a suas próprias realidades nacionais.

Na contramão dessa perspectiva, a teoria do direito elaborada e estudada no Brasil tem centrado parcela significativa de seu esforço intelectual na reprodução de conceitos criados a partir e para o direito de países centrais, recaindo em um “céu dos conceitos”⁷⁰ no qual a abstração de suas categorias assegura sua permanência no imaginário dos juristas independente dos seus resultados práticos. Essa postura tem contribuído para a ocorrência de efeitos perversos⁷¹ na estrutura do Estado democrático de direito, à medida que teorias criadas com o propósito declarado de contribuir para o controle do poder produzem efeitos contrários ao pretendido. Um exemplo desse

69 Dimitri Dimoulis (2006, p. 29) define que a teoria do direito é uma disciplina intermediária, pois, ao tempo em que se situa em posição de exterioridade em relação à dogmática jurídica por observar a atividade dos intérpretes e aplicadores dos ordenamentos jurídicos, não se encontra em posição de completa exterioridade como ocorre com a sociologia e a psicologia jurídica. Por outro lado, em sentido diferente ao que aqui apresento, este autor defende que a teoria do direito constrói seu conhecimento comparando diferentes ordenamentos jurídicos (idem, p. 32).

70 Sobre o uso desse termo e para um aprofundamento nessa crítica sob uma perspectiva realista, conferir HABA, 2011, p. 163 ss.

71 José Rodrigo Rodriguez (2016) define a perversão no direito como os comportamentos institucionais que se utilizam da forma jurídica para criar espaços de puro arbítrio a despeito do controle da sociedade civil.

fenômeno pode ser facilmente observado na propalada distinção entre regras e princípios que, ao invés de limitar a decisão dos juizes em casos difíceis, tem tornado ainda mais indiscernível a relação entre regra e exceção.

Nesse sentido, a importação de teorias estrangeiras na prática da teoria do direito e na teoria da prática jurídica modifica os argumentos utilizados na justificação das decisões jurídicas, mas não parece ter implicado no modo com que os juristas operam⁷² e, tampouco, pode representar uma transformação na função que o direito cumpre nesta sociedade periférica⁷³. Por essa perspectiva, as rupturas no pensamento jurídico brasileiro podem ser lidas como continuidades e, portanto, mesmo as mudanças aparentemente mais radicais na forma de compreender o direito podem estar sendo incorporadas pela tradição subjacente à cultura jurídica nacional, garantindo, numa fórmula já conhecida, algumas mudanças para que tudo permaneça como está.

A história recente da teoria jurídica nacional foi marcada pela produção teórica do autodenominado “pensamento jurídico crítico” que, sobretudo na égide da ditadura militar, colocou em questão os mitos e as funções do saber jurídico que legitimavam a ordem instituída (v. WOLKMER, 2008). Em um contexto de notório autoritarismo, o movimento crítico no direito ousou transbordar os limites das especulações teóricas realizadas nas faculdades de direito, produzindo reflexos na postura de juristas no espaço institucional do judiciário. Contudo, conforme aponta o cenário acima descrito, após promulgação da Constituição de 1988, mesmo essa vertente da teoria jurídica vem perdendo seu potencial de reflexão e crítica sobre a realidade nacional.

Diante desse cenário em que a teoria do direito no Brasil carece de uma agenda de pesquisa própria capaz de, superando as sucessões vazias de “dever-ser”, apontar efetivamente para o “direito que é”, faz-se necessária um deslocamento que não se resigne à “exploração das fronteiras conhecidas de um campo específico do saber, certos de que, com método, chegaremos à

72 Esse entendimento coincide com o ensino de José Rodrigo Rodriguez segundo o qual “a recepção brasileira de autores como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy gerou impacto nulo sobre nossa jurisprudência e nosso modo de operar o direito. Não é incomum que os tribunais brasileiros, inclusive o STF, cite tais autores em suas decisões. No entanto, tais citações costumam servir como argumento de autoridade: servem apenas para demonstrar erudição. Não há indícios de que os modelos de racionalidade jurídica presentes na obra desses autores tenham tido qualquer influência sobre o modo de raciocinar dos operadores de nosso direito. Tal fato mostra como nossa tradição é forte e coesa; capaz de incorporar a obra destes teóricos em seu registro próprio, sem se deixar influenciar efetivamente por eles” (2013, p. 15).

73 Sobre o conceito de modernidade periférica, ver SOUZA, 2012 e NEVES, 1995.

verdade final” (PHILIPPI, 2010, p. 122). Não basta, nesse caso, debater os enunciados teóricos que surgem, mudam, somem, circulam, se não se interpreta a incidência de um lugar que permanece intacto às transformações. Lugar esse que se, por um lado, funciona como instância que autoriza a legitimidade dos discursos jurídicos, por outro, condiciona certa identidade aos efeitos significativos deles decorrentes.

Como uma aproximação ainda bastante incipiente do objetivo maior de interpretação dos traços de continuidade e ruptura que compõem a cultura jurídica brasileira, proponho, aqui, um resgate de um dos marcos fundamentais do pensamento crítico desenvolvido no Brasil: o conceito de senso comum teórico dos juristas (SCTJ), elaborado por Luis Alberto Warat⁷⁴. Acredito que a compreensão sobre os fundamentos teóricos dessa categoria e sua caracterização sobre os aspectos políticos e epistemológicos envolvidos na racionalidade dos juristas possam contribuir no sentido de pensarmos o direito brasileiro.

1 OS JURISTAS E SUA LINGUAGEM NO PENSAMENTO DE LUIZ ALBERTO WARAT

Antes de resgatar os sentidos que identifico no conceito de senso comum teórico que podem contribuir para a interpretação da cultura jurídica brasileira é importante situar o quadro teórico-problemático no qual surge, pois sua formulação sintetiza noções sobre a linguagem jurídica presentes no pensamento original de Luis Alberto Warat.

O texto célebre na divulgação do conceito de SCTJ, *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas* (1982), busca relacioná-lo desde as primeiras páginas com o projeto fragmentado e polêmico de crítica do direito enquanto semiologia do poder. Entretanto, sua primeira aparição, na introdução de *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei* (1979), aponta para um estudo mais voltado para os aspectos epistemológicos da interpretação da legalidade. Profundo conhecedor da filosofia da linguagem, Warat se notabiliza desde o início do seu magistério no Brasil pela crítica à ingenuidade com que os juristas concebiam seu papel na definição dos sentidos da lei, retirando, assim, a aparente consistência da convicção canônica que identifica na atuação jurídica uma operação neutra e mecânica de normas instituídas.

Ciente que a positivação do texto normativo não encerra a concretização do direito, Warat volta sua reflexão teórica neste texto para o

74 Mesmo podendo contribuir para esse propósito, o resgate aqui proposto não possui a pretensão de sintetizar o conceito de senso comum teórico dos juristas. Para tanto, indico a leitura do verbete situado em WARAT, 1999.

que denomina de “modo de produção do convencimento judicial” (1979, p. 25).⁷⁵ Interessava compreender a relação que os juristas estabeleciam com a lei em suas práticas cotidianas e, portanto, a forma e as condições perante as quais os discursos sobre a verdade tornam confiáveis as conclusões persuasivas dos raciocínios jurídicos (WARAT, 1986, p. 98). Confrontando a visão então comum de que o saber jurídico pronuncia um conteúdo previamente encerrado na lei, o SCTJ desperta inicialmente para a existência de representações, noções e crenças que governam a tomada de posição dos juristas no processo judiciário e na sua produção teórica. Saber esse que funciona tal qual um arsenal de ideologias práticas que correspondem a normas que disciplinam anonimamente o trabalho dos juristas (WARAT, 1979, p. 19).

Para compreender o fundamento epistemológico pelo qual essa ideia pode ser aceita é preciso esclarecer a perspectiva com que o autor concebe o papel da linguagem no direito. Enquanto no pensamento vulgar o “real” designa ingenuamente “aquilo que existe”, para Warat o real não é senão “um complexo, um fluxo, de significações, uma rede de signos, um grande tecido de escrituras intercaladas” (1983, p. 14). Partindo da compreensão que não existe uma realidade “em si” a ser acessada pela mente humana,⁷⁶ Warat define a realidade como “o nome geralmente empregado no pensamento ocidental para o traçado polifônico das versões interpretativas” (1983, p. 14). Isso implica que as significações no campo jurídico não podem ser extraídas da consciência (racionalismo) ou da realidade (empirismo), mas de limites extraídos da própria circulação discursiva.

Diante dessa cumplicidade semiológica, Warat não se resume a criticar os enunciados aceitos momentaneamente como verdade pelos juristas, mas recoloca a própria questão acerca das condições de possibilidade das verdades que se alternam em diferentes tempos históricos. É importante destacar que entender a verdade (o discurso sobre o real) como interpretação não implica que os juristas possam enunciar validamente qualquer coisa sobre

75 Warat acompanha o movimento da própria teoria do direito em escala mundial que, de um ponto de vista semiótico, passa a centrar sua preocupação mais a dimensão pragmática da linguagem, após a ênfase dada às dimensões sintática e semântica. Sobre essa tendência ver NEVES, 2012, p. 196 ss.

76 Esse posicionamento coincide com a explicação sobre a antropologia humana da retórica de João Maurício Adeodato e o papel da linguagem na produção do conhecimento. Para ele, a “pergunta mesma sobre alguma ‘realidade ôntica’ por trás da linguagem não tem qualquer sentido, pois o ser humano é linguisticamente fechado em si mesmo, em um universo de signos, sem acesso a qualquer ‘objeto’ para além dessa circunstância” (ADEODATO, 2011, p. 18).

o direito. Sendo assim, a questão passa a ser entender em que consiste o saber jurídico. Como se define o que pode ser considerado como verdade nesse campo? Em outras palavras, o problema deixa de ser conhecer as verdades circunstanciais estabelecidas sobre o direito em direção ao seu fundamento: como se estabelece a “verdade”, a “legitimidade” ou a “racionalidade” que, mesmo sem perceberem, disciplinam o agir prático dos juristas?⁷⁷

Acredito que sua teoria pode ser lida, em última instância, como a possibilidade de entrever respostas a esses questionamentos no sentido de esvaziar a consistência – supostamente absoluta – das verdades e mitos que compõem o imaginário dos juristas. Mesmo a alegação de uma racionalidade pura consiste em uma das formas que permite ao saber jurídico regular de maneira legítima a experiência cotidiana dos profissionais do direito.

Como discurso encantado, a ciência do Direito participa do sistema de representações míticas que governam a produção dos dispositivos de submissão. Estes, em geral, respondem não só a certos efeitos deliberados como também a um conglomerado difuso de efeitos mágicos provocados pela ordem simbólica da sociedade.

No terreno específico do saber jurídico podemos dizer que os atores sociais não se encontram unicamente submetidos ao sistema de coerções determinado pela ciência do direito, sobretudo eles se encontram atraídos por sua magia (WARAT, 1986, p. 58).⁷⁸

Em síntese, e antes de abordar o conceito em si, para que a existência do senso comum teórico dos juristas possa ser aceita é preciso compreender esse pressuposto epistemológico pelo qual as verdades, ou melhor, os efeitos de verdade são construções sociais discursivas. A enunciação legítima de um homem não se constitui em virtude da aparente

77 O ceticismo waratiano sobre a pretensão de verdade dos discursos pode ser explicado através do conceito de Michel Foucault (1996, p. 8-9) de “ordem do discurso”, o qual supõe “que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”.

78 Mais adiante prossegue afirmando que “[a]s chamadas ‘ciências jurídicas’ aparecem, assim, como um conjunto de técnicas de ‘fazer crer’ com as quais se consegue produzir a linguagem oficial do direito que se integra com significados tranquilizadores, representações que têm como efeito impedir uma ampla reflexão sobre nossa experiência sócio-política. Neste sentido a linguagem oficial do direito determina uma multiplicidade de efeitos dissimuladores” (1986, p. 58-9).

correspondência de seu discurso com o *real*. Mesmo este é, em última instância, um discurso. Para falar, escrever, enfim, comunicar algo validamente é preciso pertencer a uma determinada comunidade cultural que estabelece as condições de circulações discursivas. Assim, o jurista, enquanto indivíduo, consome determinado padrão de subjetividade “que circula socialmente (consome sistemas de percepção, de sensibilidade, de afeto, de desejo, de imagens, de inibições, de segredos e censuras, sistemas de automatismo, vigilância e disciplina, etc)” (WARAT, 1986, p. 68). Por essa razão, não lhe é possível pronunciar *legitimamente* as palavras da verdade se não for um filho (reconhecido) de uma comunidade, daquilo que Warat denomina de *monastério dos sábios*.

2 DA CRISE EPISTÊMICA À CRÍTICA POLÍTICA: FORMULAÇÕES INICIAIS DO CONCEITO

Diante da compreensão dessa condição epistemológica que envolve necessariamente o saber sobre o direito, Warat desperta seu interesse para as incidências concretas desse mecanismo na prática profissional e acadêmica dos juristas. Não por acaso, alguns de seus alunos relatam o desconforto do professor portenho-baiano⁷⁹ com o que denominava de maneira provocativa de “ignorância epistêmica” dos juristas no Brasil. Nas suas próprias palavras, “[q]uando os juristas falam da epistemologia não conseguem expressar mais de que um sentido comum científico” (1983, p. 16).⁸⁰ Isso não significa que Warat acreditasse que o direito pudesse constituir uma ciência no sentido rigoroso do termo, tratava-se, sim, de perceber os efeitos significativos que a crença na cientificidade dos discursos jurídicos implica no imaginário teórico

79 Segundo Vladimir Luz (2010, p. 137), à época Warat se intitulava desta forma.

80 E prossegue no parágrafo seguinte: “Poderíamos dizer que isto se deve ao fato de que é difícil separar, nas funções sociais da ciência jurídica, razões teóricas de justificação. A este nível a verdade se relaciona sempre com os processos persuasivos. De fato a argumentação não pode prescindir das opiniões do sentido comum. São estas as que tornam confiáveis as conclusões” (WARAT, 1983, p. 16). No seu último texto publicado sobre SCTJ, Warat declara expressamente sua preocupação na formulação inicial do conceito: “Desde o início penso o SCTJ como um repertório de vozes silente do mundo jurídico, de suas verdades, que geram uma forte violência de interpretação. Essa foi a problemática que deu origem à expressão, foi o resultado de uma preocupação epistêmica em um tempo em que o pensamento dos juristas, que se auto-afirmavam teóricos, estava bastante órfão de episteme, transbordado de fundamentalismos de paróquia e de ortodoxias crispadas” (2009, p. 275).

e profissional dos juristas.⁸¹

Desafiando um dogma inquestionado para o saber jurídico da época, Warat propunha uma rejeição preliminar da problemática da cientificidade da ciência. Segundo ele, os epistemólogos buscavam instaurar critérios rigorosos de demarcação aptos a delimitar o que deve ou não ser considerado como ciência, opondo, assim, o saber consagrado dos cientistas “às representações ideológicas e [às] representações metafísicas, distinguindo a verdade do erro, distanciando o sentido referencial de suas evocações conotativas, como também diferenciando as opiniões comuns (a *dóxa*) do conhecimento científico (a *episteme*)” (1982, p. 29). Entretanto, uma análise crítica da forma com que essa concepção hegemônica de racionalidade científica é apropriada na práxis do direito, em âmbitos acadêmico e profissional, permite apontar que os fatores aparentemente rejeitados jamais deixaram de se manifestar, malgrado os juristas pudessem continuar a conceber sua atividade como técnica, neutra e apolitizada (WARAT, 1982, p. 29-30).

Sem deixar de considerar as questões epistemológicas envolvidas nesse fenômeno que põe “uma *dóxa* no interior da *episteme*” (WARAT, 1982, p. 30), o filósofo produz uma interpretação à luz fundamentalmente da política, ou melhor, do que entendia como o projeto de uma semiologia política do direito.⁸² Em outras palavras, não bastava criticar a suposta falta de

81 Tudo indica que a compreensão do SCTJ para além do problema da cientificidade do direito corresponde a posicionamentos contidos em versões posteriores do conceito. No primeiro texto waratiano sobre o assunto de 1979, o autor chegava a distinguir dois tipos de teorias, nominando “as ideológicas (senso comum teórico) e as científicas. As primeiras formam parte do real e as segundas reconstróem esse real social, ampliando-o com a compreensão de seus determinantes e condicionantes” (1979, p. 20). Em outra passagem do mesmo texto afirma, ainda, que “a teoria científica, em seu esforço para explicar a realidade, deve intervir sobre o ideológico acumulado desmascarando-o. É que só desideologizando os dados ideologicamente compreendidos, pode-se alcançar o significado histórico dos mesmos. Em regra, a ciência é a compreensão do significado histórico dos dados” (WARAT, 1979, p. 21).

82 A compreensão desse projeto pode ser alcançada através da explicação de Leonel Severo Rocha ao demarcar que “a lei tem um momento político – o de sua constituição – mas, a partir de sua vigência, sofre um processo de neutralização, que coloca em torno da validade jurídica qualquer questionamento. Na verdade, como sabemos, a significação plena da norma jurídica apenas é obtida no contexto das relações de forças das decisões jurisdicionais. Cada decisão é fundamentalmente política. Desconhecer os aspectos político-semiológicos da norma, aceitando o mito da univocidade significativa da lei, é procurar impedir a participação política da sociedade civil nas decisões jurídicas” (ROCHA, 2003, p.

rigor dos critérios de demarcação científica no direito – papel que caberia, por exemplo, a um kelseniano ferrenho –, mas colocar em questão, na análise das verdades aceitas pelos juristas, as relações de força aptas a formar domínios de conhecimento e sujeitos como efeito do poder desse conhecimento (WARAT, 1982, p. 28).

Dessa forma, o conceito de senso comum teórico dos juristas denuncia a existência de efeitos significativos decorrentes da falta de limites entre doxa e episteme, permitindo apontar que

de trás das regras do método, dos instrumentos lógicos, existe uma mentalidade difusa (onde se mesclam representações ideológicas, sociais e funcionais) que constitui a vigilância epistemológica pela Servidão do Estado. A ordem epistemológica de razões é substituída por uma ordem ideológica de crenças que preservam a imagem política do Direito e do Estado. O senso comum teórico dos juristas seria, conforme esta definição mais específica, o conjunto de opiniões comuns dos juristas manifestados como ilusão epistêmica (WARAT, 1983, p. 16).

Tratava-se de perceber os mecanismos invisíveis que garantem a alienação do conhecimento “científico” de sua expressão material politicamente significativa. Warat traz, dessa maneira, para o palco da teoria jurídica produzida no Brasil, os sentidos políticos decorrentes da ingenuidade epistemológica dos juristas, demonstrando a impossibilidade de se debater a verdade dos enunciados do saber jurídico – difundido nas escolas e nos tribunais – sem atentar para toda a racionalidade subjacente que permite “colocar, fora de dúvidas e fora da política, a fala da Ciência” (WARAT, 1982, p. 28).

3 O PAPEL DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS NO MODO DE REPRODUÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

Recorrendo a uma linguagem metafórica, Luis Alberto Warat caracteriza o senso comum teórico como “a voz ‘off’ do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam” (1982, p. 32). Essa enunciação corresponde, por um lado, à explicação já fornecida nos tópicos anteriores, pela qual o SCTJ designa os limites da práxis epistemológica que os juristas manifestam em suas diferentes

atividades. Entretanto, essa interpretação, malgrado seja a mais disseminada no uso da categoria,⁸³ não esgota seu potencial crítico.

Para um resgate efetivo do conceito é necessário compreender o intrincado jogo de implicações envolvido em sua aceitação teórica, o qual pode ser explicado a partir do questionamento sobre o fundamento do senso comum teórico dos juristas. Qual a origem dessas “condições *implícitas* de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito” (WARAT, 1983, p. 13)? Muitas juristas acreditam que sua postura profissional perante a legalidade instituída é ditada exclusivamente pelos preceitos normativos dessa própria legalidade, ou quiçá, pelas formulações teóricas ou dogmáticas dos cientistas do direito. Entretanto, a ação humana não se desenvolve espontaneamente, sem vínculos com toda uma moldura contextual que lhe confere compreensibilidade. Nesse sentido, os “textos” nem de longe informam suficientemente sobre a forma legítima de enunciação dos hábitos dos juristas. No caso do saber jurídico existe, ainda, uma especificidade segundo a qual não contam limites epistemológicos precisos entre a reflexão e a aplicação do direito.⁸⁴ Assim, o senso comum teórico dos juristas desvela a existência de discursos competentes que, *forçados na própria práxis jurídica*, são assimilados ideologicamente como um discurso apolitizado e epistemologicamente purificado, tendo em vista que, supostamente, sua veracidade corresponde de maneira transparente⁸⁵ ao que se verifica na “realidade” (WARAT, 1982, p. 29).

Fecha-se, desta forma, um movimento dialético que tem, por primeiro momentos [sic] certos hábitos significativos (uma *dóxa*); por segundo momento, a espera dos conceitos (uma episteme construída mediante processos lógicos purificadores sobre o primeiro momento); e, por terceiro momento, o senso comum teórico (dado pela reincorporação dos conceitos nos hábitos significativos). Este último momento caracteriza-se pelo emprego da episteme como *dóxa*. E aí recomeça a cena dialética descrita (WARAT, 1982, p. 31).

Quer dizer, o senso comum teórico dos juristas corresponde não

83 Um bom exemplo dessa utilização do conceito de SCTJ pode ser visto em STRECK, 2012.

84 Sobre o paradoxo epistemológico da ciência jurídica, ver LEITÃO, 2014.

85 Michel Miaille define essa falsa transparência do direito como um obstáculo epistemológico à constituição de uma ciência jurídica, à medida que os juristas “contentam-se em deitar uma olhadela sobre as instituições jurídicas da nossa sociedade para dela extrair o conhecimento” (2005, p. 38).

apenas a determinado conjunto de crenças que norteiam os hábitos teóricos e as atividades práticas dos juristas, mas, antes, estabelece as próprias *condições* pelas quais juízes, advogados, professores, promotores, doutrinadores poderão “produzir decisões ou significados socialmente legítimos” (WARAT, 1979, p. 19). O verdadeiro princípio de legalidade que funda a comunicação jurídica encontra apoio no ritual anônimo dos procedimentos obedecidos por suas autoridades canônicas, permitindo, assim, que cada jurista – à medida que possa ser aceito como tal pelo monastério dos sábios – seja um colaborador na reprodução dessa ordem, um censor em tempo integral (WARAT, 1986, p. 80-3).

Como se pode antever, esse modo de produção e reprodução do direito, que não passa simplesmente pela aplicação judicial de uma positivação anterior da norma pelas instâncias competentes, coloca uma série de questões que vão além da crítica ao déficit de rigor epistemológico dos juristas, como poderia parecer à primeira vista. Se Warat (1983, p. 13) está correto ao afirmar que os profissionais do direito estão submetidos a uma “constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação”, então, o esforço da teoria jurídica nacional em importar critérios para que os juristas decidam “conforme o direito” pode se resvalar inútil sem a compreensão desses mecanismos de reprodução do direito da comunidade jurídica nacional.

O SCTJ não designa, em síntese, tão somente os equívocos, ingenuidades e incompreensões que os juristas manifestam em suas práticas de enunciação do direito, mas permite apontar para a dimensão em que o direito encontra sua significação,⁸⁶ demonstrando a existência de uma *apropriação institucional dos conceitos* em que marcos institucionais específicos (escolas de direito, tribunais, órgãos legislativos) produzem versões dos conceitos e das

86 No último texto que designa para o assunto, Warat afirma que à ideia de SCTJ faltava uma perna que apontasse para o mundo psíquico dos juristas, designando-a de senso comum teórico radical ou senso comum da psique jurídica (SCTJ(R) ou SCPT): “O SCPJ poderia ser caracterizado negativamente como o registro simbólico individual e inconsciente, que não se deixa transformar em uma dimensão simbólica: a linguagem uma simbólica sgnica, onde sistemas de ilusões se convertem na magia institucional em estereótipos ou crenças reduzidas, na ocasião, a lugares comuns, ou a símbolos do inconsciente reduzidos a símbolos sgnicos. O registro psicosemiótico não deixa de estar sujeito a vulgarizações. O SCPJ não deixa de ser uma parcela do senso comum teórico, ou não deixa de interatuar imbricadamente com ele” (WARAT, 2009, p. 280).

teorias “ajustadas às crenças, e representações e interesses legitimadas pelas instituições” (WARAT, 1982, p. 32-3). Ademais, esse modo de produção do direito permite antever caracteres específicos sobre a forma com que se desenvolve a racionalidade jurídica no Brasil.

Em primeiro lugar, é possível afirmar que o senso comum teórico, ao se constituir em instância que autoriza e legitima a enunciação dos juristas, permite ocultar determinado nível de unidade dos efeitos significativos que decorrem dos discursos jurídicos a despeito de sua alternância no tempo, fazendo com que as rupturas enunciativas mantenham intactas continuidades fundamentais de sentido.⁸⁷ Esse efeito possivelmente decorre da ausência de autonomia significativa dos novos textos, tendo em vista a mencionada dependência que as significações jurídicas possuem em relação às fantasias de sua própria história e, como tal, às vozes incógnitas do sentido comum teórico. Afinal, ao organizar os dados da realidade de acordo com seus núcleos fundamentais de sentido, o SCTJ garante, em última instância, a reprodução de valores e práticas dominantes, aludindo, assim, que o surgimento de novas questões tenham suas respostas sobredeterminadas (WARAT, 1986, p. 97; 1979, p. 20).⁸⁸

Um segundo caractere a ser observado, ainda nesse âmbito, consiste nas possibilidades que o SCTJ apresenta de fazer com que o imaginário constituído sobre o direito não perceba o constante divórcio entre as promessas declaradas e a realidade efetivamente concretizada pelas práticas enunciativas dos juristas. Lembro que, como explicado, o próprio real consiste no ensino de Warat em um fluxo de significações intercaladas, portanto, ao formular as condições para a aceitação dos sentidos, o senso comum teórico bloqueia a legitimidade de um questionamento tão simples quanto radical que aponte para as incongruências diárias da aplicação judicial do direito,

87 Não se trata no presente trabalho em constituir hipóteses específicas sobre o sentido dessa unidade. Entretanto, não deixa de despertar interesse a afirmação de Oscar Vilhena Vieira, ao afirmar que, no Brasil, sempre existiu um papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais: no Império, o Poder Moderador, posteriormente, pelo Exército e, atualmente, pelo Supremo Tribunal Federal (2008, p. 445).

88 “Grosso modo, podemos dizer que os hábitos semiológicos de referência encontram-se constituídos: por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como, por metáforas e representações do mundo. Todos estes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais” (WARAT, 1982, p. 32).

permitindo, por exemplo, a negação da legalidade democraticamente estabelecida sob a égide do positivismo, o desrespeito aos direitos individuais na insigne de uma cultura jurídica liberal ou a perpetuação do caráter seletivo do direito penal em nome da igualdade jurídica.⁸⁹

Dessa forma, esses dois aspectos apontam para o papel ideológico cumprido pelas teorias sobre o direito, à medida que

[o] saber jurídico emana da necessidade de justificar a ordem jurídica, e não de explicá-la. Parece-nos, pois, que o senso comum teórico no direito manifesta-se através de duas instâncias diferenciadas: 1.º) uma filosofia especulativa que oculta o papel social do direito; 2.º) um trabalho técnico de sistematização das normas positivas com o qual, indiretamente, complementa-se a mensagem ideológica das filosofias especulativas dos juristas.

Por sua vez estas duas instâncias plasmam um sistema de idéias e crenças produtoras de uma visão do mundo específica para o direito (WARAT, 1979, p. 23-4).

Em terceiro lugar, e diante dos dois caracteres acima apresentados, têm restado inócuas as sucessivas tentativas dos pesquisadores do direito no Brasil em apontar as incongruências dos juristas no tratamento das categorias da teoria jurídica. Nesse sentido, é importante perceber que o desvelar da dimensão ideológica que compõe o SCTJ pode ser lido como uma crítica à autocompreensão que o saber jurídico hegemônico possui acerca do próprio papel da teoria na produção institucional do direito. À medida que os juristas práticos formulam seus modelos de convencimento judicial a partir de uma “epistemologia espontânea” – com teorizações flutuantes e contornos imprecisos sobre as condições e modos de produção do saber dos juristas – o SCTJ representa não somente a existência pontual, mas a possibilidade do uso institucionalmente legítimo de ideias “simples e prontas para serem consumidas quase inadvertidamente, um prêt-à-porter de conceitos, idéias e crenças latentes” (WARAT, 2009, p. 275). Não importa, nesse caso, o arcabouço teórico em que determinado conceito foi formulado ou seu âmbito

89 Como se pode antever, o SCTJ guarda relações não apenas com os juristas, preservando uma imagem ideal do direito para a própria sociedade: “as normas procuram despertar a crença do homem comum, à medida que os princípios gerais do direito o induzem a admitir que todas as aspirações de todos os segmentos sociais estão legitimamente protegidas. Assim, tais princípios fornecem ao homem comum um cenário no qual ele se vê em condições de obter a aprovação oficial para ‘seus direitos’, sem a necessidade de tentar defende-los por métodos que ameacem a estabilidade das instituições existentes” (FARIA, 1984, p. 20).

preestabelecido de incidência, pois seu efeito de verdade está vinculado a procedimentos legitimadores, determinantes para o consenso social (WARAT, 1982, p. 39)

Sem adentrar no inevitável aspecto histórico do problema, que envolveria uma investigação arqueológica dos meandros da cultura jurídica desenvolvida no Brasil, poder-se-ia indagar o motivo pelo qual esses caracteres do senso comum teórico são sempre colocados na órbita da excepcionalidade. Cabe à teoria jurídica nacional elaborar um conceito de direito que coincida com o modo de produção institucional da normatividade jurídica no Brasil. Na contramão desse esforço, e ainda em nome de ideais de neutralidade e de objetividade, a teoria do direito tem insistido em realizar um controle lógico-metodológico dos discursos de verdade, os quais, em última instância, limitam a percepção dos efeitos políticos das verdades consagradas (WARAT, 1986, p. 70; 1982, p. 28).⁹⁰ Pretensões perante as quais o programa de uma sociologia política do conhecimento prático do direito, presente no conceito de senso comum teórico dos juristas, já alertava, afirmando que os efeitos políticos “apenas podem ser percebidos quando concebemos a história das verdades como jogo estratégico, como campo de luta semiológico, e não como uma história das idéias ou dos homens, desenvolvida progressivamente pelo espírito” (WARAT, 1982, p. 28).

Uma leitura atenta dos contornos do conceito de senso comum teórico dos juristas não pode considera-lo de forma exclusivamente negativa, como um defeito ou distorção da cultura jurídica brasileira a ser tão logo superado (cf. LUZ, 2010). Warat (1979, p. 24) ressalta que ele possui diversos papéis: além de político, decisório, retórico, existe uma função prescritiva que, em última instância, é parte do próprio direito positivo.⁹¹ Como tal, o SCTJ

90 Mais adiante, Warat afirma que “[n]o momento em que o discurso epistemológico, em nome do método, pretende buscar a solução dos conflitos do conhecimento, de modo imanente ao mesmo conhecimento, transforma-se em um discurso fácil de ser estereotipado, que serve para reivindicar, miticamente, um lugar neutralizado para a própria atividade profissional.

A epistemologia tradicional procura resolver, idealmente, as relações conflitantes entre a teoria e a práxis jurídica, ignorando, fundamentalmente, o valor político do conhecimento na práxis. Propõe um saber que seja puro como teoria e, com isso, facilita que a dita proposta seja ideologicamente recuperada, servindo agora para que os juristas contaminem a práxis de pureza, criando a ilusão de uma atividade profissional pura. [...] Os juristas de ofício, apoiados na idéia de um conhecimento apolitizado, acreditam que o advogado é um manipulador das leis, descompromissado politicamente, um técnico neutro das normas” (1982, p. 30).

91 Sobre o inevitável caráter criptonormativo das teorias jurídicas, ver FERRAZ JUNIOR, 1977, p. 44.

compõe uma condição inevitável de significação dos discursos jurídicos, possibilitando e definindo as condições semiológicas da racionalidade do direito. Aspecto que tampouco pode sugerir um menosprezo por suas decorrências, pois, segundo nos alerta o autor:

o ponto de retorno do conceito ao campo da dóxa é que inicia a discussão sobre o poder do conhecimento jurídico na sociedade. Um poder que se encontra baseado na reivindicação do caráter inocente da linguagem do direito. Mas, a história deste conhecimento não é tão pura. Ela reve[]a uma violência estrutural da dita linguagem, cujo efeito central é transformar os sujeitos sociais em objetos do poder (WARAT, 1982, p. 33).

Por fim, e diante do percurso realizado, acredita-se que o conceito de senso comum teórico dos juristas aponta de maneira ímpar para a relevância social do esforço da teoria jurídica em desvelar os efeitos significativos que decorrem do modo de re-produção do direito no Brasil, permitindo pensar como determinados caracteres colocados na órbita da exceção podem em última análise constituir a regra anônima que institui a gramática de produção, circulação e reconhecimento dos discursos jurídicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu destacar a importância que a teoria jurídica elaborada no Brasil pense suas categorias a partir dos aspectos peculiares que o direito possui nessa sociedade periférica. Para tanto, ao invés de recorrer a argumentos abstratos sobre a tarefa da pesquisa em teoria do direito, optei por resgatar alguns elementos do conceito de senso comum teórico dos juristas que, ao meu ver, consiste em uma das mais importantes expressões do pensamento jurídico crítico nacional.

Conforme explicado anteriormente, a noção de senso comum teórico surge no contexto da denúncia que Luis Alberto Warat fazia, desde o início de seu magistério no Brasil, à ingenuidade epistemológica com que os profissionais do campo jurídico concebem seu papel na produção do direito. Retirando consistência da convicção canônica que concebe a positivação da lei como o momento de neutralização política do direito, o filósofo portenho-baiano volta sua preocupação para o modo de produção do convencimento judicial, o que lhe permite notar a existência de uma ideologia espontânea que governa de maneira anônima a produção teórica e prática dos juristas. Ao invés de tomar esse aspecto como um problema a ser resolvido mediante o reforço dos critérios de demarcação entre a opinião comum (doxa) e o

conhecimento científico (episteme), Warat se permite mirar criticamente os mecanismos que permitem a reprodução inconsciente das relações de força presentes nas instituições jurídicas e sociais e, portanto, os efeitos políticos que a aparência de cientificidade possui na legitimação social das verdades jurídicas consagradas.

Dessa forma, o resgate do conceito não se revela interessante apenas por ser um exemplo de categoria elaborada *a partir e para* o contexto nacional, pois não se trata, aqui, da valorização em si de um pensamento autóctone. A lição waratiana se revela fundamental exatamente por permitir mostrar por que razão a teoria jurídica importada dos países centrais não tem contribuído para que a funcionalidade do direito brasileiro se aproxime das suas promessas institucionais. O uso perverso de categorias que deveriam servir para o controle do poder, malgrado aparente ser sempre uma exceção, confirma a regra inscrita no modo de produção do direito no Brasil, segundo o qual nossa episteme é construída a partir de um processo lógico de purificação de certos hábitos significativos. Nesse sentido, a crítica à importação não representa nenhum problema nas teorias estrangeiras, com as quais também temos a aprender, mas na sua incapacidade de compreender a cultura jurídica brasileira de maneira a suscitar uma autêntica modificação nas práticas jurídicas.

Por outro lado, entendo que o senso comum teórico dos juristas deva servir como uma alerta para pensarmos as peculiaridades da nossa racionalidade jurídica. Pode consistir em um bom ponto de partida, em vista a própria ausência de esforços nesse sentido, mas em nenhuma hipótese deve ser considerado um ponto final que responda de maneira moralista ou definitiva sobre o direito brasileiro. E isso não apenas por que seu contexto de surgimento remete ao autoritarismo do regime militar. Os riscos de uma crítica genuína ao direito brasileiro consistem muitas vezes em tomarmos instituições estrangeiras como ideais a serem seguidos ou, ainda, cristalizarmos a leitura do direito como um dever escatológico ao qual estaríamos fadados a repetir a despeito de toda ação humana na história.

Para além da crítica à negação dos efeitos políticos da ingenuidade epistemológica, o senso comum teórico dos juristas pode representar também a explicitação da existência de condições de significação do saber jurídico. Dessa forma, não se trata de recair simplesmente na negação da existência do direito no Brasil, mas antes de elaborar um conceito de direito que coincida com o modo de produção institucional da normatividade jurídica no Brasil. Essa postura pode representar um passo no sentido de superar a situação história em que aos discursos libertários e democráticos que inspiram a legitimidade das instituições jurídicas nacionais correspondem efeitos

significativos antípodas.

REFERÊNCIAS

Textos de Luis Alberto Warat (ordem cronológica)

O senso comum teórico dos juristas. In: **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Senso Comum Teórico: As vozes incógnitas das verdades jurídicas. In: **Introdução Geral ao Direito I: interpretação da lei temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

O Monastério dos Sábios: o sentido comum teórico dos juristas. In: **Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

Senso comum teórico dos juristas. In: **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito sob a direção de André-Jean Arnaud**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Notas sobre Hermenêutica, estética, senso comum teórico e pedagogia jurídica: Um título à moda antiga, sem nenhuma poesia. In: **A digna voz da majestade: Lingüística e argumentação jurídica, textos didáticos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

Demais obras citadas

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

FARIA, José Eduardo. **Retórica política e ideologia democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo, Atlas, 1977.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Editora Loyola, 1996.

HABA, Enrique Pedro. Entrevista. **Justiça do Direito**, v. 1., n. 1., 2011.

_____. Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). **Doxa**, 2002.

LEITÃO, Macell Cunha. O paradoxo epistemológico da ciência jurídica: uma investigação sobre os limites de um conhecimento objetivo do direito. In: SILVA, Eduardo Pordeus; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Filosofia do direito I**. Florianópolis : CONPEDI, 2014.

LUZ, Vladimir. **A verdade dos juristas: senso comum teórico e pré-compreensão** – contribuição para uma hermenêutica crítica do (e no) direito. Tese (doutorado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3ª ed. Editorial Estampa, 2005.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**, n° 05, Ed. UNIJUÍ, 1995.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF, 2012.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **As modulações do direito contemporâneo em um breve exercício de filosofia do direito**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, n. 51, 2010.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

_____. Luta por Direitos, Rebeliões e Democracia no Século XXI: Algumas tarefas para a pesquisa em Direito. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, 2016.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, 4(2), 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4(2), 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008.

Recebido: 15/08/2016

Aceito: 06/12/2016