



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Curso de Graduação

DAVID CAMPOS CASTRO

**SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS: UMA CARTOGRAFIA DA CRÍTICA  
EPISTEMOLÓGICA DE LUÍS ALBERTO WARAT**

Brasília

2021

DAVID CAMPOS CASTRO

**SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS: UMA CARTOGRAFIA DA CRÍTICA  
EPISTEMOLÓGICA DE LUÍS ALBERTO WARAT**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do grau de Bacharel, pelo programa  
de Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade de Brasília.

Orientador: Alexandre Araújo Costa

Brasília

2021

Trata-se de julgar aquilo que permite julgar, aquilo  
que se autoriza julgamento.

Jacques Derrida

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>O DEBATE EM TORNO DO NEOPOSITIVISMO .....</b>	<b>8</b>
<b>DOXA E EPISTEME.....</b>	<b>16</b>
<b>DOXÁSTICA JURÍDICA .....</b>	<b>20</b>
<b>SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS E PODER .....</b>	<b>25</b>
<b>A QUESTÃO KELSENIANA.....</b>	<b>29</b>
<b>A IDEOLOGIA .....</b>	<b>33</b>
<b>UMA SEMIOLOGIA DO PODER.....</b>	<b>36</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>40</b>
<b>EPÍLOGO .....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>48</b>

## RESUMO

Esta pesquisa tem como objeto a concepção de epistemologia jurídica desenvolvida por Luís Alberto Warat, em especial o conceito de “senso comum teórico dos juristas”. O texto inicia por uma contextualização histórica da obra waratiana e por um esclarecimento dos mecanismos através dos quais Warat diagnosticou os efeitos de produção de verdade, os jogos de poder e a legitimidade da teoria jurídica enquanto campo científico. Após essa parte introdutória, o texto avalia especificamente o conceito de “senso comum dos juristas”, como uma das maiores contribuições de Warat ao pensamento jurídico, e avalia o modo como alguns artifícios da teoria jurídica contribuem para a formação desse senso comum teórico, ao escamotear o caráter político do Direito por meio de simulacros de verdade. De forma que a pesquisa acaba por realizar uma cartografia não exaustiva, rastreando as principais referências da crítica epistemológica waratiana, em busca de compreender a genealogia de suas ideias.

**Palavras-Chave:** Senso Comum Teórico dos Juristas; Epistemologia Jurídica; Luís Alberto Warat; Direito e Política; Filosofia do Direito.

## **ABSTRACT**

The object of this research lies on the legal epistemology developed by Luís Alberto Warat, with special attention to his concept of "jurist's theoretical common sense". The text begins with a contextualization of the Waratian work and an explanation of the mechanisms through which Warat diagnosed the truth-producing effects, the power games and the legitimacy of legal theory as a scientific field. After this introductory part, the text specifically assesses the concept of "jurist's theoretical common sense", as one of Warat's greatest contributions to legal thinking, and assesses how some devices of legal theory contribute to the formation of this theoretical common sense, while conceal the political character of law through simulations of truth. So that the research ends up producing a non-exhaustive cartography, that intends to exploring the main references of Waratian epistemological critique, in search of understanding the genealogy of his ideas.

**Keywords:** Jurist's Theoretical Common Sense; Legal Epistemology; Luís Alberto Warat; Law and Politics; Philosophy of Law.

## INTRODUÇÃO

A obra de Luís Alberto Warat representa uma das contribuições mais originais da teoria jurídica brasileira, mostrando-se de grande valor não apenas em relação ao contexto teórico da época de sua produção, mas também em relação aos desenvolvimentos que descambaram no atual estado da arte da filosofia do direito. Nesse sentido, o presente trabalho tem por intenção realizar uma cartografia do pensamento waratiano, levando em consideração o recorte temporal que estimamos ser a fase mais formal de sua crítica epistemológica da teoria jurídica, onde existe um exercício mais sóbrio de suas bases de filosofia analítica e semiótica juntamente com influências da filosofia política, da epistemologia e de outros saberes. Tal recorte temporal vai da sua chegada ao Brasil, no final dos anos 1970, marcada principalmente com a publicação do livro *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei* até a publicação do segundo volume de sua *Introdução geral ao Direito (A epistemologia jurídica da modernidade)*, em 1995.

Acreditamos que neste período reside uma fase do pensamento waratiano em que suas análises vão além da pesquisa extensiva e meticulosa das referências analíticas, semiológicas e positivistas que marcam a fase inicial do seu trabalho, ainda na Argentina, e partem para uma concatenação destas referências com influências advindas de outros campos, compondo uma teoria de enorme potência crítica e política. No entanto, esta fase de crítica epistemológica a que nos dedicamos vai se transformando de acordo com a paulatina rejeição da sisudez da academia jurídica por parte de Warat e a progressiva inserção da arte, do desejo e da subjetividade nas suas reflexões sobre o saber jurídico, que vai ocorrer, majoritariamente, do final dos anos 1990 em diante, compondo uma outra espécie de crítica, que vem a figurar na proposta da epistemologia carnalizada, no estudo da psicanálise, da literatura e de várias influências que não pertencem ao nosso objeto de estudo atual. Tentamos realizar este recorte de forma não tão rigorosa, pois nosso objetivo é cartografar uma faceta da obra waratiana, e não necessariamente propor uma divisão cronológica rígida do seu pensamento.

Nesse sentido, valemo-nos, inicialmente, de uma breve explanação do contexto de desenvolvimento do pensamento de Luís Alberto Warat, tanto no seu sentido interno quanto no contexto que o circundava em sua época, para em seguida explorarmos cartograficamente as referências que compõem esta verve de crítica epistemológica — ou, podemos dizer, essa

contra-epistemologia jurídica — waratiana, guiados especialmente pelo conceito de senso comum teórico dos juristas, que é a pedra angular de tal crítica.

## **O DEBATE EM TORNO DO NEOPOSITIVISMO**

Em sua obra inicial, escrita nos anos 1970, Warat dedicou-se a trabalhos que analisavam as implicações da filosofia analítica no campo do Direito. Essa abordagem estava ligada à Escola de Filosofia Analítica de Buenos Aires, uma corrente inspirada pelo neopositivismo lógico, que estava envolvida no projeto de atribuir um estatuto científico ao saber jurídico, através do refinamento de sua linguagem. (BEDIN, 2015, p. 189). Tratava-se de uma época em que vários juristas se contrapunham ao neopositivismo de Hans Kelsen e Herbert Hart, e que ganhavam corpo as buscas de promover um discurso jurídico que fosse ao mesmo tempo racional e comprometido com as pautas valorativas do constitucionalismo liberal.

Na década de 1960, estavam em voga a nova retórica de Perelman e a lógica do razoável de Recaséns Siches, que defendiam a possibilidade de tornar o direito permeável a valores sociais, dentro de parâmetros argumentativos que não eram plenamente formalizados, mas que tampouco poderiam ser considerados irracionais. Essas duas aproximações ressaltavam que, ao lado da racionalidade formal subsuntiva, existiam também parâmetros de razoabilidade, que poderiam conduzir a resultados relativamente objetivos, mesmo em questões jurídicas que envolviam apreciações valorativas. Partindo da premissa de que o neopositivismo e seu ímpeto formalizador haviam afastado a apreciação de juízos de valor em prol de uma formalização da linguagem, tais abordagens tinham a seguinte perspectiva:

Se rejeitarmos esse niilismo, se acreditarmos que nem tudo que concerne aos valores é arbitrário e que os juízos de realidade não são inteiramente independentes deles, afastaremos, como infundado, o fosso aberto pelo positivismo entre os juízos de realidade e os juízos de valor. Chegaremos, pelo contrário, a conclusão de que, no seio de um estudo geral sobre os raciocínios práticos, considerações próprias da metodologia farão prevalecer certos modelos e certos critérios nas ciências, e que outras considerações caracterizarão o raciocínio jurídico e a metodologia própria dos diferentes sistemas de direito. (PERELMAN, 2000, pp. 153-154)

Vemos também em Recaséns Siches essa preocupação em afastar-se da lógica puramente formal positivista e aproximar-se da lógica do razoável, como vem a denominar a razão prática e os juízos valorativos:

Esta idea es precisamente la de que, como he ya mostrado, los contenidos jurídicos (es decir, lo que las normas mandan, lo que prohiben y lo que

permiten) no pertenecen al pensamiento regido por la lógica del tipo matemático, de lo racional, sino a otro campo de pensamiento, que está regido por otro tipo de lógica, por la *lógica de lo razonable, de lo humano*, o de la razón vital y histórica. (SICHES, 1956, p. 49)

Essas abordagens eram convergentes com uma tentativa semelhante, operada no plano dos argumentos morais, por autores como Stephen Toulmin que, em sua obra *Uses of argument*, defende a perspectiva de um estudo da lógica enquanto tecnologia, enquanto conjunto de práticas que permitem a argumentação na prática cotidiana em contraposição a uma compreensão formalista da lógica como uma ciência que independe do campo empírico. Sua teoria a respeito das formas de aceitabilidade dos argumentos no dia-a-dia não só se aproxima de uma lógica jurídica como serve de base para os desenvolvimentos das teorias argumentativas no Direito:

We accordingly found it more natural to look for parallels between logic and jurisprudence than for parallels between logic and geometry: a clearly analysed argument is as much one in which the formalities of rational assessment are clearly set out and which is couched 'in proper form', as one which has been presented in a tidy geometrical shape. (TOULMIN, 2003, p. 132)

E elas também dialogavam fortemente com a tese de Theodor Viehweg de que a prática jurídica deveria ser compreendida como uma combinação de elementos tópicos com elementos sistemáticos. Tese que insere definitivamente a retórica como um elemento indispensável na teoria jurídica, apesar de não abrir mão de um sistema formal, como discutiremos mais adiante.

Para além de uma demonstração lógica, que não tinha lugar no direito, foi sendo forjada a noção de que certas decisões poderiam ser consideradas racionalmente justificadas, o que deslocava a questão subjacente à atividade jurídica: em vez da descoberta racional de uma interpretação verdadeira (que havia sido criticada duramente pelo neopositivismo), nós estaríamos envolvidos no desenvolvimento de argumentos suficientemente sólidos, a partir do manejo racional de argumentos propriamente jurídicos, que se organizariam a partir de uma quase-racionalidade: a razoabilidade.

Enquanto o positivismo opunha uma racionalidade formalista a uma irracionalidade valorativa, as críticas ao positivismo estavam ligadas à busca de alguma forma de racionalidade material, que orientasse a aplicação prática de pautas valorativas. Essas perspectivas estavam ligadas a uma retomada da intuição aristotélica de que há assuntos nos quais a lógica formal serve como guia adequado, mas que há temas nos quais a impossibilidade de uma certeza

categórica exige formas de argumentação tópico-retóricas que têm padrões próprios, e que não podem ser qualificados simplesmente como irracionais. Como os argumentos lógicos não eram capazes de fazer essa mediação entre a racionalidade objetiva e os valores sociais, teorias que buscaram equilibrar esses elementos se apoiavam em argumentos quase-lógicos, em estruturas assemelhadas à racionalidade formal, mas que fossem plásticas o suficiente para lidar com juízos de valores: “A argumentação quase-lógica se apresentará de uma forma mais ou menos explícita. Ora o orador designará os raciocínios formais aos quais se refere prevalecendo-se do prestígio do pensamento lógico, ora estes constituirão apenas uma trama subjacente.” (OLBRECHTS-TYTECA; PERELMAN, 1996, p. 220)

Um dos principais desenvolvimentos dessa intuição, devido a sua grande influência posterior, foi a crítica de Ronald Dworkin a noção positivista de que toda apreciação valorativa seria radicalmente discricionária. Em 1967, Dworkin publicou seu texto seminal *The model of rules*, em que questionava justamente esse ponto das teorias positivistas e concluía que, por mais complexos que fossem os desafios envolvidos nessas tentativas de elaborar critérios jurídicos para decidir questões controversas, a busca de critérios que permitissem a definição de uma solução juridicamente correta já era melhor do que a afirmação positivista de que toda decisão baseada em princípios seria radicalmente voluntarista e discricionária. Dworkin sugere que tal afirmação se baseia na associação entre a lei a regra, de forma que não leva em consideração os princípios como leis também vinculantes, apesar de não serem comandos objetivos como as regras. Essa distinção dworkiana entre princípios e regras visa atacar a noção de discricionariedade positivista:

The positivists' doctrine of discretion (in the strong sense) required this view of legal obligation, because if a judge has discretion there can be no legal right or obligation - no entitlement - that he must enforce. Once we abandon that doctrine, however, and treat principles as law, we raise the possibility that a legal obligation might be imposed by a constellation of principles as well as by an established rule. We might want to say that a legal obligation exists whenever the case supporting such an obligation, in terms of binding legal principles of different sorts, is stronger than the case against it. (DWORKIN, 1967, p. 45)

Ao longo dos anos setenta, o enfrentamento dos desafios identificados por Dworkin conduziu aos desenvolvimentos destas teorias baseadas em uma descrição do direito como um sistema de regras e princípios, de tal modo que não era mais preciso tratar os problemas jurídicos como uma interação de normas jurídicas e valores sociais. Os valores já estariam inscritos em princípios jurídicos, que seriam parte do sistema, de tal forma que o desafio de construir decisões socialmente adequadas poderia ser percebido como um problema

propriamente hermenêutico, de interpretação do sistema jurídico, e não de abertura do direito a outros sistemas sociais. Essa incorporação dos valores sociais ao núcleo do sistema jurídico converteu um problema de justiça e legitimidade em um problema hermenêutico, que passou a ser enfrentado por meio das teorias da argumentação, que floresceram a partir das abordagens de Robert Alexy (1978) e Neil McCormick (1978), que promoveram uma espécie de giro argumentativo da teoria jurídica, caracterizado especialmente pela fixação de critérios capazes de orientar a justificação de posições jurídicas com base em argumentos valorativos e principiológicos.

Alexy, por exemplo, formula um aparato teórico composto de “cinco grupos contendo um total de vinte e duas regras explicitamente formuladas, bem como de uma tábua de seis formas de argumento.” (ALEXY, 2001, p. 27). Tal conjunto, que não destrincharemos aqui, ilustra a sua tentativa de construir regras racionais para a aceitação da argumentação jurídica, e mesmo admitindo que elas possuam fragilidades e deficiências, nos informa o seguinte:

Tudo isso, contudo, não torna essas regras sem sentido. Por certo que elas não podem reduzir o campo do que é discursivamente possível a qualquer tipo de certeza fina. No entanto, elas são de considerável importância ao explicar a reivindicação da correção como um critério de julgar a correção de afirmações normativas, como um instrumento crítico para excluir tudo o que não seja racional numa justificação objetiva, e/ou tornar mais visível um ideal pelo qual valha a pena lutar. (ALEXY, 2001, p. 29)

A intenção de Alexy, portanto, é a de excluir toda a irracionalidade do discurso jurídico, trazendo critérios de correção racionalmente aplicáveis para a aferição dos argumentos, de forma que os princípios e valores que foram integrados por Dworkin à estrutura do Direito possam passar pelo crivo rigoroso da razão através de regras pre-estabelecidas. Já McCormick traz à principiológica de Dworkin uma outra forma de justificação. Sua teoria vincula a decisão judicial à necessidade de um bom argumento justificativo pautado nos termos principiológicos:

In summary, the theory presented in this book has been that the judicial duty to do justice according to law is a highly complex one. It is a duty to give only such decisions as can be justified by a good justificatory argument. In the simplest situation, where a clear rule is agreed by all parties to be clearly applicable, the only problem is over proof of facts, and once a conclusion on that is reached, the decision is justified by a simple deductive argument. But the alleged clarity of a rule is intrinsically disputable, and problems of interpretation or classification may be raised; and moreover claims may be put forward in circumstances in which no pre-established rule at all seems to govern the issue-the 'problem of relevancy'. The justification of decisions

when such problems are raised must look beyond 'rules' as defined by the validity thesis to principles of the law. Principles of law certainly authorize decisions: if there is no relevant principle or analogy to support a decision, that decision lacks legal justification; and if there is a relevant principle or analogy the decision supported thereby is a justifiable decision--but the adduction of the principle or analogy although necessary to is not sufficient for a complete justification of the decision. (MCCORMICK, 1978, p. 250)

E, assim como Alexy, McCormick também estabelece os critérios para que tal justificativa seja considerada aceitável, apelando para o teste de um argumento consequencialista e para a aferição da coerência do argumento em relação aos princípios:

The ruling which directly governs the case must be tested by consequentialist argument as well as by the argument from 'coherence' involved in the appeal to principle and analogy. And just as the absence of any supporting principle or analogy renders a decision impermissible, so the test for consistency must be applied: it must be shown that the ruling in question does not controvert any established rule of law, given a 'proper' interpretation or explanation of such a rule in the light of principle and policy. (MCCORMICK, 1978, p. 250)

Nesse contexto, já não mais se tratava de tornar o direito permeável aos valores extra-jurídicos, mas de construir um discurso jurídico capaz de extrair do próprio sistema do direito as pautas valorativas que deveriam servir como parâmetro para as atividades hermenêuticas. Essas tentativas de tornar o direito mais interpretativo, de supor a possibilidade de construir uma hermenêutica simultaneamente rigorosa e valorativa, eram vistas com ceticismo pelas influências analíticas de Warat, que o levavam a apontar o caráter ideológico não apenas do formalismo positivista, mas também de outras formas interpretativas, que pretendiam aplicar algum critério de razoabilidade.

Na contramão desse antipositivismo, a escola analítica argentina se firmou como uma referência nos estudos da linguagem enquanto eixo epistemológico do Direito. Oriunda das vertentes da filosofia analítica derivadas do Círculo de Viena, do pragmatismo, do primeiro Wittgenstein, do segundo Wittgenstein e no direito, das obras de Kelsen e Hart. Debates a respeito dos entraves da linguagem natural para a construção de uma ciência jurídica, debates a respeito da retórica, da textura aberta da linguagem, do estatuto científico da teoria jurídica e muitos outros já eram tematizados em Buenos Aires desde os anos 60.

Um dos grandes expoentes dessa escola, Genaro Carrió, realizou seus estudos a respeito da filosofia da linguagem natural - a filosofia que se dedica ao estudo das línguas correntes, e não a uma língua purificada artificialmente - e suas implicações para o Direito, elaborando uma análise a respeito dos significados descritivos e emotivos das palavras e como um pode camuflar o outro na práxis jurídica. Também realizou uma leitura a respeito das

características da vagueza e da ambigüidade intrínsecas à linguagem natural e como a linguagem se modela relacionamente a partir de contextos para vencer esses obstáculos, além de explorar a ideia da textura aberta da linguagem e das zonas de penumbra. (CARRIÓ, 2011).

Em vez de buscar construir uma ponte entre racionalidade e pautas valorativas, o neopositivismo tendia a afirmar a impossibilidade de construir alguma forma de racionalidade (ou quase-racionalidade) valorativa, sendo que essa radical cisão entre racionalidade e emotividade apontava para a necessidade de estabelecer com clareza qual seria o papel da ciência do direito, enquanto abordagem racional acerca da experiência jurídica. Nessa mesma linha, juristas argentinos, como Vernengo, também discutiram a respeito da cientificidade do Direito em linhas semelhantes ao que veio a ser desenvolvido por Warat em sua crítica epistemológica:

Por el otro lado, las ciencias jurídicas particulares, en nuestros días, se mueven, con gran ambigüedad, en diversos planos o niveles de cientificidad. Baste recorrer libros recientes [...] para advertir que el modelo de ciencia [...] es arcaico y significa um retrocesso: se trata de comentarios, con acumulación de erudición, no compatibilizada, artículo tras artículo. Frente a ello, tenemos tentativas de mantener otro nivel teórico, otro paradigma científico [...] donde muchas veces cabe preguntar cuál es la relación del edificio teórico propuesto [...] y el material normativo que justamente esa teoría tendría que exponer sistemáticamente [...] (VERNENGO, 1977, p. 232)

Percebemos em Vernengo uma clara preocupação com o estatuto científico do Direito, denunciando que o saber jurídico parece oscilar entre meros comentários a artigos de lei e propostas teóricas tão abstratas que não encontram respaldo na realidade do material normativo. Junto a isso Vernengo traz também uma crítica ao conhecimento dogmático, que consistiria em “una serie de conceptos que los juristas utilizan al azar de sus exigências prácticas: los denominados *standards* jurídicos [...] cuya extremada vaguedad semántica los hace sumamente aptos para ser utilizados para fines contrapuestos.” (VERNENGO, 1977, p. 232).

Essa contextualização é importante para ressaltar que a teoria waratiana não surge na filosofia do direito como uma flor que nasce no deserto. Sua formação jusfilosófica argentina lhe fornece todo o alicerce através do qual ele desenvolve sua crítica epistemológica tanto ao pseudo-formalismo dos legalistas quanto à pseudo-racionalidade das teorias de viés argumentativo. Essa vinculação inicial a uma concepção bastante restritiva de racionalidade é relevante para compreender a obra inicial de Warat, e também ajuda a explicar seus movimentos posteriores no sentido de acoplar razão e afetividade, como elementos inseparáveis da

experiência jurídica, em vez de buscar um conceito mediano, como o de razoabilidade, que pudesse conduzir a uma forma de racionalização dos valores.

O objetivo do presente trabalho é explorar como Warat desenvolveu essas bases analíticas, acoplando-as a referências da filosofia continental, no sentido de viabilizar que sua abordagem fosse compatível com o reconhecimento de um forte caráter político dos fenômenos jurídicos. Enquanto as teorias da argumentação conduziam a uma forma de racionalização dos argumentos valorativos, Warat insistiu na linha do reconhecimento do caráter político do direito, que exigia uma semiologia do poder, e não uma hermenêutica baseadas em critérios de razoabilidade. A genealogia de sua crítica epistemológica realizada aqui tem por intuito revelar os pontos originais de seu trabalho e demonstrar como ele articula essas referências clássicas com novos ingredientes filosóficos.

Essa virada no pensamento waratiano se dá em 1977, quando Warat chegou ao Brasil fugindo da repressão na Argentina, e percebeu que a filosofia do direito prevalente em nosso país tinha um caráter eminentemente *ontológico*. Mesmo que houvesse um elemento historicista em filósofos de direita, como o integralista Miguel Reale, e de esquerda, como o marxista Roberto Lyra Filho, perspectivas que tratavam o direito como linguagem, como discurso, não tinham grande penetração em nossa cultura jurídica. Não se havia operado, no Brasil, o mesmo giro linguístico que foi impresso na filosofia jurídica argentina pelos trabalhos de filósofos ligados ao positivismo analítico, como os já citados Genaro Carrió, e Roberto Vernengo, mas também Eugenio Bulygin, Ambrosio Gioja e Carlos Alchourrón. Tampouco havia influência maior das teorias retóricas e argumentativas, que já contavam com defensores de qualidade, como Tércio Sampaio Ferraz Jr., mas que ainda não tinham conquistado um espaço maior na cultura jurídica.

Uma explicação para essa insistência no neopositivismo, dada pelo próprio Warat, era que o contexto de ditaduras militares limitava as possibilidades críticas dos juristas, mas que os regimes autoritários não cogitavam em considerar que uma aula sobre Kelsen e os limites da filosofia da linguagem podia ter um caráter subversivo, mesmo quando criticava duramente os mitos e ideologias contidos na prática dogmática. Warat, que fugiu de uma ditadura para outra, encontrou na filosofia da linguagem um espaço em que podia exercer uma atividade crítica sem que se tornasse alvo primário do regime militar, como ocorria com juristas mais ligados a uma crítica marxista. Esse contexto explica que, ao inserir-se em uma ditadura estrangeira, ele se concentrasse nas estruturas linguísticas do direito, o que o levou a promover

uma crítica epistemológica do discurso jurídico. Segundo Leonel Severo Rocha, “O Professor Warat foi o primeiro jurista a introduzir em nosso país, nos anos setenta, a filosofia analítica do direito, numa perspectiva crítica que desmontou com grande impacto toda a teoria jurídica positivista então dominante.” (WARAT, 1994, p. 9)

Ao longo da década de 1980, houve uma gradual contaminação de nossas ideias por perspectivas linguísticas, que são ligadas especialmente à influência da obra e da docência de juristas como o próprio Luis Alberto Warat, Lourival Villanova, Tércio Sampaio Ferraz Jr., e Paulo de Barros Carvalho. Esses autores foram precursores de um movimento que se acirrou nos anos 1990, em que as influências tópico-retóricas foram combinadas com um discurso de garantia dos direitos fundamentais, na forma do neoconstitucionalismo inspirado pelas teorias principiológicas de Dworkin e Alexy e pelas teorias da argumentação centradas em noções de razoabilidade e racionalidade argumentativa.

Os textos produzidos por Warat nesse período inicial de sua longa vivência no Brasil orbitam em torno da questão da cientificidade do conhecimento jurídico, como já tematizada pela sua formação analítica na Argentina, mas abordada sob diferentes ângulos, e com uma veemente crítica político-epistemológica. No contexto dessa reflexão, Warat formulou, por exemplo, a categoria de *sensu comum teórico dos juristas*, que se tornou uma de suas ideias mais influentes e que representa um elemento chave para compreender o pensamento waratiano a respeito do conhecimento e da dogmática no direito.

A formulação do conceito de *sensu comum teórico dos juristas* remonta, segundo o próprio Warat, remonta ao prólogo de seu livro *Mitos e Teorias na interpretação da lei*, publicado em 1979. No decorrer da década de 80, sua reflexão acerca dessa categoria indica um amadurecimento do conceito e uma percepção clara de suas potencialidades e limites. Inclusive, uma percepção da apropriação indevida desse conceito, como se se tratasse apenas de uma articulação voltada a apresentar o discurso jurídico como uma forma de senso comum, sem atentar para o fato de que essa categoria se volta a mostrar uma face específica dessa questão, que é a de tomar como científicas algumas pressuposições que são valorativas e fazem parte da cultura dos juristas.

A criação de tal conceito insere-se, assim, num contexto mais amplo, concernente à disputa sobre o caráter doxástico ou epistêmico da dogmática jurídica. Trata-se da mesma época em que Tércio publicou suas reflexões sobre o caráter tecnológico da dogmática jurídica (na obra *A ciência do Direito*, de 1977), e ambas foram posteriormente consolidadas no

clássico. Naquele momento, a denúncia de que a dogmática jurídica era pautada nesse mosaico de influências indiscriminadas levantava suspeita sobre a assunção inquestionada de que existe uma ciência do direito. O caráter científico que a teoria jurídica diz possuir tem de passar, na concepção de Warat, por um debate acerca do conceito de ciência, e também por um debate sobre a noção de verdade, opinião, senso comum etc., tendo em vista que o senso comum teórico dos juristas joga com todos esses conceitos.

Essa é uma crítica que se coloca na contramão dos discursos antipositivistas que vieram a se tornar dominantes com o avanço do neoconstitucionalismo e das teorias da argumentação, que buscaram se contrapor à tese analítica de que não há uma racionalidade possível no exercício de julgamentos valorativos. Warat insistiu na ideia de que as novas retóricas também geram um senso comum travestido de episteme, tal como o velho legalismo conservador e cada nova reedição do jusnaturalismo.

Esse ceticismo quanto à possibilidade de um discurso jurídico racionalizado e racionalizante, que é uma tônica do pensamento waratiano, é marca de uma radicalidade que torna suas concepções relevantes ainda hoje, especialmente para avaliar as potencialidades (e principalmente os limites) de teorias neoconstitucionais que buscam afirmar alguma forma de racionalidade procedimental ou de legitimidade discursiva, mas também das teorias que buscam retornar a uma autocontenção judicial como se ela se tratasse de uma escolha propriamente técnica e racional, e não de um outro efeito das estruturas de poder estudadas pela semiologia política proposta por Warat.

## **DOXA E EPISTEME**

No que se refere ao debate a respeito da noção de verdade, ao conceito de ciência e à própria ideia de senso comum, é interessante resgatar uma discussão que remonta à filosofia grega, aos textos platônicos e aristotélicos e, em especial, inicialmente, ao diálogo platônico *Críton* (PLATÃO, 1983), no qual o personagem homônimo tenta persuadir Sócrates, que já aguarda a execução de sua sentença de morte numa cela em Atenas, a fugir da determinação legal a que está submetido. Tal tentativa deságua num diálogo profundo a respeito das noções de opinião e verdade, onde Sócrates planta as bases de uma discussão que encontrará eco em outros diálogos seus e se aprofundará nos tratados de Aristóteles sobre lógica, retórica, tópica etc.

Nesse sentido, Sócrates põe em questão a distinção entre o conhecimento válido, calcado na reflexão em direção à Verdade, e a opinião, irrefletida e compartilhada pela massa, como uma espécie de senso comum. Distingue também as opiniões a partir da sua natureza e de quem as emite, mas jamais as equipara à Verdade. No texto platônico, a preponderância é dada, evidentemente, ao conhecimento refletido, de forma que Sócrates se recusa a fugir, mesmo com as alegações de Críton sobre a opinião pública favorável à sua fuga, e sobre os juízos que seriam feitos a respeito dos seus amigos caso não salvassem Sócrates da pena capital. Dessa forma, se delinea, portanto, uma oposição recorrente na obra platônica, que é a oposição entre o discurso destinado ao convencimento e à persuasão e ligado aos sentidos e à percepção imediata do mundo (*doxa*) e o discurso que se ruma ao encontro da Verdade através da razão e das ideias, guiado por um método, não importando as suas consequências (*episteme*). Tais posturas representadas, respectivamente, por Críton e os amigos de Sócrates, que o tentam convencer a fugir movidos pelas paixões e pela opinião pública, e o oposto defendido pelo próprio Sócrates que, racionalmente, chega à conclusão de que deve enfrentar seu quinhão. É a tradicional disputa socrática em relação aos sofistas, que elaboram seus discursos a partir da ilusão dos sentidos e das paixões, no intuito de convencer seus interlocutores, burlando os preceitos racionais que deveriam se impor sobre qualquer circunstância, e que só podem ser atingidos através do raciocínio enquadrado a um método de investigação que, no caso de Sócrates, era o método dialético e maiêutico.

Essa tensão tem repercussões ainda mais fortes ao final do Livro VI d'A *República*, 509d-511e (PLATÃO, 2000), onde Platão discorre sobre a divisão do mundo em duas sedes: o reino do sensível e do inteligível. De acordo com essa concepção, ambos representam partes desiguais de uma mesma linha dividida, e cada parte é em si também dividida, formando quatro tipos de discursos sobre o mundo.

No reino do sensível, Platão nos apresenta a separação entre os objetos (os seres vivos e os objetos fabricados pelo homem) e as imagens (as sombras e os reflexos dos objetos, os simulacros), argumentando que, sobre os objetos, nós desenvolvemos um discurso baseado na operação do espírito denominada de crença (*pístis*), tendo em vista que possuímos a crença nos nossos próprios sentidos, que nos mostram o objeto. Enquanto sobre as imagens, a operação que se dá é a da conjectura (*eikasía*) que elaboramos a partir das sombras e dos simulacros. No entanto, tanto a conjectura quanto a crença tratam-se de opiniões (*doxai*).

Portanto, no plano do sensível, o máximo de conhecimento que atingimos se baseia nas opiniões (*doxai*) acerca daquilo que os sentidos captam via *eikasia* e *pistis*, sem alcançarmos um conhecimento seguro e verdadeiro, pois o sensível é considerado por Platão uma cópia imperfeita, mutável, instável do verdadeiro encontrado apenas no plano inteligível. (MENEZES E SILVA, 2016, p. 48)

Sendo assim, no que se refere ao reino do inteligível, Platão sai da esfera das opiniões (*doxai*) e se dirige ao campo do conhecimento. Menciona-se a primeira operação do campo do inteligível: o entendimento (*episteme*), que se dá através de hipóteses que se derivam em relação a conclusões também hipotéticas, como é o caso das artes da geometria e da matemática, que partem de hipóteses não questionadas (axiomas) em direção às conclusões. Ademais, também na esfera do inteligível, Platão traz à tona a segunda operação discursiva, aquela que ao invés de se direcionar à conclusão, dirige-se ao começo, ao princípio (*ousia*), que é a operação da razão (*noesis*).

Diferentemente do entendimento, que visa atingir, por exemplo, a diagonal em si, o ângulo em si, mas esbarra nas imagens reproduzidas de tais conceitos, a razão é aquela que efetivamente chega à coisa-em-si, que atinge o Absoluto, a Ideia. E a partir daí, não se trabalha mais com hipóteses, apenas encaminha-se de Ideia em Ideia. A geometria está para a Ideia na esfera do inteligível assim como a imagem está para o objeto no reino do sensível, como um simulacro. No entanto, é através do entendimento (da *episteme*) que se atinge a razão e o Absoluto, Platão só não especifica como é dado esse passo de um a outro. De maneira que são quatro os degraus da teoria das formas de Platão: a conjectura e a crença (ambas opiniões, *doxai*), e o entendimento e a razão (*episteme*), em ordem ascendente.

“Nesse caso, a opinião diz respeito a uma ordem de coisas e o conhecimento a outra, diferente daquela, de acordo com as respectivas faculdades. [...] E o conhecimento não se relaciona, por natureza, com o ser, para investigar o que ele seja?” (PLATÃO, 2000, p. 270). Ou seja: existe uma diferenciação de natureza e de qualidade entre a *doxa* e a *episteme*, de acordo com o nível de afinidade em relação ao Ser, ao Absoluto que cada uma apresenta:

Portanto, a *doxa*, mesmo quando verdadeira (*Teeteto*) não é o terreno do conhecimento epistêmico e objetivo para Platão. Mesmo reconhecendo que o tipo de argumentação sofisticada, ou algumas figuras dessa como o *elenchus*, deva ser levada a sério, é só observarmos as várias obras de Platão nas quais a retórica está em pauta, ele só reconhecerá valor à retórica quando a aproximar de seu método epistêmico: a dialética, como ocorre no *Fedro*. E mesmo nesse caso, a opinião é refutada por ligar-se ao terreno do passageiro e revelar posições singulares que pouco, ou quase nada, contribuem para o

âmbito do conhecimento objetivo, necessário e universal. (MENEZES E SILVA, 2016, p. 49)

Desta forma, Platão inaugura, portanto, a cisão *episteme/doxa*, pautando as suas diferenças de acordo com a proximidade em relação ao Ser, à coisa-em-si (ousia), à Verdade. Todavia, vale destacar que a questão é também endereçada por Aristóteles em seus trabalhos, de forma diferente:

Aristóteles rejeita, no entanto, a existência das *eide*, em termos platônicos. Assim a *episteme* vai designar para ele o conhecimento das causas necessárias (Primeiros Analíticos I 33, 88b30-34). A *episteme* consistirá então na demonstração (*apodeixis* em Primeiros Analíticos I, 71b20-23), e a sensação, *aisthesis*, se torna uma condição necessária para aquisição da *episteme* (Primeiros Analíticos I 18, 81a38-81b1). Em sua Metafísica (E 1, 1025b-1026a), o termo *episteme* vai designar uma organização sistemática dos conhecimentos racionais, chegando assim a apontar para o conhecimento teórico, em sua oposição ao conhecimento prático e poiético (Ética a Nicômaco VI 3, 1139b14-36). (CASTRO; CASTRO, 2019, p. 171)

Dessa maneira, Aristóteles não tem como referencial de veracidade as Ideias e nem o Ser absoluto, de forma que a sua distinção entre *episteme* e *doxa* é pautada em outros critérios. Aristóteles executa uma cisão entre os dois conceitos, aproximando *episteme* da noção de conhecimento científico, enquanto *doxa* se configura como uma opinião. Na concepção aristotélica, “no processo de conhecimento descrito no início da Metafísica, que vai da sensação (*aisthesis*) à *episteme*, apenas esta e a *techne* são conhecimentos universais, enquanto *aisthesis*, *mneme* (me-mória) e *empeiria* (experiência) o são dos particulares.” (MENEZES E SILVA, 2016, p. 54). Ou seja, também está em questão o critério da universalidade, mas não apenas ele:

Aristotle contrasts *episteme* and *doxa* through the key notions of universal and necessary. These notions have played a central role in Aristotle’s characterisation of scientific knowledge in the previous chapters of APo. I will show that this context introduces a contrast in terms of explanatory claims: on the one hand, *episteme* covers those claims which grasp explanatory connections that are universal and necessary and thereby delivers scientific understanding; on the other hand, *doxa* covers the explanatory attempts that fail at doing so. (ANGIONI, 2019, p. 158)

Ou seja, para Aristóteles, o conhecimento científico simbolizado pela *episteme* deve ser universal e necessário, enquanto a *doxa* é tudo aquilo que não satisfaz tais padrões. Diferentemente de Platão, para quem a *episteme* tinha uma relação mais íntima com o Ser, e para quem a dialética era o caminho para estreitar essa relação, Aristóteles não se envereda por tais caminhos. Sua concepção de dialética não se relaciona com o Ser, mas se apresenta como uma operação em que ocorre o exame crítico de argumentos para averiguar sua veracidade, diferentemente da retórica, em que os argumentos não se direcionam à verdade, mas à persuasão

do público. De acordo com Aristóteles, a dialética não faz mais parte da *episteme*, ela se junta à retórica e vem com ela compor o campo das opiniões, da *doxa*.

Nesse sentido, Aristóteles compreende a dialética e a retórica como artes (*technai*) da linguagem, e não como conhecimento científico (*episteme*), apesar de a dialética ser de grande valor a este, por permitir a análise crítica de princípios, tão útil à ciência. Para Aristóteles, a dialética e a retórica não têm por objeto as verdades universais e necessárias da ciência, e nem as opiniões comuns, irrefletidas: o objeto dessas artes da linguagem são as *endoxas*, que também são opiniões, porém são opiniões de grande aceitação e repercussão, seja entre um grupo de especialistas, entre os sábios, ou entre a própria opinião pública. E as regras às quais a retórica e a dialética se submetem para o esmiuçamento das *endoxas* são denominadas de *topoi*, ou seja, os esquemas de argumentação legitimados pelo senso comum, através dos quais se pode dominar a arte da persuasão, na retórica, ou da análise, na dialética. Sendo assim, percebe-se que os raciocínios não-demonstrativos (não-epistêmicos), para Aristóteles, não trabalham com a noção de verdade, e sim de verossimilhança, considerando-se que a verossimilhança, como informa Warat: “Trata-se de um raciocínio que provoca um efeito de verdade ou realidade, ou seja, algo é verossímil quando consegue provocar a representação de sua veracidade ou realidade” (WARAT, 1994, p. 97), mesmo sem ser efetivamente verdade, ou pelo menos num sentido demonstrável incontestavelmente.

Desta forma, Aristóteles disponibiliza todo um aparato conceitual que será de grande importância na reflexão sobre a natureza e o status do saber jurídico, e que tem um impacto profundo sobre o pensamento waratiano. As discussões a respeito do saber jurídico e como ele se consolida em um senso comum teórico dos juristas são marcadamente atravessadas por essas reflexões em torno das ideias de *doxa* e *episteme*, de Verdade, Absoluto, necessidade, universalidade, persuasão e toda a estrutura conceitual trabalhada por Platão e Aristóteles nos trabalhos por nós referidos até então. E é sobre essa influência que nos debruçaremos a seguir.

## **DOXÁSTICA JURÍDICA**

Na concepção waratiana, a teoria jurídica historicamente já se serviu de diversos instrumentos para tentar consolidar-se enquanto *episteme*, através da construção de inúmeros métodos de interpretação da lei. Dessas tentativas surgiram sistemas que apelaram aos mais diversos meios: seja por meio de uma sacralização da letra da lei, aproximando o exercício

interpretativo de uma exegese bíblica, através do método gramatical; através de uma busca pela intenção do legislador, numa tentativa de encontrar o espírito da lei, o seu “sentido oculto”, no método exegético; por meio de recursos a uma espécie de história cultural dos povos, como uma forma de nacionalismo interpretativo, encontrada do método histórico; através da comparação com outros ordenamentos jurídicos, no método comparativo; do recurso ao instrumental metodológico da sociologia, tomando como fonte do direito os fatos sociais no método sociológico; ou mesmo apelando à rigidez formal da lógica, numa tentativa de purificar a interpretação da lei, limpando-a de seus vícios. A lista não é exaustiva.

No entanto, estes métodos se inserem num contexto, juntamente a diversos outros experimentos, de equívoco epistemológico. Isso se dá pelo fato de não haver, em nenhum dos casos, um olhar crítico para o caráter não axiomático do direito. O direito não é composto de axiomas a partir dos quais se pode derivar a interpretação correta da lei, sendo assim é impossível descobrir qual seria o “ponto de partida” do saber jurídico, pois este não pode operar através de uma lógica dedutiva, independentemente de qual seja o candidato a axioma (a história, a sociedade, a intenção do legislador, a lógica formal etc.). Isso se dá porque o saber jurídico não se configura enquanto uma *episteme*: seja no sentido platônico, de guardar íntimas relações com o Ser ou com qualquer tipo de forma ideal; seja no sentido aristotélico, de tratar-se de um saber universal e necessário, de forma que o saber jurídico é profundamente marcado pela contingência e pela particularidade.

E para Warat, essa aspiração epistêmica começa a perder forças principalmente com o surgimento dos estudos da tópica jurídica, de Theodor Viehweg, que reconhece que, na verdade, o direito é fortemente marcado por um caráter retórico, doxástico, fundamentalmente persuasivo, e não dedutivo. A tópica surge como fruto de uma insatisfação com os métodos de dedução lógica do sentido da lei, alterando inclusive a percepção sobre a cientificidade do direito, pois para Viehweg, não se pode falar em ciência jurídica, e sim em jurisprudência, entendida num conceito amplo de estudo das relações jurídicas. A “ciência” jurídica seria inexistente, pois não há um solo firme do qual deduzir a interpretação correta, já que, afinal, o conhecimento jurídico deveria se basear nos *topoi* aristotélicos, que Viehweg define como “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade.” (VIEHWEG, 2008, pp. 26-27) no estudo das estratégias de argumentação oriundas das *endoxas*, das opiniões de ampla aceitação, seja pela sociedade ou pelos especialistas.

Cuando se encuentra en un determinado territorio un estilo de pensamiento [...] Se puede intentar convertir este estilo en un método deductivo, en el sentido que antes hemos indicado. En caso de éxito se obtiene una disciplina que cumple el ideal lógico de una ciência, porque sus conceptos y sus proposiciones forman un conjunto unitário de definiciones y de fundamentos. (VIEHWEG, 2007, pp. 129-130)

Essa hipótese à qual Viehweg se refere, a de converter um estilo de pensamento em um método dedutivo, intentando compor através dele um sistema científico, é justamente a hipótese à qual a modernidade ocidental recorreu para tentar sistematizar o Direito: “Aquí trataremos sólo de la primera hipótesis, que corresponde al deseo de la moderna cultura del continente occidental de concebir a la jurisprudência como ciência y se tiene por ello que dirigir necesariamente contra la tópica”. Desta forma, Viehweg deixa claro que a tentativa de axiomatizar logicamente o Direito em busca de um sistema científico implica, necessariamente, uma batalha contra a tópica, tendo em vista que a tópica compreende a fragilidade de um sistema do Direito fundado em deduções lógicas estritas, no seguinte sentido:

Si se consiguiera además poner, de un modo semejante, todos los demás ámbitos jurídicos bajo unos axiomas y conceptos fundamentales unitários y hacer lo mismo con el ámbito total del Derecho positivo en cuestión, entonces y solo entonces estaría permitido hablar de una auténtica fundamentación lógica del derecho y de un sistema jurídico en sentido lógico. Su construcción no se ha realizado nunca, aunque su existência se presupone usualmente en nuestro pensamiento jurídico. Supuesto que se diera un sistema jurídico semejante, todavía se nos plantearía el problema de saber hasta qué punto se habría conseguido con ello eliminar a la tópica. Es evidente que en la selección de los axiomas, no; pues determinar cuales son los principios objetivos que han de ser elegidos, es desde el punto de vista lógico algo claramente arbitrário. Lo mismo se puede decir de los conceptos fundamentales. Es una tarea inventiva. (VIEHWEG, 2007, p. 133)

Ou seja, Viehweg nos mostra de forma bastante clara que mesmo que um sistema jurídico fosse construído através de axiomas dos quais se derivassem cada uma de suas especialidades, e que tais axiomas estivessem em consonância com aqueles que regem o ordenamento positivado como um todo (tal sistema nunca existiu), este sistema ainda não teria eliminado de seu espaço a tópica, pois os axiomas e conceitos fundamentais que o regessem seriam completamente arbitrários, do ponto de vista lógico. Desta leitura depreende-se que o Direito não consegue se livrar da tópica, da argumentação, da arbitrariedade, da *doxa*, e por isso não consegue se consolidar enquanto sistema científico. É um vício inerente.

Não obstante, Viehweg ainda apresenta uma outra questão que virá a ser de suma importância na constituição da crítica epistemológica de Warat, e essa é a questão da língua comum, a linguagem espontânea. Para Viehweg

[...] las deducciones lógicas hechas por médio del lenguaje espontáneo no son estrictamente comprobables, pues unas conclusiones semejantes conducen con frecuencia a interpretaciones variadas y encubiertas. Con nuestra terminología: porque en el lenguaje espontáneo opera una tópica oculta. (VIEHWEG, 2007, p. 134)

A questão da linguagem espontânea ressaltada por Viehweg se mostra como mais uma pedra no sapato da almejada “ciência” do Direito, pois ela carrega consigo a dificuldade de construir um sistema lógico fechado para o saber jurídico utilizando a língua comum, a língua falada no cotidiano. Como delimitar com rigor os conceitos fundamentais do saber jurídico, seus axiomas, se a própria língua carrega consigo o caráter ambíguo, errático, plural? Warat, inspirado na sua formação argentina, no segundo Wittgenstein e na filosofia da linguagem ordinária, aponta diretamente para este problema:

Verificamos como os significados na linguagem natural apresentam uma significação incompleta se os analisamos exclusivamente ao nível da sua significação de base. [...] No entanto, os termos da linguagem natural apresentam de um modo geral, ao nível de sua significação de base, algumas características de sua estrutura designativa e denotativa que, por si só, determinam a impossibilidade de acesso a uma significação plena. As incertezas designativas/denotativas dos termos da linguagem natural são estudadas pela Filosofia da Linguagem Ordinária como problemas de *vagueza* e *ambiguidade* dos termos gerais. (WARAT, 1995b, p. 76)

Ou seja, os problemas de vagueza e ambiguidade são inerentes ao uso da linguagem ordinária, a sua incompletude significativa é natural da linguagem corrente. E por isso Viehweg nos leva a entender que tal esforço de delimitação rigorosa dos conceitos jurídicos é improfícuo, pois a linguagem espontânea já traz consigo uma tópica oculta, um espaço de contingência, de argumentação, de conflito. A linguagem é herdada, e junto com ela todos os seus meandros.

Warat se depara com esse problema na obra de Viehweg, mas a já citada influência da obra de Wittgenstein sobre seu pensamento é importante. Quando se refere aos antecedentes que o levaram a cunhar o conceito de senso comum teórico dos juristas (antecedentes estes que o presente trabalho busca explorar), Warat evidencia:

Devemos também mencionar a Wittgenstein e Nietzsche. O primeiro denunciando a linguagem comum que encerra em seu vocabulário toda uma filosofia espontânea do social, exorcizada verbalmente, em muitos casos, pela aparência de uma elaboração teórica precisa. As pré-noções podem contagiar as conceitos teóricos. (WARAT, 1994, p. 17)

Ao se referir à denúncia realizada por Wittgenstein sobre os dramas da linguagem ordinária, Warat se endereça aos trabalhos realizados por Wittgenstein a partir de obras como *Investigações filosóficas* e *Da certeza*, onde este realiza uma análise da linguagem sob a ótica

da pragmática, ou seja, sob a ótica da sua utilização, da forma como a linguagem se dá no mundo. Dessa análise, ele retira conceitos de muito valor, como o de jogo de linguagem, segundo o qual a linguagem se dá através de jogos, em que cada espaço discursivo apresenta suas próprias regras. Essas regras são pressupostas na linguagem pública, por mais que sejam manejadas na maioria das vezes inconscientemente, pois as situações linguísticas sempre são articuladas e complexas, pois uma situação, um fato linguístico pressupõe ou remete a diversos outros, inserindo-se sempre num quadro muito maior. E tal rede de jogos de linguagem é sempre relacional, pois não possui nenhum valor axiomático que a oriente, não possui nenhum valor transcendente que lhe atribua significado. A linguagem comum é permeada de sentidos, polissemias e ambiguidades que só podem ser destrinchadas de acordo com as regras circunstanciais de cada jogo de linguagem.

E com isso, há a indicação de uma virada paradigmática no sentido de explorar o direito enquanto campo à margem do método científico, com a introjeção de um teor argumentativo, linguístico e pragmático. Delineia-se uma abordagem que entende o direito como campo doxástico mais do que epistêmico, e Warat enxerga na filosofia jurídica, através da tópica, e na filosofia da linguagem, através de Wittgenstein, da semiologia francesa e outros, um caminho a percorrer para pensar um Direito que entenda seu lugar de auto-recursividade, de imanência.

A tópica não é demonstrativa, mas persuasiva. Não resolve os problemas, porém fornece os recursos e argumentos para sua elucidação e solução. Não assegura soluções certas e incontrovertíveis, mas dá soluções aceitáveis dentro do marco da ideologia que adota. Admite a alterabilidade significativa da lei, que origina sua problemática interpretativa e decisória. Opõe-se à axiomática e à dogmática, que não admitem os problemas jurídicos, atendo-se à univocidade das “palavras da lei”, à claridade e inalterabilidade da significação jurídica dos textos legais. (WARAT, 1994, p. 88)

Entretanto, apesar de reconhecer os esforços da tópica em prol de uma *doxização* do conhecimento jurídico, Warat ainda aponta para uma insuficiência na obra de Viehweg. Tal fragilidade se dá no sentido de que a sua teoria acabou por se envolver em problemas devido à timidez em assumir o caráter retórico dos estudos jurisprudenciais. Sendo assim, Viehweg afirma que a tópica é endereçada aos problemas, à resolução dos problemas através da análise argumentativa guiada pelas *endoxas*, no entanto, afirma que a mesma tópica não pode ser o método da jurisprudência, tendo em vista que não se assemelha ao que se entende por método, por não possuir uma estrutura lógica rígida e não criar “um nexos unívoco de fundamentos, quer dizer, um sistema dedutivo” (VIEHWEG *apud* WARAT, 1995a, p. 31). No entanto, Viehweg não descarta a necessidade de um método rigoroso para a “ciência” do Direito, apesar de

expressar que é impossível eliminar a tópica do conhecimento jurídico. Com isso, acaba por recorrer ao direito natural como provedor dos axiomas que o Direito não consegue formular por si só.

O que pode ser resgatado da posição de Viehweg é que admite que o problema fundamental do Direito, sua “aporia fundamental” – como diz – consiste em que “todo o ordenamento jurídico tem que construir-se com pretensão de ser justo”, e que, “os conceitos que em sua aparência são de pura técnica jurídica ou simples partes do edifício da jurisprudência, apenas adquirem seu verdadeiro sentido a partir da questão da justiça”, e que “cada conceito particular se vincula através da questão da justiça, com verdades de direito natural”. Em consequência aceita a necessidade de uma valoração extra-sistemática, axiológica e de direito natural. (VIEHWEG apud WARAT, 1995a, p. 33)

De maneira que Viehweg, na concepção de Warat, termina relegando a tópica a uma posição secundária, deixando de levar o próprio pensamento às últimas consequências e, por apego à tradição da dogmática jurídica, imerge a sua teoria em contradição ou, no mínimo, reduz o seu potencial, classificando a tópica como uma espécie de “estilística”.

Ademais, Warat revela certa desconfiança em relação ao caráter ingênuo da tópica e a sua permeabilidade ideológica, fatores que serão de suma importância para o pensamento waratiano.

Afinal, veja-se que através da tópica aflora o inequívoco caráter político-ideológico da atividade decisória. Tem uma visão ingênua com respeito ao tipo de justiça que as decisões procuram. E supõe a existência de uma justiça igualitária e homogênea para todos os grupos sociais, considerada como a questão apodíctica do direito. (WARAT, 1994, pp. 87-88)

A pressuposição da existência de uma justiça igualitária que permeia todos os atos jurídicos é uma noção que oculta as desigualdades estruturais e assume um papel fortemente ideológico na tópica. E tal problema é um dos focos mais importantes do trabalho waratiano: a forma como o saber jurídico e os métodos de interpretação da lei servem para escamotear ideologias, violências e poder.

## **SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS E PODER**

Todavia, apesar da situação problemática da tópica, ela ainda inaugura um novo terreno para a epistemologia jurídica, sobre o qual Warat deitará suas raízes. É aberto um caminho que o próprio Viehweg não percorre por inteiro, mas através do qual Warat se aventura. Isso ocorre porque o pensamento waratiano vai ter como solo a percepção do saber jurídico enquanto *doxa*,

como estratégia para compreender os espectros que rondam o conhecimento jurídico. Para Warat, o direito não possui e nem nunca possuiu um método científico, e a “ciência” do direito sempre foi permeada por representações ideológicas e estruturas de poder mediadas pela arte da retórica e da argumentação. E nesse sentido, afirma ainda, em se tratando do senso comum teórico, que:

“Assim resulta muito difícil aceitar para as práticas científicas do direito a tradicional diferença entre *doxa* e *episteme*. A epistemologia do direito não passa de uma *doxa* privilegiada. Dito de outra forma, detrás 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 essa definição mais específica, o conjunto de opiniões comuns dos juristas manifestados como ilusão epistêmica” (WARAT, 1994, p. 16)

Ou seja, a compreensão doxástica do direito é fundamental para retirar o véu que oculta as fragilidades da epistemologia jurídica, qual seja, o fato de que ela é composta majoritariamente de opiniões, estereótipos, ideologias, mitos, etc. Esse véu é lançado sobre a teoria jurídica no momento em que ela se pretende científica, purificada e objetiva, pois é nesse momento que vem se imiscuir na dogmática jurídica a noção de Verdade, quando são introjetadas as “verdades jurídicas”. Tais “verdades”, produzidas sob um rótulo de cientificidade, acabam por ser fagocitadas para dentro do conhecimento jurídico com valor axiomático, ignorando todos os conceitos, fórmulas e perspectivas que a linguagem comum já traz embutida em si.

E é nessa esteira que Warat cunha o termo *senso comum teórico dos juristas*, um conceito de suma importância na construção da sua crítica epistemológica, tendo em vista que “trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.” (WARAT, 1994, p. 13). O senso comum teórico dos juristas é um conceito original de Warat que tem por intuito definir o tipo de saber que se estabelece em torno do Direito e que, longe de ser uma ciência, uma episteme, acaba por tomar a forma de um senso comum teórico, ou nas palavras de Warat:

Enfim, podemos dizer que de um modo geral os juristas contam com um arsenal de pequenas condensações de saber: fragmentos de teorias vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, eles rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder. Produz-se uma linguagem eletrificada e invisível – o “senso comum teórico dos juristas” – no interior da linguagem do direito positivo, que vaga indefinidamente servindo ao poder. (WARAT, 1994, p. 15)

Portanto, ao falar de senso comum teórico dos juristas, Warat quer dizer que o conhecimento jurídico está profundamente transpassado por um conjunto de crenças e de estilhaços de saberes diversos, geralmente sob a forma de vozes incógnitas, silentes dentro do texto. Trata-se de um processo de colagem de experiências vividas, mitos, estereótipos, retalhos de teoria e outros signos dos mais diversos, que são todos ajuntados sem nenhum critério metodológico específico, regidos pela lógica da conveniência persuasiva.

E na explicação sobre as origens do conceito de senso comum teórico dos juristas e os seus antecedentes está, além dos autores já mencionados e explorados, a obra de Nietzsche. Sob esta ótica, a concepção waratiana sobre a cientificidade do direito e a sua relação com a verdade encontra lugar confortável na esteira do pensamento nietzschiano. O próprio Warat faz questão de expor tal relação: “Devemos também mencionar a Wittgenstein e Nietzsche: [...] O segundo expõe à crítica a própria noção de verdade, mostrando a existência de uma dimensão ética que fundamenta uma vontade de verdade fora de todo controle epistemológico” (WARAT, 1994, p. 17)

A operação de autópsia realizada por Warat na “ciência” do direito utiliza como instrumento de corte o conceito de vontade de verdade, retirado de Nietzsche, e definido por Roberto Machado como: “a crença, que funda a ciência, de que nada é mais necessário do que o verdadeiro. Necessidade não de que algo seja verdadeiro, mas de que seja tido como verdadeiro. A questão não é propriamente a essência da verdade, mas a crença na verdade.” (MACHADO, 2017, pp. 107-108). Ou seja, a vontade de verdade reside numa hipertrofia do signo “verdade”, que acaba por assumir um valor superior, metafísico, em nome do qual se deve resistir às pulsões, aos desejos e ao mundo, de forma que Nietzsche identifica, ao analisar a vontade de verdade, no contexto da ciência, uma extensão da vontade de potência. “A ciência e o ideal ascético vivem no mesmo terreno, são ambos uma exageração do valor da verdade, uma crença de que a verdade está superior à crítica; por isso são necessariamente aliados; por isso é preciso combatê-los juntos”. (NIETZSCHE, 1998, p. 141)

E nesse contexto, se questiona a condição da ciência enquanto conjugada com a moral ascética, que é alvo de ferrenhas críticas nietzschianas, assim como se questiona a obstinação da ciência pela verdade, a sua auto-definição como investigação sem convicções, pura, ascética, que parte de um “ponto originário” a partir do qual se começa a traçar, sem nenhuma influência precedente, o caminho para a verdade.

A vontade de verdade é a crença – crença na superioridade da verdade – na qual a ciência se funda. Não há ciência sem o postulado, sem a hipótese metafísica de que o verdadeiro é superior ao falso, de que a verdade tem mais valor do que a aparência, a ilusão. (MACHADO, 2017, p. 113)

É possível perceber que essa noção de vontade de verdade se adequa graciosamente às pretensões da crítica epistemológica na medida em que essa divinização da verdade denunciada por Nietzsche ocorre desde Platão e faz parte do mesmo movimento platônico que pretendia apoiar a pretensa superioridade da *episteme* sobre a *doxa* nas formas transcendentais do inteligível. É um movimento que denota o desejo de amalgamar o trio verdade-ciência-transcendência em detrimento da incerteza do mundo sensível, imanente, incerto e polissêmico.

Nietzsche rejeita a perspectiva de que possam existir valores transcendentais, absolutos e que não estejam submetidos à marca da história: “Nietzsche rejeita o pretensível caráter em-si dos valores, o postulado metafísico da identidade entre valor e realidade; os valores são históricos, sociais, produzidos.” (MACHADO, 2017, p. 120). Da mesma maneira como Warat rejeita a ideia de uma ciência jurídica composta de valores neutros, absolutos, axiomáticos que a guiem, orientando a produção normativa e a interpretação das leis. O saber jurídico camufla os valores que historicamente são produzidos pelo poder e que são artificialmente naturalizados – com o perdão do aparente oxímoro – através de estruturas macro e micropolíticas.

A análise das funções políticas, dos discursos das ciências jurídicas e dos valores epistemológicos que a sustentam exige a rejeição da problemática da cientificidade da ciência. Ao levantar esta problemática, os epistemólogos tentaram respondê-la instaurando critérios rigorosos de demarcação entre o que deve ser considerado ou não como ciência. Assim, procuraram opor o conhecimento científico às representações ideológicas e as representações metafísicas, distinguindo a verdade do erro, distanciando o sentido referencial de suas evocações conotativas, como também, diferenciando as opiniões comuns (a *doxa*) do conhecimento científico (a *episteme*). Esta última distinção abrange todas as anteriores, já que a *doxa* estaria constituída por um conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir das representações ideológicas, das configurações metafísicas e das evocações conotativas. O conhecimento científico seria o saldo, logicamente purificado, de todos esses fatores. Ora, quando observamos a forma em que esta concepção de racionalidade científica é apropriada na práxis do direito, verificamos como nenhum dos fatores, aparentemente rejeitados, deixa de manifestar-se. E o conhecimento científico do direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela *episteme*. Estamos diante do senso comum teórico dos juristas, que é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico. (WARAT, 1982, p. 51)

Nesse trecho é possível ver como Warat condensa todas as ideias trabalhadas até aqui para a elaboração do conceito de senso comum teórico dos juristas, desde a tensão entre *doxa* e

*episteme*, passando pela problemática da verdade, da retórica e da ideologia. E nesse sentido, Warat subverte a lógica vigente propondo que na verdade o senso comum teórico opera de dentro da pretensa epistemologia jurídica, constituindo-se no que se poderia chamar, na verdade, de uma doxologia jurídica:

O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extra-conceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme. Trata-se de uma episteme convertida em doxa, pelo programa político das verdades, executado através da praxis jurídica. Nesta ordem de ideias, o saber crítico pode ser definido como uma doxologia, que procuraria o valor político do conhecimento científico do direito, tornando, este, opinião de ofício pela práxis jurídica. (WARAT, 1982, p. 52)

É nesse rumo que Warat segue no intuito de denunciar as pretensões científicas do direito, partindo daí para um importante questionamento da ideia de pureza no Direito e da funcionalidade da noção de verdade no sentido de escamotear as presunções políticas atreladas à dogmática jurídica. De maneira que existe na obra waratiana uma crítica ferrenha à assimilação do pensamento de Kelsen ao senso comum teórico dos juristas, por exemplo.

## A QUESTÃO KELSENIANA

Na visão de Warat, o neopositivismo kelseniano representa uma tentativa de afastar a Verdade do erro, de bloquear a introjeção das inclinações conotativas, subjetivas e ideológicas no conhecimento puro e objetivo, ao propor um método científico, um modelo rígido de exploração das normas que esteja à margem da realidade sócio-política. Tal processo ocorre através de uma operação da teoria kelseniana que Warat denomina princípio da imanência da análise jurídica, que consiste na ideia de que devem ser retirados do conhecimento jurídico todos os fatores extrajurídicos, como exposto na abertura da *Teoria pura do Direito*:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 2006, p. 1)

Dessa forma, fica claro que, para Kelsen, a “ciência” do Direito não pode ir além do seu objeto, que são as normas jurídicas positivadas. A análise a respeito da natureza, da qualidade, da eficiência ou de qualquer atributo valorativo da norma é cabível ao campo da ciência política, da ética, da sociologia ou de qualquer outro campo de estudos, menos do Direito. Dessa

maneira, Kelsen pretendia libertar o saber jurídico das influências da moral, da metafísica, da teologia e de qualquer tipo de influência transcendente, mas também de qualquer influência sociológica, econômica e política que historicamente esteve infiltrada nos desenvolvimentos do conhecimento jurídico. Tal empreitada se assemelha ao projeto epistemológico de Kant na *Crítica da Razão Pura* (de onde Kelsen retira a ideia da pureza).

Kant, estimulado pelo ceticismo de Hume, desenvolve a hipótese de que a percepção humana dos fenômenos é limitada pelas categorias do conhecimento, que são condição de possibilidade da atuação dos sentidos (KANT, 2001), estabelecendo assim a crítica transcendental e trazendo a centralidade da filosofia para a epistemologia e para o próprio sujeito. A partir de Kant, a filosofia que tradicionalmente se direcionou para os entes do mundo dá um giro de 180° em direção à racionalidade e aos limites do próprio conhecimento humano. Assim como, em Kelsen, a “ciência jurídica” deixa de tentar projetar-se para outros campos do conhecimento e se volta para tentar fixar rigorosamente seus próprios limites, entender as suas condições de possibilidade, a sua base transcendental.

No entanto, ao fazer a passagem para o plano dos valores morais, Kant aparenta dar alguns passos atrás, no sentido de reestabelecer o velho desprezo platônico pelo mundo dos sentidos, ou pelo mundo real, que parecia estar em declínio desde o empirismo inglês. Kant, ao estabelecer a *razão pura* como a única verdade possível e como morada da ordem natural, atribui a ela um caráter universal e necessário. Dessa forma, Kant opera um processo de "purificação" do pensamento de forma a excluir dele tudo o que remeta ao mundo empírico, às paixões, aos sentidos, aos impulsos etc. Ao mesmo tempo em que tenta universalizar essa razão estéril.

De forma semelhante, Kelsen, em sua *Teoria pura do Direito* opera uma separação entre o ser e o dever-ser, de forma a tentar purificar a “ciência” Direito de qualquer ligação metafísica com valores absolutos ou com valores políticos, históricos e sociais. Dessa forma, a “ciência” do Direito, purificada, perde qualquer conexão com a "ordem natural" e encara o seu caráter de linguagem formal da política, moldura onde as conjunturas histórico-político-sociais são pintadas, mas que não exerce influência nessas conjunturas.

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma

das várias interpretações possíveis da norma jurídica e a aplica a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica, mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem. (KELSEN, 2006, pp. 395-396)

Sendo assim, é perceptível que o projeto kelseniano para o conhecimento jurídico não é compatível com fatores extranormativos. Qualquer coisa além de delimitar a moldura interpretativa da norma está fora da alçada da “ciência” do Direito. E para tornar esse “princípio da imanência da análise jurídica” possível, a dogmática kelseniana pratica uma purificação nos termos do conteúdo do direito, especialmente através do artifício lógico da norma fundamental gnoseológica, por meio da qual o direito não mais precisa recorrer a nenhuma categoria exterior para afirmar sua validade. Isso se dá no sentido de que a norma fundamental é o mecanismo que confere validade a todo o ordenamento jurídico, inclusive à Constituição. No entanto, ele é apenas uma ficção lógica, uma pressuposição lógica que não possui materialidade, e exerce um papel transcendental na teoria kelseniana, novamente aos moldes de Kant:

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica [...] ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob condição de pressupormos a norma fundamental [que diga]: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. (KELSEN, 2006, p. 225)

A partir da norma fundamental, portanto, a “ciência do direito” emenda o seu círculo, cortando suas comunicações com quaisquer outros campos do conhecimento, ao mesmo tempo em que os exorciza do seu domínio. De maneira que busca passar a imagem de uma ciência neutra, imparcial, racional e meramente técnica, expurgando de seus interiores qualquer tentativa de crítica a respeito do efeito social das normas e da interpretação, relegando tais discussões para a ciência política. E, para Warat, essa perspectiva de pureza é transmitida da ciência para práxis, é absorvida pelo senso comum teórico dos juristas, dando aos operadores do Direito a ideia de que também a sua atividade é neutra. É dessa maneira que “o discurso

kelseniano, tornado senso comum, influi para que o jurista de ofício não seja visto como um operador das relações sociais; mas sim, como um operador técnico dos textos legais.” (WARAT, 1982, pp. 52-53)

Tal é o nível da tensão entre o pensamento de Warat e Kelsen, marcada por uma complexidade de admiração e crítica ferrenha, pois, apesar da preocupação epistemológica inédita de Kelsen, sua saída teórica não agrada Warat, como nos informa Mariana Veras:

Ao debater a esfera epistemológica a partir do olhar kelseniano, em um texto de 1977, “Epistemologia e Teoria Kelseniana”, Warat chama atenção para uma questão, Kelsen se apresenta como um dos primeiros juristas que instituiu a necessidade de controle epistemológico para a problematização do conhecimento no âmbito de uma Ciência do Direito. Contudo é necessário afirmar que a matriz teórica analítica escolhida fracassou ao tentar elaborar uma linguagem pura do direito, pois os critérios sintático-semânticos não são suficientes para acolher a complexidade do fenômeno jurídico. (VERAS, 2017, pp. 43-44)

Portanto, Veras nos mostra que, apesar de Warat enxergar na teoria kelseniana um dos poucos esforços rigorosos de abordar o estatuto científico do saber jurídico, a solução encontrada na *Teoria pura do Direito* não lhe agrada. Isso ocorre porque os mecanismos de purificação impedem o estudo do sentido político do conhecimento jurídico e ocultam a forte carga ideológica presente nesse saber. O senso comum teórico dos juristas se apropria dos conceitos kelsenianos e, sem passá-los por um filtro epistemológico, os transforma em significações de conteúdo aberto, que não precisam se apoiar na realidade material, passando a simplesmente ignorá-la em prol de um discurso autorreferente com pretensões de autonomia:

[...] os juristas semiotizam a ilusão de suas enunciações e articulam-se em discursos auto-suficientes, fechados em si mesmos. O critério de egocentrismo textual encontra-se nebulosamente presente no pensamento dogmático tradicional do direito. Em termos semiológicos, poder-se-ia dizer que se trata de uma convenção implícita para a utilização dos signos jurídicos. Kelsen, por sua vez, apelando à norma fundamental gnoseológica e ao princípio da pureza metódica, não faz outra coisa que tornar esta forma de significação explícita e sistemática. (WARAT, 1981, p. 110)

Dessa forma, Warat compreende que a purificação do conhecimento jurídico e a formação de uma “ciência objetiva do direito”, ao infundirem-se no senso comum teórico dos juristas, operam, de forma extremamente sofisticada, a camuflagem das estruturas de poder imanescentes ao exercício da atividade normativa. A engrenagem jurídico-normativa, que funciona através da célula da sanção, como exposto pelo próprio Kelsen, caracteriza, portanto, um sistema institucionalizado de “microsocialização das repressões”, que é traçado pelas estratégias semiológicas do discurso jurídico, molecularizando a repressão e “internalizando

nos indivíduos, via discurso, o controle de seus desejos e paixões através de representações estereotipadas do sexo, do dever, da honestidade, da morte, da participação pública e, ainda, das próprias funções sociais do castigo e da repressão.” (WARAT, 1981, p. 112) E, entretanto, quando se ativa o elemento purificador no discurso jurídico, é como se magicamente toda essa rede micropolítica desaparecesse de súbito, como se fosse teoricamente marginalizada, esconjurada do palácio asséptico do conhecimento jurídico.

## A IDEOLOGIA

Porém, essa estratégia de purificação nada mais faz do que ocultar, de forma muito eficiente, a ideologia latente no imaginário dos juristas. É uma forma de validar o senso comum teórico dos juristas, juntamente com todo o seu arcabouço ideológico operante na estrutura argumentativa da *doxa* jurídica. E para compreender os mecanismos dessa ideologia, é interessante invocar mais uma das importantes vozes silentes da obra waratiana: Louis Althusser.

Em sua obra *Aparelhos ideológicos de Estado*, Althusser desenvolve o conceito de ideologia enquanto um conjunto de práticas e rituais no qual todo indivíduo é imerso antes mesmo do nascimento. Tal ideia é elaborada a partir da teoria marxiana da reprodução das condições de produção: ao capitalismo não basta reproduzir constantemente a produção, mas também as relações de produção. Isso inclui a reprodução da força de trabalho enquanto fator de produção, que deve ser constantemente atualizada através de condições materiais como salário, moradia, alimentação etc., mas também enquanto relação social.

É aí que entra a noção de ideologia para Althusser. É através da ideologia que a relação trabalhador-produção é preservada, e a ideologia é produzida e reproduzida através da superestrutura, conceito marxiano que compreende duas esferas: a jurídico-política (o Direito e o Estado) e a ideológica (oriunda dos mais diversos aparelhos, seja a religião, a moral, o direito, a família etc.). Nessa superestrutura encontra-se a instância do aparelho repressivo do Estado, em sua forma mais concreta e material, mas também essa instância que Althusser revela e esmiúça: os aparelhos ideológicos de Estado.

Tais aparelhos são, numa enumeração não exaustiva: os aparelhos familiar, jurídico, de informação (meios de comunicação), burocrático, religioso, escolar, sindical, cultural etc. Percebe-se que a teoria althusseriana denota a produção ideológica como advinda de inúmeros

aparelhos, sendo indiferente à sua natureza pública ou privada, levando em consideração a concepção de Gramsci de que tal distinção entre público e privado é uma distinção do Estado burguês, que só é possível nele e que faz ele ser possível.

E aqui é importante ressaltar a diferença do conceito de ideologia presente em Althusser em relação ao conceito marxiano:

Na Ideologia Alemã, esta fórmula aparece num contexto nitidamente positivista. A ideologia é concebida como pura ilusão, puro sonho, ou seja, nada. Toda a sua realidade está fora dela. A ideologia é portanto pensada como uma construção imaginária cujo estatuto é exatamente o mesmo estatuto teórico do sonho nos autores anteriores a Freud. [...] A ideologia é então para Marx um *bricolagem* imaginário, vazio e vão, constituído pelos “resíduos diurnos” da única realidade plena e constitutiva, a da história concreta dos indivíduos concretos, materiais, produzindo materialmente sua existência (ALTHUSSER, 1980, p. 77)

Já na concepção althusseriana, a ideologia não é uma ilusão, um processo imaginário, ela possui uma existência material e incide justamente na representação das relações imaginárias dos indivíduos com suas condições reais de existência. É a relação com as condições de existência que é imaginária, mas as condições permanecem sempre reais, e a ideologia é sempre material e direcionada ao sujeito:

O sujeito, portanto atua enquanto agente do seguinte sistema (enunciado em sua ordem de determinação real): a ideologia existente em um aparelho ideológico material, que prescreve práticas materiais reguladas por um ritual material, práticas estas que existem nos atos materiais de um sujeito [...] Desta sequência extraímos o termo central decisivo, do qual depende todo o demais: a noção de sujeito.

E enunciamos duas teses:

1 – só há prática através de e sob uma ideologia

2 – só há ideologia pelo sujeito e para o sujeito (ALTHUSSER, 1980, p. 85)

Dessa forma, Althusser estabelece as bases de sua teoria da ideologia enquanto um agente material ubíquo nas práticas sociais, produzido pelos aparelhos ideológicos de Estado e que interpela o indivíduo enquanto sujeito. A ideologia é o que transforma os indivíduos concretos em sujeitos antes mesmo do nascimento. Althusser nos lega a concepção de uma ideologia onipresente, inspirada na substância espinosana, onde tudo se dá, ou seja, não existe um ponto exterior a partir do qual se possa enxergar a ideologia, todos estão desde sempre existindo imersos no oceano da ideologia. O indivíduo é interpelado pela ideologia e no momento em que se reconhece nessa interpelação (ou mesmo antes disso), no momento em que se reconhece enquanto parte integrante de um conjunto de práticas e rituais orientados por

determinados conjuntos de ideias, já é transformado em sujeito. Ou seja, desde o nascimento. Desde que se é etiquetado com um nome próprio, batizado em determinada religião, alfabetizado em determinada língua e todas as outras “liturgias” que marcam a existência social, o indivíduo é interpelado enquanto sujeito, e enquanto sujeito se reconhece já dentro da ideologia.

Isso tem reflexos profundos na teoria waratiana, especialmente no que se refere à ocultação, por parte da “ciência jurídica” desse caráter inescapavelmente ideológico que possui, assim como tudo possui. Warat entende que as teorias jurídicas pretensamente neutras contaminam a práxis dos sujeitos operadores do sujeito com esse discurso de pureza, de neutralidade, que serve para disfarçar o fato mesmo de que cada sujeito é já e desde sempre ideológico e formado na ideologia. Além de que o próprio Direito opera justamente na interseção entre o aparelho repressivo do Estado (que detém o monopólio da violência física) e os aparelhos ideológicos do Estado, formulando a ideologia dominante não só através da coerção das leis, mas através da teoria que o sustenta e que é reproduzida pelos sujeitos que o operam, de maneira espontânea e natural.

E na análise desse conjunto de práticas ideológicas enquanto fator de reconhecimento persuasivo, em contraposição à ideia de verdade ou de verossimilhança, Warat retoma a tópica de Viehweg como modelo de comparação:

Tudo isso nos obriga também a assumir a distância que nos separa do modelo tópico-retórico de Viehweg. Afirmar que o pensamento jurídico é prudencial, porque é um pensamento problemático, é uma força semelhante à do modelo de verossimilitude de explicar a persuasão. “O problema” por si só não legitima o argumento como significativo porque se revela impossível resolver um problema sem recorrer a fortes hábitos mentais. No comportamento decisório e na compreensão do problema os esquemas de pensamento socialmente legitimados são os principais que regulam o funcionamento de ambas as práticas. Os problemas resolvem-se a partir de estereótipos culturais e neles se encontra o elemento que estabelece o reconhecimento ideológico, claro que aludindo e iludindo. (WARAT, 1994, p. 117)

Tendo isso em vista, é possível compreender a crítica à epistemologia jurídica empreendida por Warat, especialmente no que se refere à teoria pura do direito e ao senso comum teórico dos juristas, por exemplo. O que ocorre é que a purificação teórica proposta por Kelsen, assim como a falácia da cientificidade da dogmática jurídica se engendram no intuito de mascarar as estruturas de poder existentes na prática jurídica, legitimando o discurso normativo através pseudo-métodos de obtenção de objetividade. Só que travestidos de uma lógica formal, um método rígido e uma objetividade neutra, encontram-se o conjunto de

crenças, práticas, rituais, estereótipos e pré-conceitos que os juristas trazem consigo do seu contexto cultural, da sua perspectiva política, da sua orientação religiosa e de todas as esferas ideológicas em que estão inseridos naturalmente. Todos esses fatores são então mesclados num grande mosaico indiscriminado e caótico que é alardeado como ciência do direito e que proporciona o reconhecimento e o efeito de realidade.

É partindo de tais premissas que Warat subverte a concepção aristotélica de retórica:

Segundo Aristóteles, o silogismo retórico, ou argumento, é perfeitamente caracterizado pela verossimilhança. Em nossa perspectiva, preferimos aludir a um efeito de realidade, lembrando que este efeito somente se obtém quando o ideológico entra em cena. No caso, substituímos a inferência lógica por uma inferência ideológica, que provoca o efeito de realidade. Tal efeito é o que tradicionalmente se denomina verossimilhança. (WARAT, 1994, p. 97)

Segundo sua concepção, os efeitos persuasivos da retórica não são provocados por recurso à verossimilhança, à aparência de verdade, mas por um reconhecimento ideológico que entra em cena e faz com que o público adira ao discurso. Dessa maneira, os simulacros de verdade produzidos na *doxa* jurídica não apelam à verdade, mas à ideologia.

## UMA SEMIOLOGIA DO PODER

No entanto, para aceitar a crítica epistemológica waratiana, é preciso compreender uma última instância que antecede o seu pensamento e que o forma: a influência da semiologia. Isso ocorre porque, para aceitar o pensamento de Warat, é preciso entender o mundo como uma rede de discursos, um fluxo de significações e de signos intercalados, e abandonar a ideia de uma verdade transcendente à qual se possa recorrer. Portanto, partindo desta ideia de intertextualidade dos discursos, apreende-se que toda enunciação está repleta de citações, que não podem ser explicitadas, quedando-se como vozes anônimas, incógnitas. Esse conjunto de citações se apresenta, no direito, na forma do senso comum teórico dos juristas, que é a intertextualidade dos discursos jurídicos, uma forma de para-linguagem, recheada de ideologia. Mas as significações não deixam de ser uma forma de poder, e o Direito, como forma de controle social, as utiliza para estabelecer sua autoridade politicamente.

Nesse contexto, é perceptível ao longo de toda a obra waratiana o forte recurso ao vocabulário semiológico, analítico e da linguística em geral, como forma de dar conta dessa rede textual que compõe o real. Oriundo das fortes escolas de filosofia analítica argentinas,

Warat constrói suas bases teóricas a partir do maquinário conceitual fornecido pelo estudo da linguagem, mas não sem construir um olhar crítico em relação às escolas tradicionais.

Uma de suas principais influências, a semiologia saussureana, teve por objetivo, primordialmente, superar a etapa pré-científica na qual se encontravam os estudos linguísticos à época, através de uma sistematização de uma estrutura geral da linguagem, que independe de qual língua se esteja a estudar, atribuindo um caráter autônomo ao que viria a ser a ciência da linguística. De forma que Warat vê nesse esforço algo semelhante à preocupação epistemológica que viu em Kelsen, como nos informa Veras:

Inspirando-se nos ensinamentos de Gioja, Warat evidencia possíveis analogias entre os pensamentos de Saussure e de Kelsen, dois autores que se esforçam no processo de construção de um objeto teórico autônomo e sistemático. Suas obras constituem projetos teóricos atentos às questões epistemológicas que possibilitam a determinação dos princípios metodológicos capazes de demarcar as condições de possibilidade dos objetos de conhecimento das respectivas áreas. (VERAS, 2017, p. 56)

Mas a semiologia não se restringiu a isso, concretizando num momento posterior, o intuito de Saussure de construir uma teoria geral dos signos, da qual a linguística fosse apenas uma parte. A ciência da linguística que Saussure termina por fundar é apenas uma etapa da constituição daquilo que seria a semiologia, que, nas palavras de Barthes, consistiria no seguinte:

Prospectivamente, a Semiologia tem por objeto, então, qualquer sistema de signos, seja qual for sua substância, sejam quais forem seus limites: imagens, os gestos, os sons melódicos, os objetos e os complexos dessas substâncias que se encontram nos ritos, protocolos ou espetáculos, se não constituem “linguagens”, são, pelo menos, sistemas de significação. (BARTHES, 2012, p. 11)

Tal processo se desenvolve especialmente sob a égide do conceito saussureano de signo, que é constituído de dois componentes: o plano de expressão, sua esfera material (uma palavra, uma letra, uma imagem, um gesto), que é o significante; e o plano de conteúdo, seu âmbito conceitual (o que significa tal palavra, tal letra, tal imagem, tal gesto), que é o significado. A semiologia, portanto, evolui tentando articular um aparato teórico que dê conta de abranger todos os sistemas sígnicos, e Warat vê nisso imenso valor, na medida em que existe uma tentativa de dar conta da complexa rede intertextual que compõe o mundo, não só linguisticamente.

E essa divisão entre significante e significado faz com que a semiologia, diferentemente da tradição analítica, tenha um olhar atento para o aspecto conotativo da linguagem, e não apenas para o âmbito denotativo. Especialmente no neopositivismo do Círculo de Viena, como nos apresenta Warat, existia uma forte restrição a esse aspecto denotativo da linguagem:

A linguística, tal como é concebida tradicionalmente, exclui de seu objeto tudo o que não possa ser enquadrado dentro do sistema da denotação. [...] a linguística tenta pensar os signos como conjuntos significantes, cuja significação informativo-denotativa precisa ser estabelecida, ora como um sistema abstrato de relações, ora como um conjunto harmonizável de atos comunicacionais ou enunciações. O viés predominante é a busca da univocidade epistemológica [...] Desta forma, estamos diante de uma concepção atomista e conceitual das significações, apoiada nas bases epistemológicas do positivismo e, portanto, com uma forte dependência dos processos de constituição lógica de um objeto de conhecimento. (WARAT, 1995b, p. 81)

Dessa forma, percebe-se que essa tradição recorre à construção de sistemas lógicos para atribuir univocidade e uniformidade à linguagem. No entanto, Warat aponta que a semiologia saussureana tenta subverter essa linha, trazendo à tona o estudo do aspecto conotativo da linguagem, suas significações não explícitas, abrindo caminho para a compreensão ideológica da linguagem, tão cara à teoria waratiana.

A semiologia, em nível de análise mais amplo que o linguístico, produz teoricamente o signo ideológico, tomando o sistema conceitual-denotativo explícito como um significante de segundo nível, cuja significação é constituída por um jogo de evocações conotativas. A semiologia procura construir metalinguagens, onde se pode dar conta dos sistemas de conotação emergentes de unidades maiores que a frase. Propõe, então, como unidade de estudo, o discurso, negado como integrante do campo analítico da linguística. (WARAT, 1995b, p. 82)

Dessa forma, a semiologia abre um caminho para se entender a inserção dos discursos no plano social, e não pensar apenas os aspectos denotativos das frases. Abre caminho para entender os significados latentes e ocultos em todo tipo de linguagem, não apenas verbal, e a forma como eles são recebidos socialmente. De forma que, para Barthes, a semiologia acaba por exercer uma retomada dos estudos da retórica. Todavia, Warat percebe que essa abertura provocada pela semiologia ainda não é levada às últimas consequências, no sentido de que ela não constrói um aparato conceitual para lidar com a dimensão política que permeia os discursos, “[...] não teorizam sobre os seus efeitos políticos na sociedade, isto é, deixam de abordar as relações do discurso com o poder e, principalmente, com o próprio poder do discurso.” (WARAT, 1995b, p. 101)

Por isso Warat nos propõe, ao final de *O Direito e sua Linguagem*, o esboço de um programa para uma semiologia do poder. Tal programa se trata de uma forma de suprir as deficiências das várias das teorias criticadas por Warat ao longo de sua epistemologia e retomadas no presente trabalho. Esforço esse que se inicia através da ruptura da autorreferência dos discursos, preservada na semiologia tradicional. É necessário, para a constituição de uma semiologia política, entender que a lógica interna do discurso não é o suficiente para construir um pensamento social calcado na semiologia. É necessário abrir o discurso, entender as suas intersecções com a política, em seus inúmeros efeitos. E, para isso, a semiologia política exige a sua constituição enquanto um campo independente, que saiba conjugar suas categorias com a ciência política, a economia ou a antropologia, mas sem perder a identidade.

A Semiologia que apoiará estes estudos deve começar por reconhecer a dimensão ideológica e política das palavras, vendo-as como um lugar de poder. Deste modo pretendo referir-me, não só à possibilidade de considerar o discurso do poder, mas também, o poder do próprio discurso, tanto pelo estatuto tópico de toda linguagem (sempre falamos em nome de um “topos”: da verdade, do bem comum, da segurança, etc.) como pelas evocações repressivas que todos os discursos provocam. Esta semiologia, propondo chamá-la, *Semiologia do Poder*. (WARAT, 1981b, p. 82)

Tendo isso em vista, a primeira tarefa da semiologia do poder — enquanto campo de estudos dos aspectos político-ideológicos da linguagem — é se ocupar da linguagem que circula sob a égide do poder, da linguagem expressa através das instituições sociais (ou, pensando em Althusser, dos aparelhos ideológicos de Estado), linguagem essa que é revestida de oficialidade, é estereotipada.

A estereotipação discursiva cumpre um papel fundamental, pois sutilmente reveste as significações de uma forma canônica, as recupera para a metafísica institucional dominante, as ornamenta de verdades, as torna a-históricas e, enfim, as rouba do sentido original de sua enunciação. Daí a palavra ou o discurso estereotipado ser um dado político. Ignorar isto é contribuir para a própria conservação do discurso como estereótipo. Foi o que fez Saussure com sua teoria do valor. (WARAT, 1995b, p. 102)

Dessa forma, Warat indica que a semiologia política deve ser uma teoria contra-institucional, desmistificando o discurso institucional corrente e compreendendo os seus efeitos que, para Warat, vão além da esfera abstrata da persuasão e da comunicação, mas incidem diretamente sobre a materialidade do corpo, dos desejos. De forma que “a semiologia política deve associar à retórica oficial do discurso uma outra retórica: a retórica do corpo. Através dessa retórica tentar-se-á demonstrar como os discursos não somente persuadem mas também procuram se apoderar dos corpos.” (WARAT, 1995, p. 102). Novamente sob forte inspiração althusseriana, Warat deixa claro que os discursos oficiais, a ideologia, não são meramente

abstratos ou imaginários, eles possuem existência material, pois implicam um conjunto de práticas e rituais que afetam diretamente o corpo e os desejos.

E essa dimensão corporal é ignorada pelas concepções jurídicas, que não percebem como as redes semiológicas extranormativas invadem o discurso jurídico oficial e incidem diretamente sobre os corpos dos indivíduos. Na verdade, para a concepção da semiologia política, é preciso ir além dessa noção. É preciso entender que a cultura jurídicista não possui uma insuficiência metodológica que a impede de rastrear essa ideologia, não se trata de uma falha das teorias. Trata-se, ao contrário, de uma função social específica da teoria. Não é que a teoria jurídica ignore a dimensão ideológica, é que ela necessita dessa dimensão para cumprir sua função repressiva e ideológica, encobrindo as relações sociais voluntariamente, pois esse é o poder da significação jurídica. E, nessa medida,

A semiologia política não pretende reduzir a problemática da ciência jurídica a um devir axiomático, visto como a única garantia para exprimir, sem distorções, o objeto jurídico.

A semiologia política, aplicada ao direito, tenta tornar objeto de seu estatuto a “política da análise”, que regula a produção do saber jurídico dominante. (WARAT, 1995b, p. 103)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como forma de concluir o percurso até aqui percorrido, é interessante retomar um trecho de *O Direito e sua linguagem* onde Warat conclui a respeito do estado da arte da filosofia da linguagem aplicada ao Direito e começa a esboçar seu programa da semiologia política através de uma síntese da sua crítica:

As análises linguísticas e semiológicas do direito tentaram desestruturar a doxa linguística dos juristas. Por um lado, procuraram transformá-la em episteme, segundo o modelo positivista, ou seja, tentaram produzir uma linguagem semântica e sintaticamente purificada. Por outro lado, revelaram questões pragmáticas com as quais se pretendia ora denunciar as forçosas imprecisões e aberturas significativas das palavras da lei, ora indicar as funções tópico-retóricas da maior parte das noções e categorias do saber jurídico dominante.

Em relação às teorias analíticas da linguagem, importa sublinhar que elas caíram na armadilha de pressupor as regras da linguagem como dados normativos, isto é, afirmaram a existência de uma ética gramatical e de uma ética semântica que deveriam ser assumidas como um dado normativo. Através desta linguística, se recuperou, no interior de sua problemática, o princípio do egocentrismo textual vigente no senso comum linguístico dos juristas. Importa ainda lembrar que a teoria analítica, em sua pretensão

epistêmica, provocou um deslocamento ideológico complementar, criando o tópico da linguagem axiomatizada e estereotipando a imagem de uma ciência jurídica alheia às funções da lei na sociedade. (WARAT, 1995b, pp. 99-100)

Na citação em questão, é possível perceber a condensação da maioria das críticas epistemológicas exercidas por Warat ao saber jurídico e exploradas no presente trabalho, através do eixo da crítica linguística. Iniciando-se pela proposta de desestruturação da *doxa* linguística dos juristas, proposta explorada no primeiro capítulo do texto, que consiste nessa tentativa de ocultar o caráter retórico, persuasivo, doxástico do Direito em prol da construção de uma ciência do Direito, de uma *episteme*, pautada pela noção de verdade. Nesse projeto, inclui-se a também explorada proposta kelseniana de purificação do Direito, denunciada por Warat como improdutiva, visto que não consegue excluir os fatores extranormativos do seio do saber jurídico e também como ideológica, na medida em que tenta ocultar a dimensão política fortemente presente no conhecimento jurídico.

No entanto, essa tentativa de construção de uma *episteme* jurídica esbarra num ponto também levantado no presente trabalho, a questão da vagueza e da ambiguidade da linguagem ordinária, ou seja, a imprecisão das palavras da lei, típica da linguagem comum, impede uma interpretação unívoca exigida pela proposta científica. Tendo isso em vista, denota-se a função tópico-retórica do saber jurídico. Devido ao fracasso dessa tentativa de purifica-lo e torna-lo científico, fica escancarada a sua natureza retórica, argumentativa, imprecisa e problemática, no sentido de orientada a problemas e sem um referencial axiomático que a oriente.

Ademais, Warat também denuncia que essa tentativa de purificação do conhecimento jurídico incorre no egocentrismo textual em curso no senso comum teórico dos juristas. O já mencionado princípio da imanência significativa segundo o qual o Direito só pode se ater à norma — já problemático no exercício do saber jurídico — é transmitido também para a práxis dos juristas, implicando um isolamento conceitual que tem por objetivo a ocultação da esfera ideológica sempre presente nas práticas sociais. Esse pensamento gera uma retórica travestida de ciência axiomatizada e autossuficiente, ignorando as interferências políticas no saber e na prática jurídicos e ignorando os efeitos do saber e da prática jurídicos na política.

De forma que fica evidente para Warat que a saída para a construção de uma teoria jurídica não passa pela elaboração de um sistema fechado, autorreferente e axiomatizado, mas sim do auto-reconhecimento do saber jurídico enquanto prática doxástica. A respeito disso, Warat nos informa:

Se intenta abrir uma linha de reflexão tendente a manter a distinção clássica entre “doxa” e “episteme”, reivindicando um lugar privilegiado para a segunda. Todas estas linhas reflexivas se mantêm, de uma forma ou de outra, filiadas a uma ideia de ruptura. Insistem na necessidade de distinguir a ciência da ideologia

A expressão senso comum teórico dos juristas, pelo contrário, nasceu como uma necessidade de criticar o mito da ruptura (no fundo uma opinião epistêmica) denunciando a impossibilidade de eliminar o campo ideológico da verdade. Procura levantar algumas dúvidas apresentando como preconceitos epistêmicos as suspeitas impostas à “doxa”. (WARAT, 1994, pp. 17-18)

Em outros termos, é necessário abandonar a vontade de verdade que leva a essa obsessão epistêmica, em prol de uma revisão dos preconceitos para com o conhecimento doxástico. Isso passa pelo abandono da perspectiva “científica” do Direito e pelo aprofundamento dos estudos acerca da relação entre retórica e poder, como proposto pela semiologia do poder. Passa por compreender que “a persuasão realiza-se sempre a partir de uma operação de reconhecimento ideológico” (WARAT, 1994, p. 117).

É o que Warat vem a chamar da condição retórica de sentido, em oposição à noção clássica de condição semântica de sentido, tradicionalmente utilizada pela filosofia neopositivista da linguagem para se referir às “condições sob as quais um enunciado pode adquirir o estatuto de uma sentença científica” (WARAT, 1995b, p. 41). Já na condição retórica de sentido, Warat explora as condições de possibilidade de um argumento no que tange à persuasão, através de que condições um argumento pode persuadir, especialmente (mas não apenas) no raciocínio jurídico. “Certamente eles persuadem satisfazendo uma função mistificadora, quer dizer, mostrando e ocultando, mediante certos efeitos, o caráter ideológico dos processos de aceitação dos raciocínios.” (WARAT, 1994, p. 118)

E, nesse objetivo, as teorias da interpretação se unem às teorias da argumentação como fontes disseminadoras e ocultadoras de ideologia e de poder. De acordo com Warat:

Os métodos de interpretação podem ser considerados o álibi teórico para a emergência das crenças que orientam a aplicação do direito. Assim, sob a aparência de uma reflexão científica criam-se fórmulas interpretativas que permitem: 1) veicular uma representação imaginárias sobre o papel do direito na sociedade; 2) ocultar as relações entre as decisões jurisprudenciais e a problemática dominante; 3) apresentar como verdades derivadas dos fatos, ou das normas, as diretrizes éticas que condicionam o pensamento jurídico; 4) legitimar a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas. (WARAT, 1994, p. 88)

De maneira que é possível concluir a presente investigação sobre a crítica epistemológica de Warat com a compreensão de que o conhecimento jurídico não passa de uma

*doxa* politicamente privilegiada, apesar de suas tentativas de transformar-se em ciência. As tentativas de purificação de tal conhecimento passam, necessariamente, por uma manobra para expurgar as influências exógenas extranormativas, como forma de escamotear a função repressiva evidente do direito enquanto instituição social produtora e reprodutora de ideologia. Os projetos futuros de desenvolvimento da doxologia jurídica devem, portanto, levar em consideração o programa da semiologia do poder e buscar destrinchar os discursos jurídicos seja na práxis ou na teoria, em busca de mapear as suas relações ideológicas. E, com isso, contribuir para uma teoria jurídica transdisciplinar, contra-dogmática e contra-institucional.

## EPÍLOGO

O presente trabalho teve por objetivo a exploração do fecundo trabalho de Luís Alberto Warat no campo da epistemologia jurídica. Trabalho este que apresentou um impacto profundo na teoria jurídica brasileira da década de 80 em diante, e que inaugurou um caminho para a nossa jusfilosofia. O motivo do resgate dessa contribuição waratiana em 2021 é muito explícito: a sua atualidade. Além da perspectiva de energizar os ânimos waratianos em uma geração que não teve o prazer de conviver com a sua presença física, e prestar uma humilde homenagem aos 10 anos de sua ausência, havemos de reconhecer também a profunda necessidade da crítica waratiana para o atual estado da arte da filosofia jurídica, dominado pelas teorias da argumentação. E uma narrativa possível para um breve retrospecto de como o atual estado teórico se desenvolveu é a seguinte:

O movimento de retomada da retórica aplicada ao saber jurídico, empreendido por Chaïm Perelman na década de 70, ocasionou um giro de grande relevância na teoria jurídica. Isso ocorre devido à necessidade de reagir ao profundo relativismo da *aporia* kelseniana, segundo a qual “não há padrões objetivos para se avaliar a veracidade de uma afirmação, mas existem padrões relativamente seguros para se avaliar a consistência da argumentação que serve como justificativa para um determinado enunciado.” (COSTA, 2008, p. 368). O impacto de uma afirmação dessa estirpe, semelhante ao abalo provocado por Hume ao postular a impossibilidade de se justificar racionalmente as escolhas valorativas, traz a academia jusfilosófica para uma reflexão a respeito do caráter histórico do Direito e a fragilidade das teorias que tentam atrelar o Direito a algum tipo de categoria metafísica que pudesse servir como apoio axiológico. Kelsen e o neopositivismo operam uma cisão absoluta entre o Direito e a Moral, transformando o raciocínio jurídico num raciocínio puramente interno.

Perelman, a par desta crítica, então postula, retomando os estudos retóricos greco-romanos, a impossibilidade de derivar um esquema axiológico externo que fundamente o Direito e o conduza à verdade, se direcionando, portanto, à ideia de que o conhecimento jurídico não se trata de uma ciência, e sim de um saber retórico, persuasivo. No entanto, apesar da rejeição a um esquema dedutivo que demonstre logicamente o fundamento do direito e nos conduza à sua essência ou a verdades incondicionais sobre os raciocínios jurídicos, e da adoção de um sistema persuasivo e argumentativo dissociado da noção de veracidade, Perelman não abre mão do atributo da universalidade. E nesse sentido, apresenta então a teoria de que o saber jurídico, apesar de não ser dedutivo ou demonstrativo e sim retórico, pode almejar uma universalidade justamente através do jogo persuasivo da retórica. Contrariando a noção clássica dos estudos retóricos de que não existe auditório abstrato para persuadir e que o orador sempre se dirige a um auditório concreto e determinado, Perelman (2000) postula a ideia de um *auditório universal*, que funcionaria quase que como um instituto de aferição da qualidade persuasiva de um argumento não só no Direito, mas também em outros campos do saber. Evidentemente, tal auditório estaria imbuído de historicidade e deveria levar em conta os fatores culturais e sociais que dão respaldo (ou não) a um argumento — apesar das limitações de tal estrutura. De forma que o atributo da universalidade é transladado da lógica semântica demonstrativa para o jogo da retórica persuasiva, banhando-se, portanto de pragmatismo.

A partir dessa manobra, abre-se um caminho promissor na teoria jurídica, pautado no abandono da axiologia semântico-demonstrativa e no direcionamento dos estudos rumo a uma tentativa de formular regras universais de convencimento, que não se baseiam em critérios de veracidade, mas sim de adesão, semeando um solo fértil para a época das teorias argumentativas que viriam a surgir. Teorias argumentativas que têm como importante expoente Alexy, autor de enorme influência na academia jurídica brasileira, que se insere nesse movimento de, admitindo o caráter retórico-argumentativo do saber jurídico, tentar encontrar um procedimento racional que possa universalizar as atribuições da lógica argumentativa, especialmente através da axiologia dos princípios. Trazendo a racionalidade do âmbito da *verdade* para o âmbito da *aceitabilidade* (COSTA, 2008)

A teoria de Alexy, nesse sentido, se caracteriza também como uma tentativa de realizar essa virada de uma teoria normativa da interpretação ou da essência do direito em direção às regras da argumentação jurídica. Alexy propõe, nesse sentido, que é possível determinar um código racional de argumentação, que inclua todas as regras e as formas de argumentação possíveis, com o objetivo de estabelecer um repertório e um critério para a avaliação das

argumentações de forma analítica. Dentro desse contexto, Alexy estabelece todo um aparato de regras de argumentação, que vão desde as regras básicas (transcendentais) da comunicação até as regras sobre o ônus de justificação e as regras morais racionalmente justificadas. De maneira que constitui um conjunto normativo universal a respeito da argumentação, que também leva em conta, como demonstra Costa, o princípio da reflexividade:

Essa união de universalidade e reflexividade, que também se encontra no pensamento de Habermas, é que converte a validade do argumento na possibilidade ideal de uma aceitabilidade por parte de todos os envolvidos, o que envolve regras que garantam a reflexividade, de modo que todo falante aplique a si mesmo as conseqüências da sua argumentação, a universalidade, de modo que a todos sejam aceitáveis as conseqüências particulares de um argumento. (COSTA, 2008, p. 391)

Todavia, quando a teoria alexyana passa do âmbito da argumentação em geral para a argumentação jurídica, é que ela encontra seus percalços. A argumentação jurídica é composta de uma esfera interna, que segue os parâmetros silogísticos da lógica deôntica, e de uma esfera externa, que busca, fora da lógica do argumento, as justificativas que tornam um discurso jurídico (COSTA, 2008). Na passagem da primeira esfera para a segunda é que a teoria de Alexy perde o seu embalo. A teoria que vinha de uma virada interessante rumo à pragmática e à argumentação acaba por incorrer em lugares comuns já há muito tempo questionados, respaldando a fundamentação da juridicidade de um argumento com base em artifícios como a vontade do legislador histórico, o princípio de inércia em relação aos *topoi* geralmente aceitos na comunidade, a dogmática jurídica consolidada, além de diversas outras recorrências ao cânone e a argumentos conservadores da teoria jurídica. Alexy, no ímpeto de seu universalismo racionalista, acaba tropeçando nas mesmas pedras que as teorias de teor iluminista do século XIX, das quais ele acaba se aproximando, por outros caminhos.

A teoria de Alexy termina por incorrer, portanto, em um pós-positivismo reacionário, no sentido em que busca reabilitar categorias já fragilizadas pela crítica ao tentar reconstituir, na contemporaneidade, o elo quebrado pelo neopositivismo kelseniano entre o Direito e a Moral através da sistematização da argumentação universal baseada em princípios. Assim é postulado na introdução do livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*: “Nesse âmbito, será demonstrado que a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais.” (ALEXY, 2008, p. 29)

Levando em conta esse panorama, fica evidente perceber que tais teorias são um alvo proffiuco para a voraz crítica epistemológica waratiana, que se mostra de suma importância para denunciar os limites dessas concepções amplamente consumidas pela academia jurídica, especialmente brasileira. Isso ocorre porque Warat é um dos poucos filósofos do direito de matriz analítica e linguística que radicalizaram politicamente as críticas oriundas do estudo da semântica jurídica.

Perelman se limitou a um enfoque descritivo, catalogando e sistematizando os *topoi* aceitáveis de acordo com a sua ideia de um auditório universal; Alexy recorre a um conservadorismo racionalista que busca resgatar *topoi* ligados a concepções da semântica jurídica pré-kelseniana, além de trazer, com sua principiologia, uma abertura para transportar novamente a moral para dentro do direito através da argumentação, e com uma roupagem racionalista, de uma razão prática; Viehweg, apesar de reparar nos problemas de uma teoria axiomática interna do direito, nos problemas da linguagem natural e outras questões fundamentais, não consegue conceber uma teoria jurídica que não se remeta ao direito natural como provedor destes axiomas e limita a tópica a uma estilística secundária na teoria; Carrió, Vernengo e os teóricos contemporâneos a Warat em sua fase argentina possuem uma sagacidade impressionante para destrinchar as características da linguagem jurídica, sua vagueza, ambiguidade, sua textura aberta e suas diferentes funções pragmáticas, mas em nenhum momento avançam sobre o terreno do político em sua crítica, o máximo a que se permitem é a crítica dentro dos limites da linguagem, seja por vício de formação ou por motivações do contexto político.

Como verificamos, falta à retórica tradicional inaugurar uma ampla discussão sobre a situação política da palavra na sociedade. Ela preocupou-se mais com a própria ação argumentativa, com os efeitos persuasivos do discurso captados em suas ações argumentativas. Assim, propõe uma taxionomia das figuras do discurso; mostra como as figuras operam como um sistema organizador da cena persuasiva que as linguagens podem proporcionar; indica como o emissor deve trabalhar a informação para adaptar ou captar a instância desejante do receptor, mas, no entanto, é um metadiscorso que se omite diante do poder da representatividade, um poder que liga e condensa discursivamente os fluxos semiológicos e os fluxos sociais, que funcionam na sociedade como agenciamentos políticos coletivos. (WARAT, 1995b, p. 90)

De forma que Warat avança sobre todos estes desenvolvimentos precedentes e contemporâneos acrescentando às críticas já feitas à linguagem jurídica uma esfera de crítica ideológica e de percepção das estruturas de poder que operam por trás da lógica jurídica. Isso se dá porque Warat uniu à sua base analítica a leitura de autores como Nietzsche, Foucault,

Althusser e Guattari. A desconfiança apresentada pelo segundo Wittgenstein em relação à correspondência entre a linguagem e o mundo, assim como os apontamentos a respeito da arbitrariedade da linguagem ordinária, por exemplo, já estavam presentes na anti-epistemologia nietzschiana que foi base do pensamento de Foucault, como uma desconfiança em relação ao conhecimento em geral. Mas acrescida de outro fator: o poder.

O que assegurava ao conhecimento o poder de conhecer bem as coisas do mundo e de não ser indefinidamente erro, ilusão, arbitrariedade? O que garantia isto na filosofia ocidental, senão Deus? Deus, certamente, desde Descartes, para não ir além e ainda mesmo em Kant, é esse princípio que assegura haver uma harmonia entre o conhecimento e as coisas a conhecer. Para demonstrar que o conhecimento era um conhecimento fundado, em verdade, nas coisas do mundo Descartes precisou afirmar a existência de Deus.

Se não existe mais relação entre o conhecimento e as coisas a conhecer, se a relação entre o conhecimento e as coisas conhecidas é arbitrária, de poder e de violência, a existência de Deus não é mais indispensável no centro do sistema de conhecimento. (FOUCAULT, 2009, p. 19)

É com base nessas premissas epistemológicas que Warat avança: o descarte da categoria do divino ou da metafísica em geral na filosofia deve servir para nos livrarmos também dos vícios inerentes a ela e revelarmos o que eles encobriam. A perspectiva analítica dá o primeiro passo, mas não o segundo. A teoria nietzschiana-foucaultiana do conhecimento, da qual Warat bebe, o leva a pensar a respeito das estruturas de poder que se escondem por trás das categorias metafísicas utilizadas pela teoria do Direito. E com isso a sua crítica analítico-semiológica cresce em potência no sentido de entender, junto com Althusser e Foucault, que a ideologia não é algo que se intromete entre o sujeito e o objeto de conhecimento como um obstáculo, um véu, um anteparo falseador. A ideologia é aquilo mesmo que *constitui* o sujeito.

O que pretendo mostrar nestas conferências é como, de fato, as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade. (FOUCAULT, 2009, p. 27)

E dessa forma Warat compreende a ubiquidade da ideologia e das estruturas de poder como justamente aquele fator que a pretensão epistêmica do Direito pretende encobrir. As tradições metafísicas, naturalistas, iluministas, racionalistas, positivistas e as mais diversas teorias jurídicas são incapazes de articular com qualidade esta autocrítica. A compreensão de que a cientificidade do Direito é apenas uma fantasia e que o seu caráter é eminentemente

doxástico e politicamente vinculado nos permite abandonar os anseios os anseios racionalistas, metafísicos ou purificadores da teoria e compreender o saber jurídico como esse senso comum teórico cristalizado.

Posto isto, o senso comum teórico, em Warat, possui força explicativa acerca da estabilidade e permanência de representações transmutadas em verdades no campo jurídico. Neste sentido, constitui-se em uma importante chave de leitura para compreensão do funcionamento de parte significativa do campo jurídico [...] (VERAS, 2017, pp. 84-85)

É a partir daí que Warat nos apresenta a sua contribuição mais original, que é justamente essa percepção de que a questão central não é apenas a interpretação da norma, a sistematização da linguagem, o regramento da argumentação ou a busca pela essência da verdade. A questão central é compreender como tanto a práxis como a teoria jurídicas estão mergulhadas em relações de poder, violência, reprodução de micro-opressões e numa perpetuação de discursos estereotipados sobre o mundo. Está presente em sua obra essa dimensão de inescapabilidade do poder, a ideia clara de que o Direito não consegue se purificar porque ele é construído, constituído e operado através da ideologia e das estruturas que o possibilitam assim como permeiam sua teoria. E tais estruturas são manipuladas sem nenhum critério metodológico rigoroso, pois é justamente do seu interesse que o senso comum teórico dos juristas seja fluido, vago, aberto e facilmente modelável para a conveniência de cada circunstância.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMORIM, Leticia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 42, nº 165, pp. 123-134, jan./mar. 2005

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. In: **Posições II**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

ATIENZA, Manuel. **Una nueva visita a la filosofía del derecho argentina**. In: Revista Academia, ano 7, nº 14, pp. 9-30, 2009.

ANGIONI, Lucas. **Aristotle's contrast between episteme and doxa in it's context (Posterior Analytics I.33)**. Manuscrito – Rev. Int. Fil. Campinas, v. 42, nº 4, pp. 157-210, Out-Dez. 2019.

ARISTÓTELES, Órganon. **Categorias, Da Interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas**. Trad., textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: EDI-PRO, 2005.

BARTHES, Roland. **Elementos de semiologia**. Editora Cultrix, 2012.

BACQUÉ, Jorge et al. **Derecho, Filosofía y Lenguaje: Homenaje a Ambrosio L. Gioja**. Buenos Aires: Astrea, 1976.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Luís Alberto Warat e a epistemologia jurídica: algumas reflexões sobre a trajetória intelectual de um jurista surpreendente**. In: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, 24, 2015, Aracaju. Cátedra Luis Alberto Warat, organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 184-199.

CASTRO, João Cardoso de; CASTRO, Murilo Cardoso de. **Episteme como modo de des-velamento: um olhar a partir de Martin Heidegger**. Kínesis, Vol. XI, nº 28, p.170-185, julho 2019.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 6ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008, 422f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

DWORKIN, Ronald. **The model of rules**. In: The University of Chicago Law Review, vol. 35, n. 1, outono, 1967, pp. 14-46.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a verdade**. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

MCCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1978.

MENEZES E SILVA, C. M. **O conceito de doxa (opinião) em Aristóteles**. Linha D'Água (Online), São Paulo, v. 29, nº 2, p. 43-67, dez. 2016.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria crítica e direitos da alteridade na obra de Warat**. In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 23, 2014, Florianópolis. Teoria crítica do direito, organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Matheus Felipe De Castro, Lídia Patricia Castillo Amava. Florianópolis: CONPEDI, 2014, pp. 38-53.

OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO. **Críton**. In: **Diálogos**. São Paulo: Cultrix, 1972.

\_\_\_\_\_. **A República**. 3ª ed. Belém: EDFUPA, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

SICHES, Recaséns. **El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica**. In: *Dianoia*, Cidade do México, vol. 2, nº 2, pp. 24-54, 1956.

TOULMIN, Stephen. **Uses of Argument**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.

VERNENGO, Roberto. **Teoría general del derecho y ciencia jurídica**. Cidade do México: Sobretiro de Dianoia, 1977.

VERAS, Mariana Rodrigues. **Antologia do pensamento de Luis Alberto Warat: a epistemologia carnavalizada e a digna voz da majestade frente à juridicidade latino-americana**. 2017, 266f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

\_\_\_\_\_. **Tópica y Jurisprudencia**. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e Teorias da Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

\_\_\_\_\_. **A partir de Kelsen**. Revista do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, v. 2, nº 4, p. 84-90, 1981a.

\_\_\_\_\_. **À procura de uma semiologia do poder**. In: Revista Sequência, v. 2, nº 03, 1º semestre, pp. 79-83, 1981b.

\_\_\_\_\_. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas**. In: Revista Sequência, v. 3, nº 05, p. 48-57, 1982.

\_\_\_\_\_. **A pureza do poder**. Santa Catarina: UFSC, 1983.

\_\_\_\_\_. **Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

\_\_\_\_\_. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995a.

\_\_\_\_\_. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995b.

WITTGENSTEIN, Ludwig; **Investigações Filosóficas**. In: **Os pensadores**. São Paulo, Nova Cultural, 1991.

\_\_\_\_\_. **Da certeza**. Lisboa: Edições 70, 1992.

