

O PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO E AS PERSPECTIVAS CRÍTICAS¹

Silvana Colombo de Almeida² (Direito/UNIVEM)

Resumo

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objeto de estudo a formação do pensamento jurídico moderno, por meio do seu desenvolvimento histórico, sociológico e filosófico, que culminou no positivismo jurídico, o qual exerce, ainda nos dias de hoje, grande influência, tanto na teoria quanto na prática jurídicas. Devido aos problemas enfrentados pelo direito hoje e sua dificuldade em trabalhar com a realidade social, entres estes derivados do estrito legalismo, surgiram variadas vertentes jurídicas críticas, resultantes de diferentes referenciais críticos, como o referencial epistemológico, o referencial semiológico, o referencial psicanalítico e o referencial sociológico. Neste trabalho, visa-se ao estudo destes referenciais críticos, além do movimento do Direito Alternativo, particularmente no Brasil, e da Escola de Frankfurt, na Alemanha, como sendo duas importantes referências críticas, dentre tantas outras que se desenvolvem na atualidade. Com isso, é possível se ter uma compreensão mais abrangente do fenômeno jurídico.

Palavras-chave: 1. Pensamento Jurídico 2. Positivismo Jurídico 3. Referenciais Críticos 4. Escola de Frankfurt 5. Direito Alternativo

Abstract

THE MODERN LEGAL THOUGHT AND ITS CRITICAL PERSPECTIVES

The present monography has as study object the formation of the modern legal thought, its historical, sociological and philosophical development, that culminated in the legal positivism, which exerts until today great influences in such a way in the practical and in the legal theory. Due to the problems that the law faces and its difficulty to work with the social reality, derived from the strict legal positivism, it had appeared varied legal and critical tendencies, resultant of critical references as the epistemological, the semiological, the psychoanalytical and the sociological ones. In this work, the aim is to study these references, as were the movement of the Alternative Right, in Brazil, and of the School of Frankfurt, in Germany, as two importants critical references, among others that develop in the present time. So, it is possible to have a more including understanding of the legal phenomenon.

Key-words: 1. Legal thought 2. Legal Positivism 3. Critical References 4. School of Frankfurt 5. Alternative Right

1 Artigo resultado de Trabalho de Curso realizado no ano de 2008 (UNIVEM - Marília/SP).

2 Graduada em Direito (UNIVEM - Marília /SP). E-mail: sil_colal@hotmail.com; sil_colal@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

Entender o sistema de pensamento em que estamos inseridos, com os seus conceitos e ideias, é o primeiro passo a ser dado quando se intenta compreender as mazelas e equívocos presentes no pensamento jurídico moderno.

Não há como empreender qualquer tentativa de mudança, ou desenvolver nova maneira de pensar sobre o Direito, sem primeiramente analisar a conjuntura do mundo moderno e o que formou fundamentalmente as suas estruturas, estando esta análise, no presente trabalho, voltada mais especificamente para o mundo da filosofia, da sociologia e da história do Direito, principalmente a partir do século XIV.

I A FORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO

1.1 O Renascimento e o Humanismo

O movimento cultural denominado Renascimento, que imperou do século XIV ao século XVI, aproximadamente, foi uma época de transição entre a sociedade medieval e a sociedade moderna, sendo responsável por diversas mudanças na mentalidade e no estilo de vida do homem, refletindo significativamente na maneira de compreender o mundo e a sociedade, resultando, futuramente, no surgimento, dentre outras coisas, do Direito moderno.

Um dos grandes estudiosos do Direito, Villey (2005, pg. 436), disse em uma de suas obras a respeito do Renascimento Cultural:

Cabe-nos, portanto, considerar esse *novo mundo cultural* que o século XVI suscitou, portador de uma nova concepção da filosofia e do direito. Por que tão nova? Podemos responder que ele provém de uma nova classe social. Não mais do clero: na Idade Média, os clérigos praticamente detinham o monopólio dos estudos. Doravante, a conjuntura econômico-política permite que os burgueses enriquecidos e alguns nobres libertos

de sua antiga tarefa militar constituam um outro tipo de elite culta. Este é, para a história, o fato fundamental. E, para exprimir em outros termos quase o mesmo fenômeno: essa nova elite não é mais constituída de *universitários*: ela foge das escolas. Um Montaigne filósofo, sozinho na torre de seu castelo, assim como, mais tarde, Descartes em seu quarto aquecido. Ele manteve e demonstra, do mesmo modo que Rabelais, um sólido horror aos pedantes.

A estrutura do movimento renascentista era formada por uma corrente filosófica reinante, o Humanismo, que deixava de lado a escolástica medieval, até então predominante, e propunha o retorno às virtudes da antiguidade. O Humanismo visava à construção do mais alto tipo de humanidade. É devido ao humanismo que o homem começa a separar-se da grande ordem do mundo, para ser o seu espectador privilegiado. Ele passa a ser o organizador dessa ordem. O artista modifica o mundo quando trabalha, na pintura, com o método da perspectiva; utiliza-se das ciências e da técnica para produzir um mundo baseado em suas necessidades, a partir de si, trazendo a essas duas áreas do conhecimento um desenvolvimento sem precedentes.

Relacionado a essa nova perspectiva do homem, o humanismo traz um outro significado, agora de caráter mais técnico, que seria o estudo das “humanidades”, o que indica o estudo de valores considerados como essencialmente humanos, como aqueles utilizados no pensamento helenístico, como a história, a poesia, a retórica, a gramática e a filosofia moral que, no ensino escolástico, eram relegadas a segundo plano (VILLEY, 2005).

Outra característica marcante do Renascimento foi o racionalismo, isto é, a convicção de que tudo pode ser explicado pela razão do homem. Ainda que não tivesse sido estabelecida a separação entre natureza e homem, o homem é diferenciado dos demais seres, residindo essas diferenças na racionalidade, na moralidade, na ética, na técnica, nas artes, etc. O homem, como ser dominante, estaria sempre se

aperfeiçoando por meio do desenvolvimento proporcionado pela sua racionalidade.

O individualismo também foi um dos grandes valores renascentistas, valor este que está intimamente ligado à emergência da burguesia e de novas relações de trabalho. A possibilidade de fazer opções e de se manifestar sobre diversos assuntos, assim como a ideia de que cada um é responsável pela condução de sua vida acentuaram gradualmente o individualismo.

Anteriormente ao Renascimento, o homem reconhecia-se apenas enquanto raça, família, enfim, como integrante de algum grupo social. Não havia individualidade. No Renascimento, o homem é basicamente o indivíduo.

Assim sendo, o Renascimento é fundamentalmente um movimento que representa uma nova sociedade, urbana e caracterizada pelos novos valores burgueses, mas ainda associada a valores cristãos. Tanto a Renascença estava associada a valores burgueses que os principais responsáveis pelo seu desenvolvimento foram os mecenas: homens ricos, pertencentes normalmente à burguesia, enriquecidos com o comércio. Eles patrocinavam a produção artística e intelectual renascentista, dando condições materiais para a produção de novas obras, recuperando, posteriormente, o investimento com o prestígio social obtido, o que contribuía com a divulgação das atividades da empresa ou instituição que representava.

Os teóricos renascentistas influenciaram sobremaneira também no Direito. Duas de suas maiores realizações foram a racionalização do Direito e a sua sistematização. Como consequência desse racionalismo, os humanistas viram a necessidade de criar um sistema jurídico como aquele criado para as outras ciências, como a matemática, a música, a astrologia, a geometria, que ordenasse os conhecimentos jurídicos de tal modo que qualquer orador pudesse tê-los em mente e utilizá-los facilmente quando houvesse necessidade. Assim é que se lançou mão da lógica, na verdade, de um tipo específico de lógica, a dedutiva, que parte das “verdades universais imutáveis” para as verdades particulares.

Villey (2005, p. 553-554) descreve

com muita propriedade em sua obra:

Uma das grandes realizações dos juristas do século XVI foi, com efeito, a construção de *sistemas* científicos do direito. Foi um trabalho relativamente tardio: tudo indica que o humanismo esbaldou-se primeiro na embriaguez da redescoberta de fontes antigas variadas e que só depois tenha-se concentrado na construção doutrinal. [...] Será esse empreendimento que levará às *codificações* modernas, isto é, a uma mutação radical da *forma* do direito, que passará a se apresentar numa ordem lógica - a uma mutação também do direito romano, pois é do direito romano “clássico” que imaginam restituir a ordem.

Para os humanistas, a aprendizagem do Direito não pressupõe a prática forense e a observação social, mas a lógica dedutiva, baseada nos parâmetros racionais, que têm como base o direito sistematizado.

1.2 A Reforma Protestante

Também se faz necessário considerar o compromisso existente entre o individualismo, o liberalismo, o Direito e o pensamento oriundo da Reforma Religiosa.

A Reforma Protestante do século XVI surgiu dentro de um contexto humanista e renascentista, sendo um movimento de caráter religioso, mas que acabou refletindo nas esferas social, política, econômica e cultural.

Alguns pontos fortes da ética protestante, como por exemplo, o lucro e o acúmulo de dinheiro, eram condenados pelo cristianismo medieval católico e, com bastante dificuldade, depois de diversos impasses, é que essa nova ética imperou na sociedade moderna. Desta maneira, pode-se dizer que a ética protestante foi de extrema importância para a aceitação do capitalismo e a criação do Direito burguês.

É importante analisar neste momento o pensamento e as contribuições de dois dos mais relevantes reformadores, Lutero e Calvino, no que diz respeito espe-

cificamente ao Direito. Para isso, tomou-se como base a obra de Villey (2005).

Martinho Lutero, monge alemão que viveu no século XVI, foi o grande responsável pelo desencadeamento da revolução ocorrida na vida da Igreja Católica. Embora o Direito não ocupe lugar de destaque em suas obras, não se pode deixar de lado a influência exercida por suas posições.

Para ele, o Direito seria uma continuação da religiosidade luterana e, embora seja forte em sua doutrina a idéia de que se deve obedecer às leis contidas na Escrituras Sagradas e seguir com fé o Evangelho, Lutero não resume a essas normas todo o Direito, afinal, acredita ser o Evangelho puro demais para conter todas as necessidades de regramento do mundo dos maus, onde vivemos. Por isso, defende como verdadeiras fontes do Direito as leis positivas humanas, derivadas do príncipe, que representa na terra a vontade de Deus, devendo essas leis serem obedecidas por todos, sem que seja questionada a sua justiça, já que, para Lutero, a validade da lei não depende de ser ela justa ou injusta, como o foi para os antigos defensores do Direito natural, mas de quem as criou, se ela deriva ou não da autoridade, ou seja, do príncipe. Para Villey (2005, p. 322-327):

Lutero nutre uma outra idéia da lei positiva. Não é que não queira leis justas. Vimo-lo criticar, sem se estender muito sobre o tema, as leis injustas dos senhores. Aconselha-os a legislar, não em conformidade com o direito natural - o príncipe governa *contra* a natureza corrompida do homem -, mas segundo as ordens de Deus: "o príncipe é ministro de Deus, encarregado de castigar quem pratica o mal". Lutero decerto concebe, à maneira agostiniana, a autoridade como auxiliar da lei divina.[...] Não se pode negar, portanto, que Lutero tenha contribuído para o sucesso do positivismo jurídico moderno, que, no duelo sem fim a que se entregaram direito natural e positivismo jurídico, ele tenha servido a esse segundo partido. Mais ainda: Lutero re-

presentou uma forma particularmente aguda de positivismo jurídico, que corresponde bem ao seu tipo de espírito íntegro e brutal, e que, a nosso ver, fez na sua pátria uma fortuna singular.

Quanto a Calvino, a primeira afirmação que se pode fazer sobre a influência que teve sobre o Direito é que o separou radicalmente da moral. As leis encontradas na Sagrada Escritura, que devem ser seguidas por todos os cristãos, são do âmbito da moral, e apenas dela. Enquanto as leis humanas, derivadas do príncipe, são do âmbito do direito.

Contrário à diferenciação feita pela Igreja Católica entre os deveres dos clérigos e dos outros fiéis, o que não se encontra nos estudos que realizou na Bíblia, Calvino defende a unificação da moral para todos os cristãos. Assim, reprovava o ascetismo, a pobreza e a castidade, pois além de não serem exigências bíblicas, representavam um obstáculo para o trabalho, o enriquecimento e a propagação da espécie, o que nunca teria sido exigido por Deus, muito pelo contrário, vez que Ele teria ordenado a Adão que multiplicasse, frutificasse, adquirisse riquezas e dominasse a terra. Outra ideia moral abolida por Calvino foi a da proibição da usura. Sua doutrina trata o assunto de modo bastante moderado e baseado em preceitos bíblicos, o que foi muito favorável para a nova economia emergente na Europa de então. Dever de todos é o trabalho, que é muito bem visto aos olhos de Deus, enquanto o ócio, inclusive dos monges, é inadmissível. Calvino incentiva a agricultura e o comércio como formas de enriquecimento, o que agradaria sobremaneira a Deus.

Para ele, o Direito visa manter a situação de fato, aquela que já foi destinada por Deus para cada um. Na sua doutrina, não é pecado pretender conservar seus bens com o auxílio de um magistrado, ou ainda multiplicá-los, pois a divisão dos bens como pode ser vista na terra foi realizada pela Providência Divina, não é obra do acaso e é justa. A justiça calvinista seria manter para cada um o que é seu.

As conseqüências da doutrina calvinista foram diversas e algumas delas são

muito importantes neste estudo. Suas ideias deram estrutura para a burguesia emergente, que precisava trabalhar com o lucro, a usura, o comércio e o acúmulo de riquezas. Como consequência, fortaleceram o liberalismo e o capitalismo e, naturalmente, o positivismo jurídico, que foi muito bem utilizado pela burguesia, visando não apenas a um conjunto de leis unificadas que facilitasse suas transações comerciais, mas também que mantivessem o “status quo”, ou seja, a situação vigente. A busca da justiça social e da distribuição de riquezas foi completamente descartada. O direito natural clássico foi completamente abandonado.

1.3 O Iluminismo e o Racionalismo

O Iluminismo foi um movimento cultural e filosófico europeu, que começou a se manifestar no século XVII, mas que teve seu apogeu no século XVIII, principalmente na França. Muitas de suas ideias são um aprofundamento do ideário renascentista, tendo sido desenvolvido o antropocentrismo e valorizadas ainda mais a razão e a liberdade.

Por ser um movimento burguês, que criticava o Antigo Regime, portanto, o absolutismo, o mercantilismo, o colonialismo, os privilégios sociais e o catolicismo, além de defender o liberalismo econômico e político, pode-se afirmar com tranquilidade que o Iluminismo formou as bases teóricas da Revolução Francesa e, consequentemente, do Estado Liberal Burguês (BOBBIO, 1999).

A “filosofia das luzes” representou uma ruptura em várias áreas do conhecimento humano, desenvolvendo gradualmente os conceitos de Estado liberal, secular e democrático. No Direito, rompeu com velhas tradições, recriando o Direito Natural segundo seus conceitos racionais e defendendo a codificação das leis. Dentro desse contexto, o Racionalismo trouxe a ideia de Direito Natural laico, em contraposição ao Direito Natural reinante na Idade Média. Este Direito Natural moderno tem inspiração na metodologia analítica de Descartes, que já havia sido influenciado por Galileu Galilei, sendo que algumas

características o distinguem do Direito Natural medieval.

Uma delas seria a utilização do método analítico-sintético, o mesmo das ciências da natureza, através do qual os fenômenos devem ser decompostos em partes, para, após análise de seus elementos estruturais, realizar-se a síntese, chegando-se assim a um conhecimento claro e distinto, levando o cientista, no caso o jurista, à certeza. Desta forma, todos os fenômenos seriam cognoscíveis enquanto calculáveis. O próprio Estado deveria ser estudado com este mesmo raciocínio, decompondo-se em partes os seus elementos, para, logo após, reconstruí-los sobre a base do conhecimento das relações racionais entre eles.

Foi realizada uma rigorosa unificação metodológica pelo Direito Natural laico, segundo o qual a razão que preside o conhecimento das ciências naturais deve ser a mesma a ser utilizada para penetrar nas ciências sociais ou jurídicas. Lança-se mão, portanto, de normas matemáticas e geométricas para se estudar os fenômenos sociais e jurídicos. Desta forma, elimina-se a hermenêutica e a retórica forense, para se privilegiar a racionalidade das verdades claras e distintas. Tido como o fundador do Direito Natural laico, Grotius considerava a verdade, tanto na matemática quanto na ética e no Direito Natural, tão permanente e eterna que nem mesmo Deus poderia modificá-la (BOBBIO, 1999).

Este Direito Natural moderno tem horror à diferença e ao que é individual, pois só poderia ser objeto da ciência o que é universal e, portanto, conceitualmente apreensível. Esta ideia é clara no pensamento de Savigny, daí podendo extrair-se a influência que o jurista alemão sofreu dos filósofos racionalistas do século XVII, dentre eles Leibniz e Locke. Segundo Savigny, citado por Silva (2006, p. 38):

Considera-se, com frequência, que seria possível adquirir, por meio da experiência, um conhecimento completo dos casos singulares em si mesmos, para resolvê-los de acordo com o correspondente enquadramento legal. Porém, quem tenha observado com

atenção os casos litigiosos dar-se-há conta facilmente de que esta empresa haverá de ser infrutífera, porque os casos reais apresentam, entre si, inimagináveis diversidades. Precisamente os códigos mais modernos abandonaram por completo todo o esforço destinado a sugerir esta integridade material, sem que, no entanto, se a tenha substituído por qualquer outra. Certamente pode-se conseguir uma tal integridade de outra maneira, capaz de ser explicada mediante uma expressão técnica da geometria. Com efeito, em cada triângulo há certos dados conhecidos, de cuja combinação inferem-se necessariamente todos os demais: por exemplo, mediante a combinação de dois lados e o ângulo entre eles compreendido, estará dado o triângulo. De modo análogo, cada parte de nosso Direito tem certos fragmentos dos quais se derivam os demais: podemos chamar-lhes os princípios retores.

Com efeito, para Savigny, a melhor maneira de lidar com a diversidade dos casos concretos e individuais seria obedecendo-se à metodologia matemática. Embora recomende atenção à diversidade dos casos individuais, acreditou que geometricamente poder-se-ia alcançar a integridade material do sistema jurídico, trazendo, desta forma, a segurança jurídica, o que, para ele, jamais aconteceria com o uso da retórica forense.

Um outro importante filósofo da Ilustração, Thomas Hobbes, também mostrou-se grande defensor do legalismo. Em todo o conteúdo de sua obra fica claro o incessante empenho em construir um sistema jurídico tão seguro que não admita a menor controvérsia em sua aplicação. Para tanto, desenvolveu repúdio à jurisprudência e à retórica, em favor das verdades claras e distintas. Para ele, estaria nas mãos do soberano o papel de uniformizar a produção legislativa e de dirimir possíveis controvérsias, tendo o juiz o papel de somente colocar em suas sentenças aquilo

que já havia sido determinado pelo Estado, na pessoa do soberano.

É pressuposto do pensamento racionalista considerar o Direito como uma ciência que não depende da experiência, mas de definições oriundas da razão. Então, para que algo seja justo, não se faz necessário que alguém pratique a justiça, basta que se desenvolva a ideia de justiça, mesmo que não haja alguém sobre quem ela recaia. Mais uma vez, entra-se no raciocínio matemático, visto que os cálculos numéricos são verdadeiros independentemente se há ou não o que numerar ou contar, ou sequer se há quem os conte ou numere.

Aliás, é justamente esta ideologia que ajuda a preservar a ideia da neutralidade dos juízes e da ciência jurídica, tornando-os fortes auxiliares na manutenção do sistema jurídico e capitalista em que estamos inseridos, sem que muitas vezes se deem conta disto, pois estão convencidos da pureza da sua ciência, não dando a ela o sentido valorativo que realmente tem.

Encontra-se, na obra de Silva (2006, p. 85), uma clara demonstração da tentativa de se criar uma ciência jurídica seguindo o mesmo caminho das ciências exatas:

Aludindo à concepção unitária de verdade, válida tanto para o mundo físico quanto para o mundo intelectual e moral, escreve Cassirer: “Tais são as verdades que se busca não só no mundo físico, mas no mundo intelectual e moral, pois são essas as verdades que fazem do nosso mundo um só ‘mundo’, um cosmo que repousa em si mesmo, que possui em si mesmo seu próprio centro de gravidade. O século XVIII também aderiu ao princípio dessa unidade. Montequieu faz sua estréia na área da ciência experimental. Foi por esse caminho que se viu conduzido à sua problemática própria: a análise das instituições jurídico-políticas. Na qualidade de jurista, formula a mesma questão que Newton já formulara como físico: longe de contentar-se com as leis

empiricamente conhecidas do cosmo político, ele quer reduzir a diversidade dessas leis a um pequeno número de princípios determinados”. É a mesma fuga da realidade empírica no rumo das abstrações que, depois, fez nascer e alimentou a “ciência” processual, no século XIX.

Por mais ultrapassadas, e já criticadas, que pareçam essas ideias, elas dominam até os dias de hoje o ensino universitário no Brasil, que é baseado na memorização das leis, pouco se importando com os fatos, com a realidade jurídica além da pureza conceitual. Despreza-se a prática, a realidade forense.

I.4 O Positivismo Jurídico

Com a formação do Estado moderno, o juiz tornou-se funcionário do Estado, pertencendo ao Judiciário, que foi subordinado ao Legislativo. Desta forma, foi imposto ao juiz a resolução das controvérsias segundo as regras emanadas do órgão legislativo, ou no máximo, de regras consuetudinárias reconhecidas pelo Estado. O juiz tornou-se, a partir deste momento histórico, subordinado às leis estatais, e fora delas passou a não haver mais direito. Só é reconhecido como direito o que é previamente reconhecido como tal pelo Estado.

Contrariamente ao que se passava na época medieval, a sociedade assume uma estrutura monista, concentrando nas mãos do Estado todos os poderes, principalmente aquele de criar o direito. Desta forma, ocorre uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Atualmente, tem-se dificuldade em conceber um direito que não seja posto pelo Estado, mas pela sociedade civil, visto que se habituou a considerar Direito e Estado como sinônimos, o que nem sempre se deu desta forma.

Pode-se afirmar que o positivismo jurídico nasce na Idade Moderna quando direito positivo e direito natural não são mais considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser tido como o direito em sentido próprio. Assim, segundo BOBBIO (pg. 26):

Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética,

O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo

Conforme o Estado Burguês implantava-se após a Revolução Francesa e com ele ascendia o capitalismo, o Direito Natural foi sendo abandonado pelos filósofos do direito. As idéias Iluministas de exaltação da razão foram sendo substituídas pelas noções de formalidade e imperatividade das leis estatais.

Quando a nova classe dominante passa a predominar nas esferas estatais, e, portanto, na produção das leis, não se faz mais necessária qualquer modificação da ordem estabelecida, visto que esta a beneficia. Desta forma, o positivismo, enquanto filosofia mantenedora da ordem, como defendeu o sociólogo francês Auguste Comte, passa a ser o seu melhor aliado.

Como tão bem esclarece Lyra Filho (2002, p. 42):

Está visto que, chegando ao poder, a burguesia, como já acentuamos, descartou o seu iurisnaturalismo, passando a defender a tese positivista: já tinha conquistado a máquina de fazer leis e por que, então, apelar para um Direito Superior? Bastava a ordem estabelecida.

O teórico Montesquieu, de clara inspiração iluminista e de grande influência entre os liberais, é um dos responsáveis pela estatização do direito. Os juízes anteriores à Revolução Francesa recebiam seus cargos hereditariamente, ou através de

compra, e, por isso, eram extremamente comprometidos com o poder feudal, com o *ancien régime*. Tal fato era bem conhecido de Montesquieu, visto que pertencia a uma família de magistrados franceses e que recebeu como herança o cargo de *Président à mortier* no Parlamento de Bordeaux.

Da repulsa que alimentou contra esses privilégios, e contra as relações equivocadas que havia entre os juízes e o poder, é que Montesquieu desenvolveu a teoria da separação dos poderes, reservando aos legisladores a competência de legislar e aos juízes a obrigação de julgar segundo a vontade da lei, reproduzindo em suas decisões o texto preciso da lei.

Desta maneira, como diria Marinoni (2006, p. 26), a teoria de Montesquieu, embora voltando-se contra os abusos do *ancien régime*, lançou as sementes da tirania do legislativo. E é justamente essa teoria que criou as bases do Direito positivo moderno, que passou a ser visto apenas como fato, e não mais como valor a ser buscado, para que assim fosse possível encaixá-lo nos parâmetros das ciências naturais e físicas. É exatamente daí que advém o formalismo jurídico, no qual o Direito é visto em função da estrutura formal das normas e não de seu conteúdo.

Portanto, foi da necessidade de conter os excessos cometidos pelo absolutismo do Antigo Regime, e também da de impor a nova mentalidade burguesa, que o Estado Liberal criou o chamado princípio da legalidade.

Este princípio visava proteger a liberdade individual frente ao poder estatal e garantir a certeza do direito, o que era fundamental para a nova ordem econômica que se estabelecia. Assim é que o direito foi reduzido à lei e esta passou a ser conceituada não como uma norma que devesse buscar a justiça, mas como uma norma produzida pela autoridade competente. A lei é válida em razão das formas de sua produção e não em razão do seu conteúdo.

Ainda segundo Marinoni (2006, p. 27):

O império da lei, como instrumento a serviço da liberdade burguesa, ganha conteúdo em contraposição à idéia de império dos homens. Im-

pério da lei significa, antes de tudo, que o próprio legislador está vinculado às leis que edita. A vinculação do legislador à lei só é possível, todavia, enquanto a lei é uma norma com certas propriedades. Estas são sintetizadas na expressão da lei geral e abstrata. Para não violar a liberdade e a igualdade - formal - dos cidadãos, a lei deveria guardar as características da *generalidade* e da *abstração*. A norma não poderia tomar em consideração alguém em específico ou ser feita para uma determinada hipótese. A generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos - que, por serem "iguais", deveriam ser tratados sem discriminação - e a abstração como garantia da estabilidade - de longa vida - do ordenamento jurídico.

A igualdade material existente entre as pessoas não era considerada, visto que todos deveriam receber o mesmo tratamento, não sendo aceita qualquer discriminação, mesmo que esta visasse à igualdade social. A função da lei, portanto, era garantir apenas que ninguém fosse discriminado em razão de sua posição na sociedade.

Ainda para assegurar a liberdade, deveria ser garantida a certeza do direito. O direito precisava ser previsível, para que assim as pessoas pudessem saber o que poderiam ou não fazer, o que foi garantido pela característica da abstração das leis. Afinal, uma lei abstrata conseguiria prever quaisquer situações futuras, tornando o ordenamento jurídico estável e eliminando a necessidade da criação constante de normas.

Naturalmente que ambas as características, tanto a da generalidade quanto a da abstração, tinham o intuito de impedir qualquer interpretação por parte do magistrado, que não podia considerar as especificidades e particularidades dos casos reais e especiais, sob pena de ferir a certeza do direito, transformando os julgamentos numa opinião particular do juiz, o

que deveria ser evitado.

A decisão do magistrado deveria ser a reprodução fiel do texto legal, a sua tarefa seria apenas buscar a vontade normativa, exercendo aí uma atividade meramente explicativa e utilizando a lógica dedutiva. Também não seria diferente o papel dos doutrinadores, professores, promotores e advogados, que não poderiam utilizar-se da antiga retórica e nem mesmo de qualquer criação, devendo limitar-se a discorrer sobre as leis postas pelo Estado.

Por essa razão, os juízes não poderiam *criar* o direito através da jurisprudência, mas apenas *interpretar* mecanicamente as normas postas, reproduzindo-as em suas decisões. Bobbio (1999, p. 212) descreve com bastante clareza a respeito da interpretação no positivismo jurídico:

Deixando de lado suas implicações filosóficas, o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas para *reproduzir* o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas.

E continua a sua explanação na página seguinte (BOBBIO, 1999, pg. 213):

Um dos campos em que a interpretação mais se desenvolveu e mais se organizou é o do direito. Este é constituído por um texto ou um conjunto de textos (códigos, coleções legislativas etc) que exprimem a vontade da pessoa (real ou fictícia, isto é, individual ou coletiva), o legislador, que põs as leis contidas em tais textos. A interpretação, que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos.

Como só era possível a interpretação das leis e o ordenamento jurídico deveria ser pleno, abarcando todas as possibilida-

des existentes nos casos concretos, criaram-se então métodos de interpretação do direito. Assim, caso houvesse uma lacuna nas leis, e apenas nelas, vez que o sistema como um todo não permite lacunas, deveria buscar-se uma solução em total coerência com este sistema, não podendo o julgamento afastar-se da lógica já prevista no ordenamento jurídico, já que este seria pleno e teria em si a possibilidade de solução de qualquer conflito.

Aliás, cabe acrescentar, que é o positivismo jurídico que cria a teoria do ordenamento jurídico, visando dar unidade às diversas normas existentes, unindo-as numa mesma lógica e eliminando as incertezas. O ordenamento deveria ser uno, coerente e completo.

Mas essa unidade a que os positivistas se referem é apenas formal, derivada do modo como as normas são feitas, se elas derivam da autoridade competente e se seguem as exigências previstas em lei. Na verdade, junto à teoria do ordenamento jurídico, foi criada a teoria da norma fundamental, que é colocada na base do ordenamento jurídico e que tem a atribuição de determinar a autoridade competente para criar as leis e o processo que deve ser seguido por ela.

Quando o jurista trabalha apenas observando a norma posta e, através de um raciocínio dedutivo e explicativo, a aplica fielmente ao caso concreto em questão, buscando uma verdade imutável, ele trabalha exatamente como o cientista natural, os físicos ou químicos, que observam a natureza e realizam experimentações, a fim de transcrever as leis que regem os fenômenos naturais e que são consideradas imutáveis.

Na verdade, quando se fala em ciência construtiva e dedutiva do direito, fala-se em dogmática jurídica, já que esta consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, retirados da lógica do próprio ordenamento jurídico, e não sujeitos a revisão ou discussão.

Neste momento, trate-se do formalismo científico, também inerente ao positivismo jurídico, que valoriza os conceitos jurídicos abstratos, deduzidos logicamente, em detrimento da realidade social, que existe atrás dessas formas, e dos conflitos

de interesse que o direito regula.

Desta forma, conclui-se a primeira parte deste trabalho, que teve o intuito de analisar a formação do Direito Moderno, que apesar de tão criticado nos dias do hoje, ainda não superou as marcas profundas do racionalismo e do positivismo jurídico.

1. 5 O Pensamento Crítico no Direito

A sociedade atual vive uma crise em seus pressupostos e paradigmas, principalmente no âmbito das ciências, sejam elas naturais ou sociais. Muitas foram as mudanças ocorridas no decorrer dos desenvolvimentos econômico e tecnológico e ficou claro que os antigos paradigmas não mais respondem às necessidades da sociedade contemporânea.

Assim, o atual discurso jurídico liberal-positivista, sistematizado principalmente entre os séculos XVIII e XIX, está em desajuste frente às complexas formas de produção de capital e às profundas contradições sociais daí resultantes, trazendo, como consequência, ineficácia e descrédito, além do total afastamento da realidade social e da grande massa da população que dele fica excluída, vez que não tem força para se inserir como protagonista deste discurso, que não liberta, mas discrimina.

É imprescindível o desenvolvimento de uma nova racionalidade emancipatória, que, embora não negue a racionalidade técnico-instrumental decorrente do positivismo jurídico moderno, traga ao Direito um novo fundamento ético-político, que o aproxime da realidade social e da vida, evitando o estreito formalismo descompromissado e neutro.

Este é o papel da crítica jurídica, a criação de novos modelos para o Direito, mais amplos e abertos à realidade, mais próximos às necessidades atuais e voltados para a dignificação do homem.

Nos dizeres de Wolkmer (1995, p. 81-82) sobre o pensamento jurídico crítico, encontra-se o seguinte trecho:

Por conseguinte, o processo de pensar criticamente o Direito implica refletir e ques-

tionar a legalidade tradicional mitificada, atinente a uma época ou a um determinado momento da cultura de um país. O imaginário jurídico crítico tenta redefinir os horizontes, constituído da linguagem normativa repressora e ritualizada, objetivando propiciar meios instrumentais para a conscientização e a emancipação dos sujeitos históricos na sua condição de dominados. Ao configurar “pensamento crítico” como repensar, redefinir e renovar os padrões culturais de uma época ou momento histórico, é quando melhor se compreende a necessidade de tentar examinar, ainda que pareça demasiado pretensioso, as possibilidades de um discurso crítico no âmbito da presente cultura jurídica brasileira.

Posto isto, faz-se também necessário analisar outro ponto citado por Wolkmer (1995, pg.09-10), referente às diferentes correntes de crítica jurídica:

Entende-se, destarte, que o “pensamento crítico” nada mais é do que a formulação “teórico-prática” de se buscar outra direção ou outro referencial epistemológico que atenda à modernidade presente. Esta forma de visualizar o mundo dos valores humanos e o mundo de materialização jurídica é incorporada por um vasto, difuso e fragmentado movimento transnacional. Este movimento, que abarca diferentes países da comunidade ocidental, não se reduz a uma única e específica “teoria crítica” do Direito, pois compreende inúmeras “concepções epistemológicas” e uma gama demasiadamente ampla de “correntes metodologias”, representadas tanto por “críticos dialéticos” quanto por “antidogmáticos liberais e sistêmicos”. Certamente, como bem situa Antoine Jemaud (1984:76), trata-se de um

movimento de crítica jurídica “[...] resultante da coexistência e da colaboração nascente de correntes cuja diversidade está amplamente ligada às diferenças das condições políticas que prevalecem em seus países de origem ou às diferentes inserções profissionais de seus membros. O problema do momento é, portanto, o da cooperação científica dessas correntes, mais particularmente o da colaboração entre juristas críticos da América Latina [...]” e as crescentes tendências críticas do Direito em outros países da Europa e dos EUA.

O pensamento jurídico crítico, embora se apresente por meio de posturas metodológicas e tendências epistemológicas diferenciadas, representa determinados objetivos comuns, que são pontos de partida para a formulação de uma crítica consistente das formas alienantes do fenômeno jurídico atual e para a criação de um espaço alternativo de mudanças. O que há de comum é que o pensamento jurídico crítico intenta repensar, dessacralizar e romper com a dogmática lógico-formal imperante numa determinada época, num determinado país, visando ao esclarecimento, à autoconsciência, à emancipação e à transformação da realidade social (WOLKMER, 1995), independentemente da corrente ou escola crítica. Uma reflexão crítica sobre o Direito não deve abordar apenas essa ou aquela lei, mas buscar a raiz dos institutos, retornar à genealogia que permitiu a existência de determinada forma jurídica.

Entretanto, as correntes críticas não podem jamais prender-se apenas à teorização, perdendo de vista a prática, pois o Direito deve tornar-se um lugar de refúgio para as reivindicações sociais. E essa mudança de ponto de vista é fundamental. A neutralidade e a pureza pregadas pelo positivismo jurídico devem ceder lugar ao comprometimento com as mudanças sociais, com as conquistas dos fracos e excluídos, que não encontram espaço no Direito pautado pela dogmática tradicional. Deve-se, enfim, nas palavras de Coelho

(2003), *recuperar o “jus” como o universo da libertação*.

Assim, passa-se agora a estudar algumas das mais significativas tendências críticas, jurídicas, filosóficas e sociológicas, começando pelos referenciais do pensamento crítico, para então, estudar as ideias desenvolvidas pela Escola de Frankfurt e pelo Direito Alternativo. Muitas são as correntes críticas, mas se dará preferência às acima mencionadas, devido à impossibilidade, referindo-se aqui ao tempo e ao espaço, de desenvolver um estudo mais abrangente no presente trabalho.

2 OS REFERENCIAIS DO PENSAMENTO CRÍTICO

2.1 A Perspectiva Epistemológica

Num primeiro momento, será necessário analisar os esforços despendidos em diversos campos do conhecimento humano, que auxiliaram no desenvolvimento do pensamento crítico no Direito, e que são chamados de referenciais do pensamento crítico. Para tanto, toma-se por base as obras de Coelho (2003) e Wolkmer (1995).

Começa-se o estudo pela perspectiva epistemológica, para então se estudar as perspectivas lingüístico-semiológica, psicanalítica e sociológica.

Voltando-se então para a epistemologia, percebe-se que é dentro do seu contexto que primeiro se nota a necessidade de elaboração de categorias aptas a superar o pensamento científico ocidental moderno, baseado, sobretudo, no positivismo, e que acaba por gerar nas ciências sociais, dentre elas o Direito, consequências muito mais danosas do que nas ciências naturais, que partem de outros objetos.

Para o positivismo, principalmente para o neopositivismo, só é científico o que pode ser verificado. A verificação se dá por meio da comprovação empírica ou da demonstração analítica. A comprovação empírica seria a identificação do objeto como algo real e a demonstração analítica seria a produção de objetos ideais por meio de abstrações que se esgotam em si mesmas. É justamente neste aspecto que se encontra a objetividade científica desejada pelo

positivismo, ou seja, a teoria ou mesmo a lei, as chamadas “verdades”, só são objetivas quando reconstróem ou reproduzem algo real por via do pensamento conceitual.

Com o desenvolvimento da epistemologia crítica contemporânea, o conhecimento objetivo e “verdadeiro” foi colocado no seu lugar real e a neutralidade tão defendida pela ciência positivista foi desmistificada. Segundo Coelho (2003, p. 59):

Seria preciso então, a partir deste ponto, repensar os paradigmas, abandonar a mentalidade positivista e seus métodos, cuja repercussão na sociologia, na ciência política, na história, na antropologia e nas ciências jurídicas, havia se revelado de pouca ou nenhuma utilidade. Nestas, se a correspondência com os fatos ao nível semântico e mesmo o critério da objetividade analítica dos objetos ideais constituem condição de sentido do discurso da ciência, ficam fora dessa condição todos os critérios subjetivos ou sociais determinantes dos processos de significação. Em outras palavras, uma ciência do social, do direito ou da história, é algo impossível, pois do ponto de vista da objetividade, só é possível fazer ciência do social se o seu objeto for concebido como ente *real* ou *ideal*. E assim, os conceitos éticos fundamentais não são verificáveis, pois nenhum critério pode servir como referencial para sua validade, e só é possível argumentar sobre questões morais pressupondo-se um sistema de valores.

A partir de então, o papel das ciências da sociedade precisaria sofrer uma transformação e seria necessário repensar os seus fundamentos metodológicos e estabelecer novos critérios de verdade e objetividade. As ciências sociais passariam de meras descritoras dos fatos “reais” para promotoras de mudanças sociais necessárias e importantes, para autoras das trans-

formações que se fazem imprescindíveis.

Desta forma, o jurista e o cientista social percebem a impossibilidade epistêmica da neutralidade ideológica, já que não são meros observadores que pretendem descrever um objeto, mas são participantes do social, reconstruindo-o enquanto ordem real e conceitual. Essa é a dimensão enfatizada pela dialética da participação desenvolvida por Coelho.

2.2 A Perspectiva Linguístico-Semiológica

Uma das áreas mais ricas para o desenvolvimento do pensamento crítico envolve a constatação de que as interações sociais humanas dependem principalmente de sua expressão comunicativa. Devido a isso, a filosofia contemporânea tem concedido um grande espaço para a linguagem e a comunicação social.

Como decorrência dessas constatações, desenvolveu-se a pragmática linguística, que estuda as relações entre os signos linguísticos e os sujeitos envolvidos pela comunicação através da linguagem. Segundo o enfoque pragmático, os significados derivam não apenas das relações sintáticas e semânticas dos signos, mas, principalmente, de sua relação funcional, da manipulação do signo para influir no comportamento das pessoas.

Paralelamente, também em decorrência desses avanços no estudo da linguística, desenvolveu-se a semiologia, ou semiótica, que coloca também a linguagem dentro de um sistema de signos. A semiologia tem como tese que todo comportamento humano é significativo, não só por si mesmo como também pelos seus reflexos, e que todo signo usado na linguagem tem um significado ideológico, reafirmando a impossibilidade de se analisar a sintaxe e a semântica isoladamente.

Deixando de encarar os significados em sua pureza, ou em seu isolamento semântico, mas levando em conta seus efeitos na comunidade onde são empregados, é que se pode ter efetivo acesso à ação política.

Um grande teórico da semiologia é Luís Alberto Warat, cujas ideias foram muito bem esclarecidas na obra de Wolkmer

(1995), que embasou as análises que se seguem.

Seu principal referencial teórico, para desenvolver uma epistemologia crítica do Direito, foi justamente a semiologia. Com seus estudos, visou combater a Dogmática Jurídica por meio da destruição dos mitos que sustentam o saber jurídico e a desmistificação ideológica da retórica jurídica, que condiciona a sociedade.

A esse respeito, Wolkmer (1995) esclarece em sua obra, citando passagens de obras de Warat:

Com efeito, ao constatar o poder das significações jurídicas, suas condições de produção e efeitos de verdade, Warat busca tematizar a noção institucionalizada do “senso comum teórico dos juristas” (reflexo das funções e práticas retóricas consensualizadas pela dogmática jurídica) com a complexidade político-ideológica das determinações imaginárias e das significações discursivas. Para Warat, o novo espaço epistemológico não deve ser realizado pela supremacia da razão e da experiência, mas do primado da política sobre ambos. Tenta-se aqui reivindicar um saber crítico, forjado no âmbito da própria prática social do “senso comum teórico dos juristas”. Para alcançar essa finalidade, Warat intenta articular o saber crítico na efetividade jurídica de uma Sociologia do conhecimento político, o qual, pela especificidade do instrumental metodológico, se transforma numa “Semiologia política do Direito”, ou seja, numa “Semiologia do Poder”. A Semiologia do Poder nasce, assim, como um projeto que começa reconhecendo a “dimensão ideológica e política das palavras, vendo-as como um lugar de poder” e denunciando o poder dos discursos e seus saberes, porquanto [...] pretende analisar a significação como instrumento de controle social, como estratégia norma-

lizadora e disciplinar dos indivíduos, como fórmula produtora do consenso, como estágio ilusório dos valores de representação, como fetiche regulador da interação social, como poder persuasivo provocador de efeitos de verossimilhança sobre as condições materiais da vida social, como fator legitimador do monopólio da coerção e como fator de unificação do contraditório exercício do poder social.

Fica claro, então, que os objetivos de Warat e da semiologia seriam a desmistificação das práticas discursivas do Direito, assim como do saber que as legitima e que acabam resultando em mitos organizadores de todo o saber jurídico.

Num segundo momento de suas análises, Warat discorre sobre a condição humana na pós-modernidade, cercada de formas sociais que sufocam os afetos, negam a autonomia e mutilam o imaginário criativo. Nesta fase de suas reflexões, Warat volta-se muito mais para um trabalho de teor literário e ensaístico do que jurídico, mas traz ainda grande contribuição ao Direito. Ele pretende uma pedagogia jurídica da emancipação, capaz de resistir a todas as manifestações da violência simbólica, de propiciar amplos espaços de motivação linguística e de produzir subjetividades não alienadas.

Desta forma, não resta dúvida da importância de Warat e da semiologia para o pensamento crítico e emancipatório no Direito.

2.3 A Perspectiva Psicanalítica

Tratar-se-á de maneira sucinta acerca da perspectiva psicanalítica no pensamento jurídico crítico, uma vez que este não é o principal enfoque desta pesquisa, tratando-se de um tema que merece um estudo à parte. Entretanto, não será deixado de lado, havendo necessidade de citá-lo, por ser uma vertente já significativa dentro da crítica social e jurídica.

Os estudos relacionando o direito e a psicanálise surgiram num período recente, mais ou menos nas últimas três décadas,

desenvolvendo-se, sobretudo, na França, na Bélgica e na Argentina.

O principal interesse desses estudos gira em torno do simbólico representativo que domina o discurso da dogmática jurídica, bem como da vinculação do texto legal na manipulação dos desejos inconscientes e na função normativa enquanto estrutura repressora da sociedade (WOLKMER, 1995).

De um modo geral, a psicanálise passa a ser importante para as ciências sociais no momento em que busca respostas para as inúmeras problematizações referentes às relações intersubjetivas e à vida social em geral. Para Coelho (2003, p. 72):

Entre essas problematizações, destacam-se as que tratam de explicar o fenômeno da ideologia, onde se acham presentes explicações elaboradas pelo próprio Freud, articuladas em torno do conceito de *identificação*, a mais remota expressão de um laço emocional com outra pessoa, uma das formas de defesa do inconsciente; esta consiste, precisamente, num processo de interiorização, seja de certo acontecimento, seja de uma pessoa, instituição, ou mesmo de um ideal. Desta forma, ocorre a identificação ao chefe ou a uma idéia, por exemplo, a nação, o regime, o partido, traduzindo o que veio a ser designado como *amor ao censor*.

É necessário haver identificação entre a cultura de uma determinada sociedade e seus indivíduos, pois se não há identificação não há internalização de regras, de normas, e os próprios indivíduos tornam-se inimigos da cultura à qual pertencem e deveriam seguir. Sendo a cultura de interesse comum, criada pelos homens para a sua própria manutenção, ela acaba tendo que ser constantemente protegida e defendida dos próprios homens, por meio de todo o aparato criado por cada sociedade para defendê-la. Segundo o próprio Freud, citado por Coelho (2003, p. 75):

Se nos voltarmos para as restrições que só se aplicam a certas classes da sociedade encontraremos um estado de coisas que é flagrante e que sempre foi reconhecido. É de esperar que essas classes subprivilegiadas invejem os privilégios dos favorecidos e façam tudo o que podem para se libertarem de seu próprio excesso de privação. Onde isso não for possível, uma permanente parcela de descontentamento persistirá dentro da cultura interessada, o que pode conduzir a perigosas revoltas. Se, porém, uma cultura não foi além do ponto em que a satisfação de uma parte de seus participantes depende da opressão da outra parte, parte esta talvez maior – e este é o caso em todas as culturas atuais – é compreensível que as outras pessoas assim oprimidas desenvolvam uma intensa hostilidade para com uma cultura cuja existência elas tornam possível pelo seu trabalho, mas de cuja riqueza não possuem mais do que uma quota mínima. Em tais condições, não é de esperar uma internalização das proibições culturais entre as pessoas oprimidas. Pelo contrário, elas não estão preparadas para reconhecer essa proibição, têm a intenção de destruir a própria cultura e, se possível, até mesmo aniquilar os postulados em que se baseia. A hostilidade dessas classes para com a civilização é tão evidente, que provocou a mais latente hostilidade dos estratos sociais mais passíveis de serem desprezados. Não é preciso dizer que uma civilização que deixa insatisfeito um número tão grande de seus participantes e os impulsiona à revolta, não tem nem merece a perspectiva de uma existência duradoura.

Haveria uma maior identificação com as regras da cultura, se na sociedade houvesse uma distribuição conveniente

das conquistas materiais.

Freud também se apresenta como uma pedra para os dogmáticos, quando demonstra que a norma é produto da natureza humana e não uma criação racional. Para ele, não há objeto real no sistema jurídico. A norma jurídica seria uma invenção humana para facilitar os mecanismos do superego da cultura. É um universo de crenças que o jurista construiu e que é apresentado como um bem, como algo científico e racional, mas que não passa de crenças e criações (COELHO, 2003).

Assim, a psicanálise é uma importante vertente do pensamento crítico, pois representa a aproximação ao conceito de ideologia, como manipulação dos mitos engendrados no seio da sociedade, visando ocultar e manipular o real e os efeitos desses mitos nos sujeitos sociais.

2.4 A Perspectiva Sociológica

No âmbito específico da sociologia, desenvolveu-se a *verstehende Soziologie*³, em oposição à sociologia positivista seguida principalmente por Émile Durkheim, para quem o método da sociologia deveria ser o mesmo utilizado nas ciências naturais. Tal método exige a separação radical entre o sujeito e o objeto do conhecimento, portanto, o cientista social deve tratar o fato social como algo existente por si, sem valoração ou real localização histórica. Como consequência, assegura-se a neutralidade do pesquisador.

Por achar que este método positivista, tão bem desenvolvido por Durkheim, seria pura ficção, é que se elaborou um novo estudo, que culminou na sociologia da compreensão, a qual, segundo Coelho (2003), repercutiu em Karl Mannheim, levando-o a desenvolver a sociologia do conhecimento, que também assimilou a concepção dialética da estrutura social, considerando os fenômenos socioculturais como expressão de situações histórico-sociais.

É preciso acentuar, que apesar de todo o desenvolvimento trazido pela sociologia do conhecimento e pela sociologia da compreensão, que deram importância à

valoração dos fenômenos sociais e a não-neutralidade do cientista, deixaram de extrair as devidas consequências dessa nova maneira de encarar os fatos e a ciência, ficando ainda presos ao plano descritivo e retrospectivo do conhecimento. Entretanto, trouxeram um grande avanço na busca pela renovação do conhecimento e das ciências sociais, como o próprio Direito, possibilitando o desenvolvimento de outras correntes críticas.

Em Max Weber encontra-se grande desenvolvimento na sociologia da compreensão enquanto vertente do pensamento crítico. Ele consegue romper com diversos mitos e obstáculos que impediam o progresso das ciências humanas, distanciando finalmente a sociologia das ciências naturais.

Weber cria o conceito de *Idealtypus*⁴. Explicando esta teoria, Coelho (2003, p. 100) esclarece:

A conceituação típico-ideal muito se aproxima do modelo epistêmico prospectivo, porque não é voltada para as conexões causais de uma ação concreta em seu presente e passado históricos, mas sim, para seu desenvolvimento normativamente ideal, estabelecendo-se racionalmente as articulações relacionadas com um objeto hipotético. Destarte, o conhecimento do fato social em seu sentido omnicompreensivo vai, desde sua análise com vistas à abstração de particularidades, até a sua reconstrução típico-ideal e prospectiva, o que possibilita situá-lo na relatividade de seu significado histórico, ou seja, não é o fato histórico que tem um sentido imanente e concreto, o qual compete ao sociólogo descobrir, mas é este que atribui significado ao fato social pela sua referência ao tipo-ideal, racionalmente construído.

O núcleo da construção teórica de Weber é a legitimidade, e ele utiliza-se dos conceitos de tipos-ideais de domina-

3 Sociologia da Compreensão.

4 Tipo-ideal.

ção legítima para, inclusive, descrever o tipo moderno de dominação, que seria o racional-legal, que aproxima a sociologia, a política e o Direito. E essa aproximação ocorre porque o Estado, que seria uma das manifestações históricas da política, é decorrente da racionalização da civilização moderna e é constituído por um sistema racional de leis.

Outro conceito importante de Weber e que se relaciona com a questão do Estado e do direito, é justamente o de consenso. Só há Estado, onde há obediência da população à autoridade, por meio do consenso que legitima o poder exercido pelos que o detêm. O poder, para Weber, faz-se necessário, mas desde que dentro de certos limites, sendo o principal deles, o do consentimento. A autoridade deve representar aquilo que a sociedade considerar legítimo.

Desta forma, o Estado seria uma comunidade humana que pretende o monopólio do uso legítimo da força física dentro de determinado território (WEBER, citado por COELHO, 2003, p. 100). Mas é necessário que haja êxito neste monopólio e um dos meios para isto seria a racionalização do direito, por meio da especialização dos poderes Legislativo e Judiciário, além da proteção dos indivíduos e da manutenção da ordem, com uma força militar permanente, e tudo isso sempre mantido pelo consenso da população.

Pode-se dizer, assim, que existem, para Weber, três tipos-ideais de dominação legítima; a tradicional, baseada nas tradições, no fetichismo do passado, na transmissão dos costumes, que tem sua legitimidade justamente na inquestionabilidade da sua validade por parte da população; a carismática, exercida devido ao carisma de um líder, cujas características inspiram confiabilidade, santidade, heroísmo, exemplaridade, e, embora seja, a princípio, ilegítima, nascendo no seio da sociedade tradicional ou legal, torna-se legítima pelo carisma do líder, tendo um caráter emocional; e, por fim, a legal-racional, que como esclarece o próprio nome é racional por excelência e surge com o Estado moderno, substituindo a autoridade do indivíduo pela da lei.

Neste último tipo, a dominação man-

tém-se com um caráter impessoal e universalista, sendo o poder delimitado pela ordem normativa racionalmente estabelecida e organizado segundo uma ordem racional e complexa denominada burocracia (COELHO, 2003). E é neste tipo de dominação, que se tornou a forma normal de organização do poder na civilização moderna, que se localiza a sociologia crítica e, como consequência, o pensamento crítico dentro do Direito.

2.5 A Escola de Frankfurt

As primeiras manifestações do pensamento crítico, visando à criação de uma Teoria Crítica, surgiram com a Escola de Frankfurt, a qual era representada principalmente por Max Horkheimer, Theodor Adorno, Hebert Marcuse e Jürgen Habermas.

Os frankfurteanos tinham como objetivo a reconstrução da sociedade como objeto da filosofia, abandonando a concepção metafísica para criar uma teoria crítica. Utilizando-se de todos os referenciais estudados nos capítulos anteriores, levaram a cabo as suas ideias de elaborar uma teoria social isenta de preconceitos e dogmas e que realmente pudesse compreender o modo como a ciência é concebida e manipulada na sociedade capitalista.

Os estudos desenvolvidos estavam relacionados com a filosofia social, com a teoria crítica da sociedade e da ciência, com a discussão da indústria cultural, com a questão do Estado e suas formas de legitimidade e no posicionamento contra as principais ideias do positivismo, que excluem do conhecimento científico qualquer valoração, tratando-o como neutro, reduzindo-o ao campo da ciência experimental.

Para os pensadores da Escola de Frankfurt, que se dedicaram a estudar o Direito, o principal alvo de ataque era o positivismo jurídico, pois visavam desmistificar a dogmática tradicional e aproximar o Direito das práticas sociais.

Para dar seguimento aos estudos que estavam realizando e alcançarem uma teoria que realmente levasse à emancipação humana, os frankfurteanos lançaram mão das teorias da psicanálise e do existencial-

lismo, além, naturalmente, do marxismo, que também estava na base das análises da Escola, entretanto, não se tratava do marxismo ortodoxo, que pregava as ideias de “infra-estrutura econômica” e “luta de classes” como os motores da história, mas as ideias de Marx sobre o trabalho, a alienação, um marxismo crítico, enriquecido com teorias de outros campos, como as já citadas teorias psicanalíticas e algumas ideias de Max Weber.

Pode-se, a essa altura do trabalho, traçar alguns pontos fundamentais da teoria crítica desenvolvida pela Escola de Frankfurt.

O primeiro deles seria a crítica à sociedade burguesa através de pressupostos marxistas, visando modificar as estruturas da sociedade capitalista. Almejavam uma sociedade utópica, onde reinasse a justiça, a ordem e houvesse a completa superação da pobreza, porém abdicando de qualquer violência ou revolução.

Justamente neste aspecto da Escola está o segundo ponto de sua crítica, que seria a crítica ao marxismo ortodoxo e dogmático, pois os frankfurtianos rejeitam a sociedade totalitarista, a ditadura do proletariado, a superestrutura econômica como centro da sociedade e a luta de classes como sendo o que move a história.

O terceiro ponto consubstancia-se no estudo das sociedades industrializadas e suas peculiaridades. Para tanto, realizaram um estudo interdisciplinar, trabalhando com conceitos de diversos campos de investigação.

Ainda está no âmbito das suas análises a crítica à razão prática e utilitária, que tornou a cultura mecanizada e consumista, ficando em segundo plano a verdadeira busca pelo saber. O tema central da Escola era justamente as repercussões sociais do modo como a ciência é concebida e manipulada na sociedade capitalista contemporânea (COELHO, 2003).

Por fim, realizaram a crítica à filosofia tradicional, principalmente à metafísica e à teologia, pois ambas, juntamente com a religião, eram consideradas ideologias burguesas.

Apesar de todos os pontos comuns, conforme apresentado acima, existentes entre as ideias dos membros da Escola de

Frankfurt, não há, como está esclarecido na obra de Wolkmer (1995), uma uniformidade quanto à compreensão do que seria exatamente a Filosofia ou Teoria Tradicional, que é o objeto principal da crítica frankfurtiana. Para Habermas, ela estaria identificada com a tradição das formulações metafísicas que vêm desde Aristóteles, marcadas pela abstração e contemplação. Para Horkheimer, estaria ligada ao modelo de racionalização cartesiana, cuja dinâmica de reflexão não parte do sujeito para então operar sobre a realidade enquanto objeto. Ela não atua num contexto social, pois repete a ideia do pensamento que pensa a si mesmo e nisso encontra a sua plenitude, que não sai de si. As afirmações da Razão seriam auto-suficientes e delas brotariam as teorias, sem que fosse levado em conta o processo histórico. Já para Adorno, a Teoria Tradicional está ligada ao cientificismo positivista.

O que, entretanto, é unanimidade entre eles é que a Teoria Crítica vincula a razão ao processo histórico-social e à superação de uma realidade em constante transformação. A razão humana age sobre o conhecimento, modifica a realidade. Os frankfurtianos levavam em conta justamente a ação e a valoração humana sobre o objeto de pesquisa e sobre as conclusões científicas, o que não acontece no ideário positivista. Esta ideia é nítida neste trecho do próprio Horkheimer, citado por Tessimann (1998):

Ich habe auf den Unterschied zweier Erkenntnisweisen hingewiesen; die eine wurde im discours de la methode begründet, die andere in der Marx'schen Kritik der politischen Ökonomie. **Theorie im traditionellen Sinne**, von Descartes begründeten Sinn, wie sie im Betrieb der Fachwissenschaften überall lebendig ist, organisiert Erfahrung auf Grund von Fragestellungen, die sich mit der Reproduktion des Lebens innerhalb der gegenwärtigen Gesellschaft ergeben. Die soziale Genesis der Probleme, die realen Situationen, in denen die Wissenschaft gebraucht, die Zwecke, zu denen

sie angewandt wird, gelten ihr selbst als äußerlich. Die **Kritische Theorie der Gesellschaft** hat dagegen die Menschen als die Produzenten ihrer gesamten historischen Lebensformen zum Gegenstand. Die Verhältnisse der Wirklichkeit, von denen die Wissenschaft ausgeht, erscheinen ihr nicht als Gegebenheiten, die bloß festzustellen und nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeit vorzuberechnen wären. Was jeweils gegeben ist, hängt nicht allein von der Natur ab, sondern auch davon, was der Mensch über sie vermag.⁵

Por todas as ideias desenvolvidas pela Escola de Frankfurt, e que foram aqui rapidamente apresentadas, é que ela pode ser tida como uma das primeiras expressões da crítica social e jurídica e como a primeira a buscar o desenvolvimento de uma Teoria Crítica.

2.6 O Movimento do Direito Alternativo

É fundamental tratar-se agora do movimento do Direito Alternativo.

O pensamento crítico no Direito, como já foi tratado nesta obra, está situado dentro de uma vasta gama de tendências e escolas que vêm se desenvolvendo em busca de mudanças na mentalidade dogmática do Direito moderno. Entretanto, essas tendências críticas ficam muitas vezes restritas às academias, às universidades, não conseguindo atingir a prática,

⁵ Eu indiquei a diferença entre dois tipos de conhecimentos; um foi fundamentado no *Discours de la Methode*, o outro no “Crítica Marxista da Economia Política”. A **teoria no sentido tradicional**, no sentido defendido por Descartes, como ela ainda vive no âmbito das ciências especializadas, organiza a experiência por meio do exame da colocação de problemas, os quais se dedicam à reprodução da vida dentro da sociedade atual. A gênese social dos problemas, as situações reais, nas quais a ciência é usada, as finalidades, para as quais ela é utilizada, valem para ela própria como exteriores, como superficiais. A **Teoria Crítica da Sociedade**, ao contrário, tem os homens como produtores das suas próprias formas de vida, que são o seu objeto. As relações existentes na realidade, das quais a ciência parte, não aparecem a ela como dados que seriam simplesmente afirmados e avaliados de antemão segundo as leis da probabilidade. O que é dado não depende sozinho da natureza, mas também daquilo que o homem faz dela (tradução livre).

dificultando, assim, a mudança efetiva da atividade dos juristas.

O movimento do Direito Alternativo é um dos poucos movimentos de crítica jurídica que consegue alcançar a prática dentro do cotidiano do Direito, mesmo não contando ainda com um número tão grande de adeptos. Portanto, é uma tendência que merece ser destacada.

No início da década de 70, na Itália, surgiu um movimento denominado “uso alternativo do direito”, que questionava o saber posto, buscando formas diferenciadas de ação e compreensão do Direito. Em pouco tempo, o movimento chegou à Espanha e, neste ponto, torna-se importante reproduzir um trecho da obra de Carvalho (2003, p. 34-35), magistrado gaúcho que se tornou um dos maiores expoentes do Direito Alternativo no Brasil, na qual ele esclarece os pontos fundamentais da alternatividade espanhola:

O movimento alcançou a Espanha principalmente com Calera, Saavedra e Perfecto Ibañez. Segundo eles, são pressupostos da alternatividade: (a) servir ao processo de emancipação da classe trabalhadora e ser uma manifestação a mais da luta de classes; (b) o jurista deve sacar das normas critérios de valoração progressistas para libertação dos trabalhadores; (c) negar apoliticidade, imparcialidade e independência dos juízes; (d) utilizar incoerências, lacunas e contradições do direito em favor dos fracos; (e) buscar, no possível, o direito e o jurista ao lado dos que não têm poder; (f) entender que o direito, embora seja vontade da classe dominante, às vezes é justiça, ante sua ambivalência quando resume conquistas políticas e éticas ou expressa exigências sociais democráticas; (g) o direito é terreno válido à luta de classes e não território abandonado à dominação; (h) não se cuida de fazer revolução através do direito, mas de desenvolver interpretações jurídico-progressistas, restituindo

aos trabalhadores a capacidade criadora da história; (i) é proposta de caráter prático-teórico de utilizar e consolidar o direito em uma direção emancipadora, privilegiando interesses e práticas dos dominados; (j) tomada de consciência da função política do direito, sua interdependência com as relações sócio-econômicas e sua idoneidade como fator de mudança social; (l) utilizar o direito diversamente do usual predominante; (m) buscar ampliação dos espaços democráticos de ordenamento jurídico.

Assim, fica claro que o Direito Alternativo, inspirado nessas ideias europeias, rompe com o positivismo, pois retira a neutralidade do direito, tão cara aos positivistas e traz a ele uma função política, uma tomada de posição em favor dos fracos, dos pobres, dos que estão normalmente à margem das preocupações jurídicas. O Direito Alternativo visa à emancipação dos sujeitos, principalmente dos excluídos, buscando a justiça, abandonando as atitudes dogmáticas e as “verdades” matemáticas e definitivas produzidas pela ciência positivista.

Os adeptos da alternatividade comprometem-se, pois, com uma causa específica, a causa dos mais fracos, uma vez que são os que mais necessitam de proteção jurídica. Afinal, para que serviria o Direito, se tivesse como único intuito manter as coisas como elas se encontram?

O Direito Alternativo dá um novo papel ao Direito, ligando-o aos conceitos de justiça e busca da emancipação, visando efetivar a democracia, uma vez que onde há seres em condições subumanas ou de exclusão, não tem como haver democracia.

Carvalho (2003, p. 35) traça os principais pontos da atuação interpretativo-alternativa no Direito:

A atuação interpretativo-alternativa ultrapassa os limites da reprodução de práticas consagradas, tornando-se: (a) mais próxima do real conflito humano; (b) permissiva de discussão axiológica desmas-

caradora da ideia de neutralidade; (c) politicamente participativa; (d) questionadora da ordem estabelecida e das leis que a mantêm; (e) inserida no contexto sócio-econômico; (f) possibilitadora de novas soluções aos conflitos.

Portanto, o Direito Alternativo cria um espaço de atuação renovada, com um norte valorativo muito específico. O juiz não pode mais ser imparcial ou neutro, mas deve optar, tomar partido pelo mais necessitado.

Na verdade, segundo Carvalho (2003), o Direito Alternativo começou quase que exclusivamente vinculado à magistratura, o que naturalmente é muito importante, visto que os juízes ocupam um lugar relevante na sociedade, um lugar de decisão. Mas foi necessário expandi-lo a outros operadores do Direito, como professores, advogados, intelectuais, promotores e estudantes, afinal, além da prática decisória, é necessário também o desenvolvimento de uma nova racionalidade, de um novo instrumental teórico-prático que busque a radicalização democrática por meio da atuação conjunta das diversas esferas jurídicas.

A alternatividade envolve o saber das várias referências críticas estudadas nos tópicos anteriores, dentre outras, como o saber dos humanistas dialéticos, marxistas e neomarxistas, sociólogos e antropólogos do direito, corrente jurídica psicanalítica, juristas vinculados à teologia da libertação, dentre outros.

No caso específico da América Latina, o Direito Alternativo surgiu como uma luta pela concretização dos Direitos Humanos e como resistência aos movimentos ditatoriais, procurando fazer do judiciário um espaço de lutas libertárias.

O movimento do Direito Alternativo, segundo Carvalho (2003), envolve três aspectos: o uso alternativo do direito, com raízes na Magistratura Democrática Italiana, que é a atuação dentro do sistema positivado, utilizando as contradições, as lacunas e as ambiguidades do sistema, visando à democratização e à abertura para as lutas populares; o positivismo de combate (expressão utilizada por Miguel

Pressburger), que luta, por meio de uma autêntica guerrilha, para que as conquistas da maioria da população, as quais já foram erigidas à categoria de leis, sejam efetivamente concretizadas, haja vista a tendência de descumprimento de normas oriundas de vitórias populares, para que deixem a vida unicamente formal e adentrem à vida real; e o Direito Alternativo em sentido estrito, o qual emerge do pluralismo jurídico, tratando-se de um direito paralelo, emergente, concorrente, insurgente, achado na rua, que foi construído pela população na busca da solução dos seus problemas. Este Direito Alternativo deve ser efetivado, se representar conquistas democráticas, visando uma sociedade mais justa e tendo necessariamente por limite os princípios gerais do direito. Aliás, a alternatividade não defende a ausência de leis, mas sim uma dominação mais justa, diferente da dominação livre de ética, sem limites. Pode-se ler na obra de Carvalho (2003, p. 62):

A lei, eticamente considerada, não deve estar a serviço da opressão, mas positivar as conquistas na direção da vida em abundância para todos. Assim, na busca do sonho, na luta por ele, as vitórias devem ser erigidas à condição de lei, transformando-a em conduta obrigatória a ser acatada por todos (CARVALHO E BAGGIO, 2003, p. 49).

Sendo assim, o juiz, por estar numa posição de decisão, tem que levar em conta a base material de onde emerge o sujeito de direito, deixando de lado o tecnicismo e atuando de forma mais humana e comprometida com a realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que o direito moderno tem suas bases mais consistentes no desenvolvimento econômico, filosófico, sociológico e, naturalmente, histórico, da sociedade dos últimos séculos.

O racionalismo, cuja origem remonta ao século XIV e o positivismo jurídico, desenvolvido principalmente nos séculos

XVIII e XIX, demonstraram-se importantes enquanto formas de superar os modelos de organização do Estado e do Direito da Idade Média e do Estado Absolutista.

Entretanto, a consequência dessas mudanças acabou não sendo tão favorável em alguns aspectos, já que gerou um pensamento dogmático, formal e restrito, que terminou por engessar o Poder Judiciário e a ação dos juízes e juristas, excluindo das preocupações do Direito uma grande parte da população, além de restringir as possibilidades de mudanças sociais, afinal, o positivismo não visa mudança, mas a manutenção do que foi conquistado pela burguesia.

Não resta mais qualquer dúvida de que o modelo atual legalista não atende às necessidades da modernidade. Desta forma, para superar a estagnação e o legalismo, e visando a mudanças sociais e jurídicas, é que surgiram as tendências críticas na sociologia e no direito, conforme o exposto.

Assim, o pensamento crítico busca um Direito que sempre se repensa e se renova, um Direito efetivamente realista e adequado às necessidades sociais. Portanto, é fundamental o estabelecimento de um novo paradigma para o Direito, um paradigma crítico, que vise à emancipação do homem e à efetivação da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Paulo Alcino. **Metodologia científica**. 3. ed. São Paulo: Makron Books do Brasil LTDA, 1996.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica**

do direito. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito.** 17. Ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1

RIBEIRO, João. **O que é positivismo.** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TESSMANN, Ingo. **Die Frankfurter Schule.** Disponível em: <http://www.tu-harburg.de/rzt/rzt/it/kritik/node6.html>. Acesso em: 12 de julho de 2008.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** São Paulo: Acadêmica, 1995.