



Prisma Jurídico
ISSN: 1677-4760
prismajuridico@uninove.br
Universidade Nove de Julho
Brasil

Alves, Alexandra
A teoria crítica do Direito e o positivismo jurídico
Prisma Jurídico, vol. 12, núm. 2, julho-diciembre, 2013, pp. 429-446
Universidade Nove de Julho
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93429992002>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

A teoria crítica do Direito e o positivismo jurídico

A critical theory of Law and legal positivism

Alexandra Alves

Advogada. Pós-graduada em Direito e Processo Tributários na Universidade de Fortaleza. Mestranda em Ciências Jurídico-Econômicas na Universidade do Porto.
alexandrvalves@gmail.com.

Resumo: O presente trabalho visa estudar o surgimento e a evolução da teoria crítica do Direito ao longo dos anos, assim como compará-la à metodologia do positivismo e analisar sua aplicação nos dias atuais. Faremos um breve estudo sobre os principais autores e escolas da teoria crítica e também do positivismo jurídico. Através de uma observação do atual mundo globalizado e das decisões e interpretações jurídicas, veremos se é viável a aplicação da teoria crítica nas decisões jurídicas. O estudo comparado entre a teoria crítica e o positivismo permitirá fazer uma ponderação sobre como decidir e interpretar as leis e o ordenamento jurídico na realidade atual e qual o impacto da teoria crítica do Direito na sociedade moderna. Procederemos com uma apuração do atual cenário jurídico diante de uma sociedade dinâmica e de uma comunidade global complexa e qual o impacto que a teoria jurídica do Direito causaria nos ordenamentos jurídicos eminentemente positivistas. Abordaremos sobre a aplicabilidade da teoria crítica jurídica, sua abrangência metodológica e como utilizar o melhor dela, assim como descartar aquilo que não condiz com o atual sistema jurídico. Os novos métodos de decisão e interpretação do Direito serão discutidos sob a óptica dessas teorias e verificaremos qual a melhor maneira metodológica de aplicá-las. Ao longo do trabalho visaremos a analisar de forma crítica ambas as teorias em questão e o que os filósofos e teóricos ponderam sobre elas.

Palavras-chave: Metodologia jurídica. Positivismo. Teoria Crítica.

Abstract: The current paper intends to study the appearance and evolution of critical legal studies and compare it to the methodology of positivism. We will present a brief survey of the major authors and schools of critical legal theory and also of legal positivism. Through an observation of the current globalized world and of the decisions and legal interpretations, we will analyze whether it is feasible the application of critical legal theory in legal decisions now a days. The comparative study between critical theory and positivism will allows us to discover how to decide and interpret the laws and the legal system in the current reality and the impact of critical legal theory in modern society. We will proceed with an assessment of the current legal scenario in a dynamic society and a complex global community and what impact that would cause in legal positivist systems. We will also discuss about the applicability of critical legal theory, its scope and methodology and how to use the best of it, and discard what does not fit with the current legal system. The new methods of decision and interpretation of the law will be discussed from the perspective of these theories and we will verify how to apply the best methodology. Throughout the work will critically analyze both theories and discuss what philosophers and theorists ponder them.

Key words: Juridical Methodology. Positivism. Critical Legal Studies.

1 O nascimento e a evolução da teoria crítica do direito

A noção da teoria crítica no Direito surgiu no fim dos anos 60, com sustentação nas ideologias de Karl Marx. O Direito começou a ser visto então como uma área capaz de gerar verdadeiras e profundas mudanças sociais, através de atitudes revolucionárias de seus aplicadores.

Nos anos 70, a teoria crítica iniciou sua difusão pela Europa, na França, Itália e depois Portugal, Alemanha e Inglaterra.

Na França, a teoria jurídica foi proposta como forma “oposta ao individualismo formalista e ao positivismo normativista, aproximando-se da ciência política e priorizando o materialismo histórico como referencial metodológico.” (Wolkmer, 2006:39). Na Itália, constatamos a corrente que propagava o “uso alternativo do Direito” como forma de solucionar problemas das classes menos favorecidas e oprimidas inclusive pela própria ordem jurídica. A idéia era de que o Poder Judiciário era dotado apenas de

uma aparente neutralidade, devendo ser na verdade um instrumento transformador de uma sociedade dependente e problemática.

É dizer, afasta-se o magistrado da vinculação estrita ao texto legal, sustentada pelo positivismo normativista, reconhecendo-se, na prática judicial, um elemento constitutivo do direito. É o distanciamento evolutivo do juiz aplicador da lei, para aproximação do juiz criador do direito. (Melgaré, 2003:137)

A escola alemã foi no rumo diferente. Apesar do residual cunho ideológico e dos caminhos puramente críticos, esta escola procurou aplicar a reflexão crítica do Direito e, conseqüentemente, “a compreensão de uma totalidade social através da crítica que conduz a sua transformação.” (Wolkmer, 2006:50). Assim, passou-se a examinar o Direito propondo reais soluções para suas mazelas, não se atendo apenas ao exame teórico de seus defeitos e contradições.

Em Portugal, a teoria crítica voltou-se para a concepção de uma real emancipação social necessária. “A teoria crítica foi desenvolvida para lutar contra o consenso como forma de questionar a dominação e criar impulso de lutar contra ela” (Santos, 1999:212), diz Boaventura de Sousa Santos, professor da Universidade de Coimbra e um dos maiores estudiosos da teoria crítica na atualidade. A teoria crítica portuguesa sugere uma transformação no aparato judicial e na ordem jurídica, de forma a favorecer as classes menos favorecidas através do amplo acesso desta aos meios de solução de conflitos.

Sob influência da teoria crítica na Europa, os países latino-americanos iniciaram os estudos sobre o assunto, principalmente na Argentina, Brasil e México.

Na Argentina, não é possível verificar uma escola ou uma organização sobre os estudos da teoria crítica, mas é plenamente constatada a evolução da análise crítica do Direito, principalmente na forma interdisciplinar,

agregando a sociologia e a política como forma de transformar o Direito em instrumento de propagação da igualdade.

No Brasil, foi possível verificar também a formação de grupos de estudos com implicações práticas da teoria crítica: Grupo de Magistrados Gaúchos, Movimento da magistratura fluminense pela Democracia, Instituto de Apoio Jurídico Popular, entre outros. Todos esses núcleos buscavam aplicar formas alternativas do Direito, davam assistência à comunidade e organizavam conferências nas quais discutiam a necessidade de integração social do Direito.

Já no México, encontramos grandes expoentes da teoria crítica na América Latina, como Jesus Antonio de La Torre e Oscar Correias, ambos com grande influência nos estudos da investigação jurídica progressiva. Correa “defende uma ciência jurídica material voltada para os conteúdos normativos enquanto consolidação dos fenômenos socioeconômicos.” (Wolkmer, 2006:68). Enquanto La Torre defende uma emancipação latino-americana, se livrando da atual ordem jurídica que só tende a favorecer os abastados e a oprimir o povo. Nessa escola, os participantes defendem a aplicação do Direito real (praticamente o direito natural) e não do Direito vigente, aquele proposto pelas classes dominantes ou pelo o ocupante do poder.

Apesar da teoria crítica do Direito poder ser vista em tantas facetas ao redor do mundo, nas suas mais diferentes escolas e grupos de estudo, verificamos a idéia em comum dessa teoria: desapegar-se do Direito posto, agregar o Direito nas transformações sociais e emancipar o povo através da sua própria consciência descoberta. O Direito deixa de ser analisado simplesmente como um direito natural ou um direito positivo para ser pesquisado como um direito da racionalidade. Potencializa-se o poder de gerar igualdade e melhorar o mundo em que vivemos através de uma ordem jurídica crítica e emancipada do poder de alguns apenas.

A evolução da teoria crítica é nítida: deixa de ser um reduto de pensadores e teóricos para fazer parte do cotidiano dos operadores do

Direito. Ainda que não observada explicitamente, todos nós juristas já defendemos ou tornamos reais as sugestões dessa teoria em nossas vidas profissionais. Afinal, “para uma teoria cega, a prática social é invisível.” (Santos, 2007:20)

2 O positivismo em face à teoria crítica do direito

Já não é recente o estudo do positivismo jurídico, que remonta a contraposição ao direito natural e a elaboração das primeiras legislações escritas.

Convém-nos, nesse momento, verificar a conveniência do positivismo jurídico em face da teoria crítica do Direito a essa altura dos estudos jurídicos mundiais.

A primeira grande diferença entre positivismo jurídico e a teoria crítica do Direito é justamente a conceitual-metodológica: enquanto o positivismo não permite o juízo de valor de uma norma, a teoria crítica incita o contrário. Afinal, como criticar sem fazer a valoração? A teoria crítica do Direito visa justamente acabar com a inércia proposta pelo positivismo, qual seja, a de aplicar a norma apenas, ainda que seja possível a interpretação (gramatical, teleológica, sistemática ou histórica) à luz da teoria do ordenamento jurídico¹.

No tocante à postura antipositivista, há a contrariedade a uma específica racionalidade pretensamente neutra, que procura estabelecer e validar o conhecimento, partindo de dados alcançados pela observação empírica. Ex contrario, torna-se neces-

1 “A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ele atribuídos: a unidade, a coerência e a completitude; são essas as três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem.” BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 198.

sário compreender criticamente que a representação dos factos e relações sociais por alguém feita vem a significar uma dentre outras possíveis, importando, de modo capital, a consideração do elemento subjetivo. (Melgaré, 2003:14)

O positivismo rechaça o juízo de valor, informando que apenas o juízo de fato é válido no âmbito do Direito, uma vez que o termo direito é objeto da ciência jurídica e, tal qual toda a ciência, deve ser avalorativo. (Bobbio, 1995:135)

A teoria crítica, presente também em algumas outras áreas acadêmicas além do Direito, visa a inserção do pensamento acadêmico e teórico no meio social, não apenas como forma de estudo e análises empíricas, mas como forma revolucionária de mudança de paradigmas. No âmbito do Direito, a decisão judicial passa a ser uma ferramenta de poder para a transformação social, por meio de uma verdadeira criação do Direito e não da mera interpretação deste. Como diz o jurista brasileiro e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau “a interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.” (Grau, 2009:130)

O positivismo, ao contrário, atrela-se a vontade do legislador e consequentemente do julgador, ainda que seja permitida a aplicação da equidade ou de outras formas de interpretação menos vinculativas. Todavia, não se retira do pensamento positivista a sua dependência com o texto legal e com a ordem jurídica formal. Sendo assim, “o juiz em sua actividade, encontra-se vinculado a um princípio que o coloca como terceiro imparcial”, (Melgaré, 2003:64) ou seja, desprovido de juízo de valor sobre a norma e sobre a situação global das partes, devendo ater-se ao caso concreto.

A norma jurídica pode ser considerada em si mesma, independentemente de qualquer referência a fatos de conduta

social, como um objeto puramente lógico, cujo estudo de resume a uma analítica de sua estrutura formal: mas também pode ser considerada quanto a matéria à qual se refere, como um conteúdo fático que consiste em condutas bilaterais. No primeiro caso, a norma vazia de conteúdo é um conjunto de conceitos abstratos, objeto da lógica jurídica: no segundo caso, em sua referência às condutas, a norma passa a constituir o direito positivo, objeto da jurisprudência ou ciência do direito. A positividade da norma consiste, pois, no fato de ela referir-se a condutas efetivamente existentes. (Coelho, 1991:354)

No positivismo, o dualismo entre o “ser” e o “dever ser” é resolvido com a afirmação de que são distintos entre si e que o Direito deve se apegar ao “ser”, já que o “dever-ser” não é objeto do conhecimento científico. Já na teoria crítica do Direito, a importância é justamente a do “dever-ser”, uma vez que se busca a combinação do sistema jurídico com a realidade de uma sociedade em movimento.

Enquanto o positivismo jurídico é anti-idealista, factual, a teoria crítica se apegar ao realismo e as ideologias socialistas – embora algumas escolas não sigam propriamente uma ideologia política específica. Para Boaventura de Sousa Santos, é possível até em falar em um não-consenso dentro da própria teoria crítica uma vez que “sendo múltiplas as faces da dominação, são múltiplas as resistências e os agentes que as protagonizam. Na ausência de um princípio único, não é possível reunir todas as resistências e agências sob a alçada de uma grande teoria comum.” (Santos, 1999:202)

A teoria crítica do direito, seja na sua corrente mais radical, seja na mais branda, busca a dissociação da realidade de um povo com seu ordenamento jurídico, pondo em prática os valores universais de igualdade e não-opressão.

Daí o surgimento, na atualidade do pensamento jurídico, de diferentes propostas críticas, as quais desenvolvem um discurso tendente a avaliar os efeitos sociais dessas concepções do sendo comum; propostas que, não satisfeitas com a simples leitura crítica das teorias voltadas para o direito positivo, leitura que as leva a questionar os supostos ideológicos dessas teorias, preconizam a recuperação da produção jurídica, mas a partir de novas bases, que superam tanto a concepção “juridicista” do Estado quanto a concepção “estatista” do direito, as quais se revelam incapazes de solucionar os complexos problemas da sociedade. (Coelho, 1991:123)

Mais uma vez, não é preciso muito esforço o quão diferente é a concepção positivista da aplicação do Direito.

O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se, além deste, existe também um direito ideal [...] (Bobbio, 1995:136)

O positivismo busca a máxima neutralidade na aplicação do Direito. Esta deve ser feita com base em princípios e textos legais normatizados em uma sociedade, através de sua Constituição e leis. Afinal, elas foram elaboradas pelo próprio povo, mediante representação das autoridades legislativas, pelo menos nos Estados Democráticos de Direito. Tais normas possuem em seu bojo o rastro da democracia e a legitimidade presumida, tendo em vista que foram frutos de uma convivência e aquiescência social. Entretanto, para Plínio Melgaré, “os órgãos parlamentares deixaram de ser a casa que abriga a vontade geral, tornando-se a sede representativa das forças político-sociais com maior poder de actuação e de representatividade”.(Melgaré, 2003:59). E é jus-

tamente aí que repousa o contra-argumento da teoria crítica: de que a representação do povo deixou de ser do povo propriamente dito e deixou de ser imparcial e universal. Agora, é “condicionado pelas forças político-economicamente dominantes”.(Melgaré, 2003:134). Assim, para a teoria crítica, torna-se incondizente com a verdadeira democracia e com a justiça social o atual sistema legislativo representativo. Em outras palavras, a lei, ainda que elaborada por um parlamento representativo, pode ser opressora. A teoria crítica, por vezes, se desafia ao não cumprimento da lei, uma vez que “quando a lei é injusta, é justo combatê-la – e pode ser justo, às vezes, violá-la.” (COMTE-SPONVILLE, 1999:73)

Para a teoria crítica do Direito, não há dissociação entre política e Direito. Ambos residem no mesmo plano metodológico. É através do discurso político, reacionário e transformador que se aplica o Direito. A decisão jurídica deve ter cunho estratégico. Isso é impensável para o positivismo que, como sabemos, defende a completa avaliação da norma e a total imparcialidade de uma decisão, assim como a limitação do Poder Judiciário. Eros Roberto Grau ressalta claramente que “todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas”. (Grau, 2009:55)

Plínio Melgaré faz uma importante consideração sobre o assunto:

Assim, a essência do direito decorre do político – e não da política – visto ser aquele uma circunstância primária da realidade humana, posto que, já na expressão de Aristóteles, o homem é um ser político, um *zoon politikon*.” (Melgaré, 2003:141)

Obviamente, o positivismo em tempos atuais, apesar de ainda muito presente na sua forma original, está sob avaliação e subjuço de muitos aplicadores do Direito. Não é nada raro presenciar decisões judiciais que vão além da letra da lei, utilizando o julgador do seu senso de justiça social e deixando em segundo plano a literalidade da lei. É correto que nem sempre podemos dizer que nesses casos o juiz estará

se utilizando de uma teoria crítica, aquela revolucionária e idealista, mas não é errado afirmar que sua atuação está voltada para “o objectivo, pela conveniência, pelo fim a ser atingido, pelos interesses sociais em questão.” (Melgaré, 2003:64)

3 A aplicabilidade da teoria crítica do direito

A atividade judicial moderna tem se orientado na aplicação direta da norma jurídica e, ainda que baseada na Constituição do Estado e nos princípios universais, mantém-se de certa forma desconectada com a realidade que extravasa o caso concreto. Para Boaventura de Sousa Santos, “vivemos numa sociedade dominada por aquilo que São Tomás de Aquino designa por *habitus principiorum*, o hábito de proclamar princípios para não ter que viver segundo eles”. (Santos, 1999:208)

Note-se que, conforme o Estudo Jurídico Crítico, a existência de princípios jurídicos, bem como dos programas sociopolíticos, implícitos ou não nas normas e no ordenamento jurídico, não elidem o problema da indeterminação do direito. É dizer, mesmo a existência desses princípios como uma dimensão apta a orientar o magistrado em sua decisão não tornaria possível alcançar resultados livres de uma carga contingencial. (Melgaré, 2003:146-147)

É claro que não se pode negar a importância ainda existente nos princípios do Direito e o quão poderosos podem ser no discurso jurídico, inclusive para os próprios fins propagados pela teoria crítica, eventualmente. A teoria crítica, ainda que pregue o esvaziamento dos conceitos principiológicos, não tem sido negligente quanto a eles. Acertadamente, Grau afirma: “de todo modo, ainda que os princípios o vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na práxis do direito

ela se dissolve, sempre.” (Grau, 2009:55) Logo, é possível constatar a aceitação dos princípios, desde que sejam emancipados do poder dominante, decorrente da real vontade do povo, desassociados de uma norma e advindos de um sentimento de mudança.

A teoria crítica, na sua forma mais radical, sugere uma total quebra de paradigma do aplicador do Direito com a ordem jurídica vigente. O julgador deve decidir de acordo com as reivindicações da sociedade, de forma a melhorar suas mazelas e proporcionar uma maior igualdade, em especial àqueles oprimidos pela lei. O aplicador deve compreender a crítica no Direito como “o instrumental operante que possibilita não só o esclarecer, despertar e emancipar um sujeito histórico submerso em determinada normatividade repressora, mas também discutir e redefinir o processo de constituição do discurso legal mitificado e dominante.” (Wolkmer, 2006:19)

Em tempos de desigualdade social massiva e de tantos problemas globais, o discurso jurídico poderia de fato ser um instrumento de enorme auxílio para o progresso da humanidade. As decisões judiciais, em cada caso concreto, são verdadeiras formas de transmutação no universo da parte litigante. Daí se imagina o quão potencialmente transformadoras poderiam ser para a sociedade em geral. É claro que o julgador não foi incumbido essencialmente do papel de legislador e de criador do Direito (como assim proclama o positivismo, radicalmente) e não detém competências nos sistemas jurídicos para ultrapassar o âmbito do Poder Judiciário. Isso, é claro, deve ser levado em consideração para que não haja desordem ou ruptura na ordem nas democracias dos países. Ainda que a teoria crítica radical pregue justamente a revolução, deve haver uma cautela em respeito à ordem jurídica, dos princípios e da separação de poderes, valores conquistados com muita luta durante os anos.

A decisão jurisdicional há de ter como critério valores e princípios de direito sustentáveis por uma racionalidade material, e não uma decisão sustentada por critérios político-ideológicos,

determinados por uma racionalidade finalístico-programática, ainda que politicamente desejáveis. Isto é, não há de se vincular a actividade dos operadores do direito a projectos identificados e chancelados por opções políticas. (Melgaré, 2003:142)

É fato que a teoria crítica do Direito sofre críticas e dificuldades de aceitação. Uma teoria a tal ponto revolucionária é comumente também considerada inviável, utópica e incondizente com valores tradicionais já sedimentados nos ordenamentos jurídicos. Entre os próprios estudiosos dessa teoria, há críticas e ataques a alguns pontos controvertidos. Dentre eles, julga-se inapropriada a inércia dos críticos do Direito atual que se limitam a apenas observar empiricamente e estudar fenômenos, sem sequer movimentar-se em prol da causa que defendem.

Uma das fraquezas da teoria crítica moderna foi não ter reconhecido que a razão que critica não pode ser a mesma que pensa, constrói e legitima aquilo que é criticável. Não há conhecimento em geral, tal como não há ignorância em geral. (Santos, 1999:205)

Acaba-se dividindo a própria teoria crítica do Direito em escolas com perspectivas e acepções totalmente distintas, gerando um não-consenso entre os próprios estudiosos e, para alguns, dificultando a aplicação e a difusão da teoria. Obviamente, isso não é de todo o mal, já que a divergência pode ajudar no crescimento de uma idéia através de discussões e diálogos. Entretanto, pode sim gerar certo descrédito caso inexistam pontos em comum relevantes e significantes a serem divulgados. E contra isso que a teoria crítica deve lutar de forma que, independentemente de discordâncias entre as escolas, seja possível ter um argumento forte em comum a todos os críticos, que leve a crer que a teoria possa ser levada adiante e não desfalecer no tempo como um produto da história.

O positivismo, ainda que criticado, mitigado e modificado ao longo dos anos, ainda tem sido predominante em vários ordenamentos jurídicos e dá-se o crédito aos seus estudiosos para tanto. Afinal, perpetuar uma idéia, uma teoria, não é um objetivo facilmente alcançado.

Há de se analisar se o positivismo jurídico, na sua concepção original e pura, ainda é capaz nos dias de hoje de elevar o papel do Direito na sociedade. Em outras palavras, “a teoria da interpretação mecanista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito” (Bobbio, 1995:133) é de fato adequado a um mundo globalizado, dinâmico e de diferentes realidades sociais? Realmente, sendo a sociedade “um aglomerado de grupos micro-sociais, justapostos ou sobrepostos, uns mais amplos que os outros e que tendem a hierarquizar-se em função dos fins que prosseguem e dos meios de coerção que dispõem” (Coelho, 1991:276) é necessário, de fato, que se faça uma análise crítica aos atuais métodos de aplicabilidade de justiça.

Não se discute aqui a importância do julgador e de suas decisões para a sociedade e sim o conteúdo dessas decisões. Se são transformadoras, idealistas, políticas. A teoria crítica almeja tudo isso inserido numa decisão jurídica: a construção de novos paradigmas e de uma nova realidade social proveniente de aplicadores críticos do Direito.

Essa tarefa permite revisar e romper com o discurso jurídico tradicional, investigar as bases epistemológicas para o conteúdo do novo paradigma no Direito e definir posturas e diretrizes não mais destinadas a manter a segurança, a eficiência e a dominação do poder normativo vigente, mas a executar a prática político-social de uma cultura jurídica inclinada a construir uma sociedade democrática, cujo pluralismo, como quer Claude Lefort, projete a constante reinvenção da democracia e priorize, na dialética do processo, a socialização institucional da justiça. (Wolkmer, 2006:22)

Longe do romantismo e do excessivo idealismo que por vezes circunda a teoria crítica, a possibilidade de o julgador inferir certa quantidade de política em suas decisões é louvável. Afinal, obter a igualdade e acabar com a opressão daquele que almeja a justiça é gratificante para o aplicador. Consiste em mudar, ainda que em pedaços, a realidade de uma sociedade sofrida com os mais diversos males. Para Grau, “a decisão judicial implica necessariamente elementos emotivos e volitivos, dado que o juiz decide sempre dentro e uma situação histórico determinada, participando da consciência social de seu tempo.” (Grau, 2009:118)

Embora para os positivistas a absoluta neutralidade na interpretação da norma e a imparcialidade sagrada do juiz sejam valores inerentes a um sistema jurídico funcional e equilibrado, não se pode simplesmente afastar o julgador do mundo que o cerca e retirar-lhe a possibilidade de, através de suas decisões, transformar o contexto fático da sociedade em que se vive. Todos nós de alguma maneira poderíamos contribuir para trazer qualidade à comunidade e não seria diferente ao aplicador do direito.

A importância dada às leis formais nem sempre foi tamanha e nem mesmo os filósofos e juristas a consideravam fundamental na sociedade. Apenas com o positivismo é que elas ganham uma posição de sinônimo de justiça.

Lei é lei, dizia eu, seja justa ou não: nenhuma democracia, nenhuma república seria possível se apenas obedecêssemos às leis que aprovamos. Sim. Mas nenhuma seria aceitável se fosse necessário, por obediência, renunciar à justiça ou tolerar o intolerável. (COMTE-SPONVILLE, 1999:74)

A interpretação e aplicação do Direito pode ser um forte instrumento de emancipação social, uma vez que através de decisões cogentes e tradicionalmente respeitadas por qualquer sociedade, pode-se constatar uma real mudança na sociedade. Não é de se negar a extrema ousadia em proferir

decisões políticas e interpretar o Direito de forma emancipada numa democracia organizada e num ordenamento jurídico positivista. É crucial que se analise quais paradigmas se rompem e quais valores se arriscam em nome de uma comunidade injustiçada.

Assim, a razão de uma juridicidade alternativa e contra-hegemônica está na transgressão ao convencional instituído e injusto, na possibilidade de ser revelar como instrumental de construção de uma sociedade mais comprometida com valores nascidos de práticas sociais emancipadoras. (Wolkmer, 2006:211)

Além disso, as Constituições, colocadas em um patamar superior a qualquer lei nos ordenamentos jurídicos, não deixam de ser um parâmetro fidedigno das sociedades, como elas estão e o que pretendem realizar no futuro. Simplesmente ignorá-las e criticá-las pode ser uma afronta à própria sociedade que a constituiu, inclusive as minorias.

Isso posto, há de gizado que, de facto, as constituições, conforme consideradas actualmente, manifestam a intencionalidade e projecção das linhas político-jurídicas dos Estados autonomamente considerados. (Melgaré, 2003:139)

Para exemplificar: as normas programáticas constitucionais, os direitos humanos previstos, os direitos fundamentais, tudo isso não deixa de ser, no fundo, política. A Constituição poderia ser vista então como aliada à teoria crítica, sendo uma forma de o Estado se manifestar em prol das minorias, dos oprimidos e das classes menos favorecidas.

Em suma, ao passo que o jurista não pode ignorar completamente o sistema em jurídico a que se submete, idealizado por uma democracia participativa e que não pode ser arbitrariamente subjugada, também não deve se ater ao positivismo puro e exagerado, sendo apenas um mero

reprodutor da lei em casos concretos, tampouco deve se abster dos problemas sociais globais, sendo uma parte inerte da sociedade em que ele mesmo vive.

4 Conclusão

A teoria crítica é de inegável importância para a metodologia e filosofia jurídicas atuais. Tem expandido em número de estudiosos ao redor da Europa e América, surgindo com novas escolas e em diferentes prismas. Amadureceu e convergiu-se em um importante meio de estudos para as soluções dos grandes problemas.

Ainda que envolta de muita polêmica, devido a sua enorme ousadia, não deixa de ser uma teoria a ser considerada na interpretação do Direito. Isso porque é capaz de embasar uma justiça não só *inter partes*, mas também *erga omnes*. É capaz de responder questionamentos do atual sistema jurídico, de libertar os juristas do acomodado positivismo e de emancipar a sociedade de um ordenamento jurídico muitas vezes desvirtuado da finalidade social e voltado para as classes dominantes.

Buscar a resposta para as questões ambientais, sociais e culturais através da crítica, sempre foi objetivo dos sociólogos, antropólogos e filósofos. Os juristas ingressaram nesse grupo de teóricos porque viram no Direito uma ferramenta potencialmente eficaz para contribuir na evolução de uma sociedade, em especial no aspecto social.

A teoria, no entanto, precisa sair dos livros para a prática. A transformação social feita pelo aplicador do Direito começa com a caneta e o que ela pode escrever nas decisões e interpretações. Críticas não postas em prática não passam de preceitos vagos. Embora não seja unanimidade na própria teoria crítica, a emancipação social começa nas atitudes concretas e não somente nas proposições.

O positivismo, embora traga segurança jurídica e certeza, se mostra cada vez mais impotente diante de relevantes questões sociais e políticas enfrentadas diariamente nos tribunais. O aplicador do Direito se vê constantemente entre a “a cruz e a espada”, diante de conflitos entre justiça social e aplicação da norma. A equidade e outros princípios universais se mostram insuficientes diante do universo de mazelas e do abismo social que muitos vivem.

Outrora, a coerência, o racionalismo, o formalismo, enfim, todas as características do positivismo jurídico já nos couberam perfeitamente. Hoje, é preciso reanalisar se a norma pura e simples é capaz de trazer a verdadeira justiça, a justiça idealizada pelos pensadores e filósofos ao longo dos anos, que percorreu em todas as sociedades e habita no consciente de cada ser humano. Fala-se da justiça como virtude, “a única que é absolutamente boa” (COMTE-SPONVILLE, 1999:70)

A decisão *contra legem*, ainda que venha a ser emancipadora e desafiadora do positivismo ainda não é bem vista. Isso porque, como já explicitado antes, o positivismo possui bastante força nos ordenamentos jurídicos vigentes. O intérprete do Direito ainda não possui a segurança do positivismo ao defender a teoria crítica e se vê rodeado de polêmica pelos mais conservadores.

Não se sabe ao certo se a teoria crítica vai subsistir ao tão arraigado positivismo. Decidir, interpretar, aplicar o Direito crítico ainda exige bastante cautela. O cuidado de não afrontar a tradicional tripartição de poderes ao aplicar decisões políticas no Poder Judiciário, de não gerar insegurança jurídica ao decidir favoravelmente em relação a uma classe social, de não causar revolta do poder hegemônico ao pregar a emancipação do Direito e da sociedade, todas essas são questões a serem levadas em consideração no estudo da aplicabilidade da teoria crítica do Direito. Mas muito menos deve ser descartada. Afinal, qualquer teoria que questione os absurdos que vivemos e que ponha em prática formas de melhorar o mundo, trazendo igualdade e paz social, é válida.

Referências

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. 416 p.

COMTE-SPONVILLE, André. Pequeno Tratado das grandes virtudes. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 392 p.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5ª Ed. São Paulo: Método, 2009. 286 p.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista, *Studia Iuridica*, Coimbra, n. 69, mar/2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Porque é tão difícil construir uma teoria crítica? *Revista crítica de ciências sociais*, Coimbra, n. 54., p. 197-215, jun/1999.

_____. Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social. Tradução de Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo Editorial. 126 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao pensamento jurídico crítico. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 264 p.

recebido em 15 out. 2012 / aprovado em 29 nov. 2013

Para referenciar este texto:

ALVES, A. A teoria crítica do Direito e o positivismo jurídico. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 429-446, jul./dez. 2013.