V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FILOSOFIA DO DIREITO

JOÃO MARTINS BERTASO

LEONEL SEVERO ROCHA

LUIS MELIANTE GARCÉ

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488
Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/ UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro, Pablo Augusto Guerra Aragone – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-260-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Filosofia do direito. I . Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

Estes textos reunem as apresentações dos textos em três GTs , 38. Cátedra Luís Alberto Warat, Hermenêutica jurídica e Filosofia do direito.

Os primeiros textos se referem ao pensamento de Luis Alberto Warat, que critica a dogmática jurídica, por somente recorrer a valores consagrados no passado, para tomar de decisões no presente. Deste modo, o Direito não permite facilmente o tratamento dos conflitos fora do Estado. A proposta de Warat surgiu como uma nova perspectiva para a abertura do sistema do Direito, desde meados dos anos 1970, investigando a partir da semiologia jurídica. Luis Alberto Warat, em sua trajetória intelectual, percorreu esse caminho da linguagem, chegando à conclusão de que a linguagem signo, desde autores como Roland Barthes, teria sentido graças ao denominado prazer do texto. Ou seja, o sentido estrutural dado por Saussure precisava abrir-se para o desejo. Aparece facilmente nessa etapa a contribuição de Lacan, mais tarde de Foucault para a interpretação da alma humana. Freud iniciou a psicanálise recolocando o desejo, e a sexualidade, em seu devido lugar. Mas, Lacan foi quem colocou a linguagem como condição de acesso ao inconsciente. Warat percebeu desde logo, o delírio como condição de sentido superior à linguística para a compreensão do não dito. Com o livro O anti-Édipo, Guattari, auxiliado por Deleuze, motivou Warat a colocar o corpo como complemento necessário, ou mesmo central para a construção de uma sociedade mais solidária . O texto da linguística adquire um novo olhar desde o simbólico: signo, significante, corpo.

A sociedade tem nesta observação como constituinte relações e enfrentamentos entre corpos desejantes de poder e afetos, fazendo com que hajam incompatibilidades comunicativas sem fim. No Direito, para Warat, o procedimento para o tratamento destas questões poderia seguir o caminho da mediação.

A Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito foram com perspicácia abordados nos demais texto. A Hermenêutica é hoje uma derivação crítica da filosofia analítica, baseada nos trabalhos de Wittgenstein (1979) que redefiniu, em meados do século passado, a ênfase no rigor e na pureza lingüística por abordagens que privilegiam os contextos e funções das imprecisões dos discursos. A hermenêutica, diferentemente, da pragmática, centrada nos procedimentos e práticas sociais, preocupa-se com a interpretação dos textos.

No terreno jurídico a grande contribuição é portanto do positivismo de Hart (1986) e seus polemizadores como Raz (2012) e Dworkin (1986) . O positivismo jurídico inglês foi delimitado por Austin e alçado até a filosofia política através do utilitarismo de Bentham (1973). Na teoria de Hart, leitor de Bentham, a dinâmica das normas somente pode ser explicitada através da análise das chamadas regras secundárias (adjudicação, mudança e reconhecimento), que permitem a justificação e existência do sistema jurídico. Hart preocupa-se com a questão das definições. Porém, inserindo-se na concepção pragmática da linguagem, com objetivos hermenêuticos, entende que o modo tradicional de definição por gênero e diferença específica é inapropriado para a compreensão de noções tão gerais e abstratas. Pois, tais definições necessitam de termos tão ambíguos quanto os que se deseja definir. Para Hart, Direito é uma expressão familiar que empregamos na prática jurídica sem a necessidade de nenhuma definição filosófica. Assim, a preocupação da “jurisprudência” não é a explicitação da designação pura do signo direito, como tenta fazer Bobbio, mas "explorar as relações essenciais que existem entre o direito e a moralidade, a força e a sociedade (...). Na realidade, ela consiste em explorar a natureza de uma importante instituição social” (HART, 1986).

A tese do Direito como instituição social significa que o Direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem. Por isso, é que Hart (1986), desde a linguística, pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para que se compreenda a normatividade do Direito. Esta atitude epistemológica tem, para Raz (2012), duas consequências: “em primeiro lugar, os termos e expressões mais gerais empregadas no discurso jurídico (...), não são especificamente jurídicos. São, geralmente, o meio corrente mediante o qual se manifesta a maior parte do discurso normativo”. Em segundo lugar, com a análise da linguagem:

a normatividade do direito é explicada conforme a maneira como afeta aqueles que se consideram a si mesmos como sujeitos de direito. Um dos temas principais tratados por Hart é o fato de que quando uma pessoa diz ‘tenho o dever de...’ ou ‘você tem o dever de...’, ela expressa o seu reconhecimento e respalda um ‘standard’ de conduta que é adotado como um guia de comportamento (RAZ, 2012).

Isto expressa um reconhecimento de quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigência (social) de que outros também o sejam. A normatividade é social. A necessidade do reconhecimento é que colocou a teoria de Hart no centro da hermenêutica.

Nessa lógica, não é surpreendente o fato que, para Hart, o Direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz para a solução dos conflitos, nos chamados hard cases.

Esta última postura é criticada por Ronald Dworkin (1986) que entende que o Direito sempre proporciona uma "boa resposta", já que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história. Neste sentido Dworkin coloca a célebre metáfora do romance escrito em continuidade, como "Narração". A "boa resposta" seria aquela que resolvesse melhor à dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade.

Neste sentido, apesar das diferenças, Hart e Dworkin percebem que o Direito tem necessariamente contatos com as ideias de moral e a justiça. Daí o lado moralista do Direito anglo-saxão, sempre ligado ao liberalismo, embora na versão crítica destes autores: Hart influenciado pelo utilitarismo de Bentham, e Dworkin pelo neocontratualismo de Rawls (1980).

A concepção de Estado da Hermenêutica é portanto mais atual que a da filosofia analítica, voltando-se para as instituições sociais e abrindo-se já para o Estado interventor. Entretanto, num certo sentido, esta matriz, já bastante prescritiva, ainda é normativa (normativismo de 2º grau). Embora, possa-se dizer que Dworkin possui uma teoria da interpretação, capaz de avançar além do positivismo e do utilitarismo. Outro problema que permanece é o excessivo individualismo da hermenêutica do common law.

Por tudo isto, os nossos GTs permitiram um proficuo debate sobre as três temáticas.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS

Prof. Dr. João Martins Bertaso - URI

Prof. Luis Meliante - UDELAR

EM BUSCA DE UMA TEORIA CRÍTICA PARA UM DIREITO EMANCIPATÓRIO

EN LA BUSCA DE UNA TEORÍA CRÍTICA DE UN DERECHO EMANCIPATORIO

Bruno Bertolotti [1]
Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez

Resumo

O propósito deste estudo é demonstrar a necessidade e viabilidade de uma leitura crítica do direito. O ordenamento jurídico vigente em um determinado Estado vai ao encontro com o modo de produção econômico ali praticado. O direito tem como papel fundamental a ideologia que sustenta o modo de produção local, que na grande parte do globo é o capitalista. O direito ideologizado está a serviço da classe dominante e somente através de uma leitura crítica e pautada na dialética poderá ser utilizado como instrumento emancipatório da classe explorada.

Palavras-chave: Modo econômico de produção, Emancipação social, Teoria crítica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

El propósito de este estudio es demostrar la necesidad y la viabilidad de una lectura crítica del derecho. El derecho actual en un estado particular se reúne con el modo económico de la producción de esa localidade. El derecho tiene como papel fundamental la ideología que sustenta la producción local, de modo que en gran parte del mundo es el capitalista. Este derecho está al servicio de la clase dominante y sólo a través de una lectura crítica y guiado a la dialéctica puede ser utilizado como una herramienta emancipadora de la clase explotada

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Modo económico de la producción, Emancipacón de la sociedade, Teoria crítica del derecho

[1] Advogado, mestrando em direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP, bolsista CAPES, Professor de Direito da Faculdade de Ciências Aplicadas de Extrema - FAEX.

1. Introdução.

As relações sociais são extremamente dinâmicas, o direito, embora não seja uma ciência estática não é mais capaz de regulamentar a contento as diversidades das relações. Este que na antiguidade era pluralista, especialmente após a revolução francesa se fixou como monista, sem levar em consideração as diferenças existentes no tempo e no espaço.

O Estado detém o monopólio da produção legislativa, mas não é capaz de acompanhar a dinâmica social, e na verdade não quer, já que não se pode olvidar que não é neutro. A sua ideologia largamente está ligada ao modo de produção econômico, dessa forma, num modo de produção econômico capitalista, o estado cultiva a ideologia capitalista, portanto, o direito e todo o ordenamento jurídico é orquestrado para manter esse modo de produção e reproduzi-lo.

Em A Crítica da Filosofia Jurídica de Hegel, Marx (2005) começa a desvendar essa realidade. Na ocasião a Europa migrava do antigo regime para a ordem burguesa, o mundo do direito natural teológico e do jusracionalismo iluminista estava sendo substituído pelo juspositivismo. O Estado se apresentava para Hegel como a razão em si e para si. Marx vai criticar o domínio do Estado pela burguesia, apontando como possibilidade da transformação social a classe trabalhadora.

Marx (2001) avança em sua elaboração, e em O 18 de Brumário de Luís Bonaparte, conclui que o Estado não é algo neutro a disposição da dominação das classes, ao invés disso é estruturalmente regido pelo modo de produção econômico de uma determinada época. No caso atual podemos concluir que o Estado é estruturado nos moldes capitalista, pouco importando se a classe que o domine politicamente seja ou não. Por isso pode-se dizer que o golpe de Estado aplicado por Luís Bonaparte tira o governo da burguesia em benefício da própria burguesia.[1]

Mais adiante alguns passaram a acreditar que a crítica de Marx ao Estado e ao direito estava ultrapassada, já que o direito estava trazendo benefícios sociais para a população, e através dele se formaria um estado de bem-estar social. Dentre estes defensores estava o austríaco Anton Menger. Em resposta as ideias de Menger Engels e Kautsky escrevem o

[1] Assim sendo, ao tachar de heresia *"socialista"* aquilo que antes enaltecera como "liberal", a burguesia confessa que o seu próprio interesse demanda que ela seja afastada do perigo de *governar a si própria;* que para estabelecer a tranquilidade no país, sobretudo o seu Parlamento de burgueses devua ser silenciado; que, para preservar o seu poder social intacto, o seu poder político devia ser desmantelado; que os burgueses privados só poderiam continuar a explorar as demais classes e desfrutar sem percalços a propriedade, a família, a religião e a ordem se a sua classe fosse condenada à mesma nulidade política que todas as demais classes; que, para salvar a sua bolsa a coroa deveria ser arrancada de sua cabeça e a espada destinada a protege-la deveria ser pendurada sobre a sua própria cabeça como a espada de Dâmocles.

Socialismo Jurídico, rebatendo a ideia de que o papel do direito era implementar um Estado Social, perseguindo as ideias de Marx, acreditavam e defendiam que as formas jurídicas e política estatal deveriam ser extintas.[2]

As obras acima citadas correspondem a crítica Marxista ao Direito e ao Estado, devendo a partir delas fixar um marco teórico que busque a transformação da sociedade. Com isso queremos mostrar a importância da teoria crítica do direito e de um direito que está além do que é posto. A constante crítica tem por finalidade a não permanência ao *status quo*, ou seja, um direito eminentemente capitalista e benéfico àqueles que são detentores dos meios de produção, tendo por finalidade última sempre manter o sistema. Para tanto é fundamental o método dialético.

A teoria crítica é extremamente relevante, pois faz com que o direito volte seus olhares para as questões angulares de uma determinada época, passa a ver o ser e suas necessidades como um todo e não como uma peça do sistema. Sua atuação tem objetivo existência de um direito emancipatório, contrapondo o direito burguês e opressor. Demonstrar a necessidade de uma leitura crítica do direito e a viabilidade deste outo direito é o que pretende este trabalho.

1. Modo de Produção e Ordenamento Jurídico:

Por algum motivo o direito passou a ser estudado e até mesmo aplicado anatomicamente, ou seja, não mais se percebe o direito como um todo formando um ordenamento jurídico, mas sim como partes isoladas. Dentro da teoria tradicional são as normas jurídicas que compõe o ordenamento jurídico, numa perspectiva diferente as normas jurídicas são aquelas que fazem parte de um ordenamento jurídico. “Em outros termos, não existem ordenamentos jurídicos porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas

2 Isso naturalmente não significa que os socialistas renunciam a propor determinadas reivindicações jurídicas. É impossível que um partido socialista ativo não as tenha, como qualquer partido político em geral. As reivindicações resultantes dos interesses comuns de uma classe só podem ser realizados quando essa classe conquista o poder político e suas reivindicações alcançam validade universal sob forma de leis, Toda classe em luta precisa pois formular suas reinvindicações em um programa, sob a forma de reinvindicações jurídicas. Mas as reinvindicações de cada classe mudam no decorrer das transformações sociais e políticas e são diferentes em casa país de acordo com as particularidades e o nível de desenvolvimento social. Daí decorre também o fato de as reinvindicações jurídicas de cada partido singular, apesar de concordarem quanto à finalidade, não serem completamente iguais em todas as épocas e entre todos os povos. Constituem elemento variável e são revistas de tempos em tempos, como se pode observar nos partidos socialistas de diversos países. Para essas revisões, são as reações reais que deve, ser levadas em conta; em contrapartida, não ocorreu a nenhum dos partidos socialistas existentes fazer uma nova filosofia do direito a partir do seu programa, e possivelmente não lhes ocorrerá no futuro O que o sr. Menger perpetuou nesse campo pode, ao menos, servir de lição. Esse é o único aspecto positivo de seu trabalho.

porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não jurídicos.”. (BOBBIO, 2014, p. 44)

Para Everaldo Tadeu Quillici Gonzales (2013, p. 20) o ordenamento jurídico pode ser definido da seguinte maneira:

> Um macro-sistema complexo de relações sociais, originado no interior de um modo de produção específico, que organiza a sociedade e estabelece ideológica e coativamente, direitos, obrigações e sanções a seus sujeitos tendo por fim primordial assegurar e reproduzir as relações econômicas, políticas e ideológicas existentes.

Conforme a conceituação do autor o ordenamento jurídico tem por finalidade precípua assegurar e reproduzir as relações econômicas, políticas e ideológicas existentes, em outras palavras, o ordenamento jurídico terá sempre como pano de fundo o modo de produção realizado em uma determinada realidade, daí olhar para trás e perceber o antigo direito romano tratando os escravos como coisas, por serem coisas seus “donos” tinham sobre eles poder de vida e morte, o que não poderia ser diferente, já que no modo de produção escravista o ordenamento jurídico também é escravista.

Dentro do Ordenamento Jurídico está a maneira pela qual os detentores dos meios de produção econômicos fazem cativo o processo de reprodução das relações sociais e de produção existentes.

> O ordenamento jurídico estabelecerá e legitimará o processo de apropriação e a manutenção da propriedade dos meios de produção e o trabalho produzido pelos não proprietários desses meios, definindo os limites da propriedade privada. “Neste sentido é correto falar-se em um ordenamento jurídico escravista, feudal ou capitalista.” (GONZALES, 2013, p. 26)

E onde entraria o direito? “O Direito é a ideologia que o contribui para a edificação do ordenamento jurídico, elemento essencial da superestrutura que deve assegurar e garantir a reprodução das relações de produção.” (GONZALES, 2013, p. 32)

O direito é o responsável por sistematizar uma equação em que coloca todos os indivíduos em situação de “igualdade”, tal igualdade por óbvio é meramente formal, o que por si só já deixa claro a existência de uma desigualdade, e possibilita a exploração da classe dominante (possuidores dos meios de produção econômico) sobre as classes dominadas (trabalhadores).

Dessa forma não seria errado dizer que para que se atinja uma verdadeira igualdade seria necessário a extinção das divisões de classe, já que a permanência levaria a uma

constante dominação de uma classe sobre a outra, como bem assevera Marx e Engels em a Ideologia Alemã, (1984, 72).

> As ideias (Gedanken) da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes; isto é, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. A classe que tem à sua disposição os meios de produção material dispõe, ao mesmo tempo, dos meios de produção espiritual, o que faz com que a ela sejam submetidas, ao mesmo tempo e em média, as ideias daqueles aos quais faltam os meios de produção espiritual. As ideias dominantes nada mais são do que a expressão ideal das relações materiais dominantes, as relações materiais dominantes concebidas como ideias; portanto, a expressão das relações que tornam uma classe a classe dominante; portanto, as ideias de sua dominação".

Neste contexto, o direito, como fruto da ideologia da classe dominante exerce papel fundamental dentro do ordenamento jurídico, pois é ele que reflete e regula as relações de produção, (antes disso, ele próprio é determinado pelo suporte econômico), ao lado dele aparecem os outros aparelhos ideológicos, os quais também tem por finalidade a reprodução social, dessa forma bem resumiu Althusser, (1980, 62-63) "todos os Aparelhos Ideológicos de Estado, sejam eles quais forem, concorrem para um mesmo resultado: a reprodução das relações de produção, isto é, das relações de exploração capitalistas".

Será que o direito está fadado a viver eternamente escravizado a servir as classes dominantes? Para que sobressaia uma resposta negativa, ainda que seja difícil é mister se despir das ideologias que buscam uma identificação com a lei.

> Este conteúdo, o conteúdo do "direito autentico", somente será encontrado, em sua essência, uma vez superados os condicionamentos ideológicos que os identificam simplesmente com a lei. A ideologia, então encarada como signo paradigmático da deturpação do real – uma deturpação que carrega parte da verdade – deve ser ultrapassada. (CLÈVE, 2011, 142-143)

A esfera econômica tem em si e para si uma dimensão jurídica e política, cujo resultado final é a manutenção das relações capitalistas, sendo que a propriedade absoluta, relações contratuais e o aparelho jurídico são os fatores que lhe dão sustentação e serve de base para uma relação de autoridade, dominação e subjugação entre as classes. (WOOD, 2013, p. 35)

3. A crítica do direito deve iniciar pelo ensino do direito.

O direito que a princípio deveria ter uma função de igualdade e libertação do ser humano passa aprisiona-lo, utilizado como instrumento de conservação social e de dominação. A história tem mostrado que a dogmática jurídica tradicional é incapaz de

resolver tais problemas. A grande maioria dos operadores do direito também estão alienados nesta questão, pautando-se quase sempre pela literalidade da lei, ainda que ela possa perpetuar uma injustiça. Isso é reflexo de um ensino jurídico tradicional e que não mostra sinais e interesse pela mudança.

Isso por si só é um grande paradoxo, será que ao aplicador do direito é lícito escolher pela lei em vez da justiça? Para Amilton Bueno de Carvalho (2013, 137) a resposta deve ser negativa, no entanto, se se acreditar que sim deve ocorrer de forma consciente:

> Tenho, pois, que a lei merece ser vista com desconfiança. Deve ser constantemente critica sob pena de sermos, juízes, promotores e advogados, agentes inconscientes da opressão. Inocentes úteis de um sistema desumano. Não quero dizer que não se possa optar por tal sistema, mas que se assim se fizer, o seja conscientemente.

O problema também está nas instituições de ensino de direito, conforme citado acima as faculdades não possuem uma visão crítica do direito, contribuindo para a formação de profissionais idolatras das leis. "As faculdades de direito, ao perderem o senso crítico, buscam fazer crer que a lei é inquestionável, que se deve conhecê-la mais e mais, porém não critica-la." (CARVALHO, 1987, p. 137)

Fato é que o estudante de direito, por muitas vezes é duplamente alienado, primeiro porque vive no meio da ideologia construída pelo capitalismo, e posteriormente porque essa ideologia é reforçada, agora de uma forma dogmática dentro da cultura jurídica. Dessa forma, não tendo consciência de que é oprimido é incapaz de exercer uma verdadeira reflexão e desempenhar uma ação emancipadora. Neste sentido é a censura de Paulo Freire (2005, p. 58-59).

> Somente quando os oprimidos descobrem, nitidamente, o opressor, e se engajam na luta organizada por sua libertação, começam a crer em si mesmos, superando, assim, sua "convivência" com o regime opressor. Se esta descoberta não pode ser feita em nível puramente intelectual, mas da ação, o que nos parece fundamental é que esta não se cinja ao mero ativismo, mas esteja associada a sério empenho de reflexão, para que seja práxis. O diálogo crítico e libertador, por isso mesmo que supõe a ação, tem de ser feito com os oprimidos, qualquer que seja o grau em que esteja a luta por sua libertação. Não um diálogo às escâncaras, que provoca a fúria e a repressão maior do opressor. O que pode e deve variar, em função das condições históricas, em função do nível de percepção da realidade que tenham os oprimidos, é o conteúdo do diálogo. Substituí-lo pelo antidiálogo, pela sloganização, pela verticalidade, pelos comunicados é pretender a libertação dos oprimidos com instrumentos da "domesticação". Pretender a libertação deles sem a sua reflexão no ato desta libertação é transformá-los em objeto que se devesse salvar de um incêndio. É fazê-los cair no engodo populista e transformá-los em massa de manobra. Os oprimidos, nos vários momentos de sua libertação, precisam reconhecer-

> se como homens, na sua vocação ontológica e histórica de ser mais. A reflexão e a ação se impõem, quando não se pretende, erroneamente, dicotomizar o conteúdo de forma histórica de ser do homem.

Althusser (1980, p. 22) ensina que a escola é um dos aparelhos ideológicos do estado, ou seja, nela, ao lado de outras instituições (igreja, família, jurídico, político) "ensinam" saberes práticos, mas em moldes que asseguram a sujeição à ideologia dominante ou o manejo da prática desta. Não é à toa que Lênin, quando a revolução toma o poder tenta revolucionar o aparelho ideológico escolar, e assim assegurar o futuro da ditadura do proletariado e a passagem ao socialismo. (ALTHUSSER, 1980, p. 49)

Dentro deste aparelho ideológico do Estado, pode-se também inserir as faculdades de direito, as quais na sua grande maioria optam por ensinar o direito posto como dogma, sem se preocupar que ele é exteriorização da vontade da sociedade civil burguesa, imposta sempre com o intuito da manutenção opressiva.

O ensino do direito necessita de uma reforma urgente em busca de um ensino e práticas emancipatórias, fica uma ligeira impressão, que além dos institutos e matérias contidas nas grades curriculares das faculdades de direito, estas e os seus estudiosos se contentam com os avanços nos direitos fundamentais, o que na visão de Roberto Aguiar (1980, p. 35) é um embuste, já que não são dados por compaixão, mas sim de forma interesseira.

> Mas, a grande sabedoria de um ordenamento jurídico é conceder no periférico e manter no essencial, pois se o poder ceder no essencial ele não será mais poder e as regras dele emanadas não serão mais direito, pois o recuo no fundamental significa a mudança do ordenamento jurídico oriunda da perda do poder político e de sua substituição por outro grupo, justamente o que forçou a queda de um pressuposto substancial do sistema legal.

A ideologia da sociedade civil burguesa não é inocente, constrói um discurso de liberdade e igualdade que na prática não se efetivam, com isso também tentam amordaçar os críticos com a resposta de que os direitos são para todos, mas não informam que são meramente formais conforme lição de Sergio Resende de Barros (2012, p.34).

> Declaram-se liberdades formais, direitos individuais e genéricos. Direitos que significavam liberdade para todos os indivíduos – para todo o gênero humano -, mas que na realidade prática, só poderiam ser exercidos por quem tivesse condição econômica e social de exercê-los, ou seja, pela própria burguesia.

Os festejados direitos humanos, embora verdadeiramente conquistados e extremamente valiosos não fogem a tal lógica, a ponto de Antonio Salamnca Serrano (2010, p. 96) afirmar que este sistema também necessita de reformulação.

> En el campo de la teoría del Derecho, ha sido la praxis jurídica revolucionaria de los pueblos, más que la reflexión iusfilosófica, desnortada y estéril del idealismo burgués, la que ha ido consiguiendo, muy parcialmente, que la reflexión del Derecho se vaya acercando a un sistema de positivación del sistema de necesidades materiales de vida de los pueblos, y su satisfacción. El sistema de Derechos Humanos es un ejemplo, perfectible, de dicho acercamiento, aunque la codificación del sistema de Derechos Humanos actual es capitalista socialdemócrata, y necesita una reformulación e reintegración socialista revolucionaria.

As conquistas e avanços nos direitos humanos e fundamentais devem ser comemoradas, mas não podemos cair na armadilha de crer que são dados por mera bondade, ou foram conquistados com gotas de sangue ou "dados" de uma forma periférica para a manutenção dos pontos fulcrais, visando acalmar a turba e manter o poder nas mãos dos que se beneficiam dele.

Ao perder essas situações de vista, o estudante e o profissional do direito, que de modo inconsciente também é oprimido e dominado, contribui diariamente para a manutenção do sistema e a exploração de uma classe sobre a outra, consequentemente para uma sociedade injusta.

4. Em busca de uma teoria crítica para um direito emancipatório.

A teoria crítica pode ser aplicada em toda a ciência humana, uma vez que tem por finalidade analisar as estruturas sociais e mancipar o ser humano de toda forma de opressão. Dessa forma, não seria correto falar em uma teoria crítica do direito, uma vez que o direito é mais uma ciência que se utiliza da teoria crítica. No entanto, pode-se dizer que existe uma teoria crítica no direito.

A emancipação da sociedade é norte a ser perseguido pela teoria crítica, este é seu requisito elementar. Sem a orientação da emancipação da sociedade não existe teoria crítica, embora sua intenção não é ser inovadora (COELHO, 2013, p. 54). Pois como o próprio nome sugere, trata-se de uma teoria, no fim, busca essa teoria explicar a prática e denunciar os seus equívocos.

A expressão Teoria Crítica do Direito surge com a Escola de Frankfurt, rompendo com as formas de racionalidade que une a ciência e a tecnologia em novas formas de

dominação. A crítica para eles significa a aceitação da contradição, a qual está presente em qualquer processo de conhecimento.

Dedicavam-se à pesquisa e à reflexão, preocupando-se com a análise crítica dos problemas do capitalismo moderno.

Um dos valores centrais da Escola de Frankfurt é o compromisso de penetrar no mundo das aparências para expor as relações sociais subjacentes que frequentemente iludem, ou seja, através de uma análise crítica, as relações sociais que tomaram o *status* de coisas ou objetos. Ao examinar noções como as de dinheiro, consumo e produção, torna-se claro que nenhuma delas representa uma coisa objetiva ou um fato, mas que, ao invés disso, todas são contextos historicamente contingentes, mediados pelas relações de dominação e subordinação.

A Escola de Frankfurt rompe com as formas de racionalidade que uniam a ciência e a tecnologia em novas formas de dominação, rejeita todas as formas de racionalidade que subordinavam a consciência e as ações humanas ao imperativo de leis universais. No entanto, sua crítica da cultura, da racionalidade instrumental, do autoritarismo, e da ideologia, feita em um contexto interdisciplinar, gerou categorias, relações e formas de investigação social que constituem um recurso vital para desenvolver uma teoria crítica. (GIROUX, 1986, p. 22-23)

Para o prosseguimento do estudo é necessário que se delimite a extensão do significado da expressão "crítica". Tal expressão foi empregada de forma diferente por diversos autores e em variados contextos. Kant vai tratar a crítica como forma de estrutura do pensamento, a expressão aparece em grande parte dos títulos de sua obra. Em Marx o seu conteúdo é outro, seu discurso busca revelar as leis do capital teorizada pela economia tradicional. (WOLKMER, 2002, p. 4).

Dessa forma, pode-se conceituar a crítica como um conhecimento que não é dogmático, por não ser dogmático também não é permanente, na expressão de Wolkmer (2002, p. 4), "existe num processo de fazer-se a si próprio".

Ainda que brevemente, traçados os conceitos de "teoria" e de "crítica", podemos agora buscar uma definição para teoria crítica.

Wolkmer (2002, p.5) assim a define:

> O instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de

> abstrações, de um a priori dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais.

A teoria crítica é, portanto, uma teoria que busca uma reflexão, no sentido de tirar os atores da história de uma situação de passividade, situações que são vividas no dia-a-dia, que colocam evidente a necessidade de mudança de paradigma, mas que, por muitas vezes, criam situações de alienação e não permitem serem identificadas com a real clareza.

Raymond Geuss (1988, p.124) elenca algumas situações para a aplicação da teoria crítica em um determinado estado:

> a) haja uma instituição social que frustre os agentes de algum grupo social especificado, impedindo-os de realizar seus interesses imediatamente observados; b) a única razão pela qual os membros da sociedade aceitam esta instituição e a frustração que ela acarreta é que eles consideram legítima tal instituição; c) os agentes na sociedade consideram legítima a instituição somente porque eles se agarram a um sistema particular de normas (ou a uma visão de mundo particular); d) o sistema de normas em questão (ou a visão de mundo) contém como um componente essencial pelos menos um elemento adquirido pelos membros da sociedade, somente por terem sido obrigados a formar suas convicções em condições de coerção; e) pessoas na sociedade pensam que apenas deveriam ser fontes de legitimação aquelas convicções que eles poderiam ter adquirido em condições de completa liberdade

Cada local possui as suas particularidades, no entanto, em quase todos eles as sociedades aceitam as instituições e as frustrações impostas por estas por acreditar que estão fincadas em um sistema normativo, ou seja, o ordenamento jurídico.

Sabedores de que o ordenamento jurídico não é algo neutro, mas do contrário tem por finalidade manter e reproduzir o modo de produção econômico vigente, que no fim frustra os interesses da maioria, e ainda, sendo o direito um dos seus principais instrumentos ideológicos, aliado ao tradicional ensino do direito dominado pelas classes dominantes, é necessária uma análise crítica do direito posto, em busca de ações emancipatórias para os indivíduos que fazem parte dessa engrenagem.

O discurso do capitalismo e da classe dominante que luta pela sua manutenção promete é no sentido de promover liberdade e igualdade, sendo que sobre esses dois "pilares" o ordenamento jurídico se "estrutura", no entanto, suas promessas se mostram enganosas, a medida em que o capitalismo bloqueia sua efetivação, sabotando a emancipação da sociedade.

Já a teoria é o oposto da prática, por isso, a teoria crítica vai confrontar o direito posto dizendo aquilo que ele não é. A atitude desta teoria, embora seja emancipatória busca

descontruir a atual ordem. Não se pode dizer que a teoria crítica serve a elaborar um novo direito, já que por se tratar de um modelo teórico está sempre em construção, além do que, àquilo que se denominará de um novo direito também será alvo da teoria crítica, esta não chegará a um estado de satisfação, por ser pautada pela dialética o movimento é uma de suas marcas.

Verdade que é necessário um instrumento que mexa com as estruturas do direito vigente, já que a permanência de muitos institutos nele contido é benéfico somente para uma minoria. A permanência destes institutos no tempo e no espaço trouxe a concepção de que parte deles são naturais, exemplo clássico é a propriedade privada, ideia que passou ser aceita depois de muita teorização filosófica. Dessa forma, aquilo que a princípio era antinatural passa a ser natural. Essa estrutura tende a permanência. (AGUIAR, 1980. p 136).

A sociedade por si só não tem condições de perceber a real situação e marchar rumo a sua autonomia, já que antes de se ocuparem com isso é necessário viver, mas para viver existem alguns requisitos indispensáveis como comer, beber, ter habitação, vestir-se e algumas coisas mais.(MARX e ENGELS 1984, p. 39).

Na grande parte dos países da América Latina a democracia representativa permite pouco espaço e debate por parte da população, na verdade, em países como esses costuma-se dizer que o apogeu a democracia ocorre como a ida da população às urnas a fim de eleger seus representantes, exceção é o grupo minoritário que tende a se manifestar de alguma forma quando vê seu sistema ameaçado. No fim, os eleitos, "representantes" da população e criadores do direito laboram para manter o sistema, fazem mudanças meramente periféricas, ou quando mais profundas escondem em si interesses escusos.

> Às vezes, a mudança periférica pode até ser um pouco mais profunda pelo fato de aparecerem como concessões perante fatos excepcionais. Essa atitude é tomada quando o poder está perante o dilema de ficar ferido ou ser derrubado. Os leitores de jornais podem perceber isso, quase diariamente, quando acompanham a vida político-econômica dos países da América Latina. Nicarágua, Bolívia, El Salvador, Guatemala e outros são exemplos de Estados que, quando são violentamente pressionados pelas organizações populares, resolvem marcar eleições, estatizar bancos, anistiar prisioneiros etc. Tais mudanças normativas aparecem na agonia de um poder ou em fase de profunda crise de sobrevivência, pois esse recuso nada mais é do que uma hipotética tábua de salvação para um poder moribundo. (AGUIAR, 1980, p. 41)

Ellen Wood (2014, p.22) deixa essa situação evidente e demonstra que o direito de voto do cidadão não faz muita ou nenhuma diferença, já que no fundo não é capaz de abalar as estruturas do sistema. "Nas sociedades capitalistas, é possível até existir sufrágio universal

sem colocar fundamentalmente em risco o poder econômico capitalista, que não exige um monopólio dos direitos políticos.

Por isso que a teoria crítica no direito deve atuar de uma forma dicotômica, primeiramente em um nível teórico e posteriormente no nível prático. No nível teórico busca-se a denúncia dos mitos e falácias que dão sustentação à ciência tradicional, que é reproduzido por grande parte dos juristas e estudantes de direito, no nível da prática, tem a finalidade de modificar o direito na sua aplicação diária, construindo assim uma sociedade mais justa e democrática. Em síntese, a teoria crítica do direito tem por fim dizer e mostrar que o direito pode e deve atuar como um instrumento emancipatório.

Para que a teoria crítica tenha validade, é necessário

> a) Demonstrar que a transição do estado inicial para o estado final é objetivamente possível; b) mostrar que essa transição é necessário, pois o Estado inicial é um estado de dependência, ilusão e frustração; c) evidenciar que a transição somente é possível se os destinatários adotarem a teoria crítica e agir de acordo com ela, e d) Demonstrar que uma dada sociedade faz dele uma instância do "estado inicial" que a teoria crítica descreve. (WOLKMER, 2002, p. 25).

O mercado promete realizar a liberdade e a igualdade, já a teoria crítica não inventa uma sociedade ideal (ilusão socialmente necessária), mas sim que seja realizado aquilo que o capitalismo promete, e não cumpre, ou promete e ao mesmo tempo impede a sua realização, daí dizer que a transição do estado inicial para o final é objetivamente possível, e não algo meramente teórico, mas para tanto é necessário um agir crítico e reflexivo.

É cristalino que a teoria jurídica crítica busca um novo paradigma ético e jurídico e soluções que emergem no cenário sócio-comunitário. Procede dessa forma por não crer no modelo superado pela mera legalidade estatal convencional, modelo que diariamente tem se mostrado insuficiente para responder as necessidades populares. Diante desse dilema, Warat (1983, p. 39-40) vai traçar as principais propostas de uma teoria crítica no direito.

> Mostrar os mecanismos discursivos a partir dos quais a cultura jurídica converte-se em um conjunto fetchizado de discurso; b) denunciar como as funções políticas e ideológicas das concepções normativistas do Direito e do Estado encontram-se apoiadas na falaciosa separação do Direito e da Política e na utópica ideia da primazia da lei como garantia dos indivíduos; c) Rever as bases epistemológica que comandam a produção tradicional da ciência do Direito, demonstrando como as crenças teóricas dos juristas em torno da problemática da verdade e da objetividade cumprem uma função de legitimação epistêmica, através da qual pretende-se desvirtuar os conflitos sociais, apresentando-os como relações individuais harmonizáveis pelo direito; d) Superar os bizantinos debates que nos mostram o direito a partir de uma perspectiva abstrata, forçando-nos a vê-

> lo como um saber eminentemente teórico, destinado a conciliação de interesses gerais.

Warat expõe toda a importância da teoria crítica jurídica, passando pelo direito que é meramente um discurso, diga-se de passagem, um discurso falacioso, quer seja pela sua formação onde já nasce maculado, pois sua gênese tanto do ponto de vista formal como material é algo amplamente questionável, além disso coloca em evidência as mazelas do positivismo jurídico e de uma justiça eminentemente legalista.

Segundo Dussel (2010, p. 232) é a consciência de necessidades não satisfeitas pelo direito vigente que produz a crise deste sistema. A seguir surge uma luta social que pode demandar considerável tempo até que o surgimento de um novo direito. Dessa forma, o papel da teoria crítica, mais do que efetuar qualquer mudança, já que de fato não se propõe a isso, é despertar essa consciência.

5. Conclusão.

No presente estudo foi constatada e demonstrada a ineficiência do direito posto, já que este não vai ao encontro dos fundamentos sob os quais é nascido. Liberdade e igualdade são valores amplamente propagados no sistema vigente, no entanto, não passa de uma retórica falaciosa.

Em razão do já exposto, deve-se indagar, em virtude da crise de fundamento por que passa a sociedade contemporânea, quais valores legitimam a sua existência? Pois os paradigmas (modelo científico de verdade, aceito e predominante em determinado momento histórico) que produziram um "ethos", marcado pelo idealismo individual, pelo racionalismo liberal e pelo formalismo positivista, tem sua racionalidade questionada.

A teoria crítica expressa a idéia da razão vinculada ao processo histórico-social e à superação de uma realidade em constante transformação. Seus pressupostos são críticos, na medida em que articula dialeticamente a teoria com a práxis, o pensamento crítico revolucionário com a estratégia

Tanto a liberdade como igualdade, ambas prometidas pelo direito e reafirmadas pelo mercado são marcos meramente formais, não esboçam qualquer atitude de cunho prático, aliás, militam na prática no sentido de contribuir para exploração da classe dominante sobre a maioria.

Isso ocorre pelo fato do Estado não ser um organismo neutro como muitos acreditam, este carrega uma ideologia, essa ideologia está presente em todo o aparato teórico e

repressivo do Estado. A formação deste grande aparato é fruto de uma forte fundamentação filosófica que busca perpetuar a ideologia burguesa.

Isso nos mostra e nos faz entender, que por mais que mude a liderança política de um determinado Estado, a situação fática dificilmente mudará. As ditaduras militares que tomaram o poder e nele permaneceu por longo período e até mesmo os governos que se dizem ligados a uma política de esquerda, fazem pouquíssimas reformas estruturais.

A explicação é de fácil compreensão: muda-se o governo e/ou os governantes, mas a ideologia permanece a mesma. Lucra com a situação àqueles que buscam manter o *status quo*, ao manter uma classe totalmente alienada as manobras são extremamente fáceis.

Não se pode esquecer que o monismo jurídico contribui fortemente para um direito opressor, já que a facilidade de controlar este próprio direito e as relações da sociedade é muito mais fácil. Neste sentido também atua a teoria crítica, busca descontruir a ideia de um direito único, ou seja, ir contra o pensamento de que o único direito vigente é o legislado.

O caminho a ser percorrido é espinhoso, a teoria crítica não promete o contrário, mas sim expor que a ascensão e a exploração de uma classe sobre a outra não é por acaso, e sim fruto de uma ação orquestrada, em que, usando a terminologia althusseriana, estes se utilizam dos aparelhos ideológicos e repressivos do Estado para manutenção do bem-estar da minoria.

A teoria crítica é e deve ser insatisfeita, isso faz parte da sua essência, já que visa trazer o ser humano a consciência, demonstrar que no decorrer da história a alienação trouxe grandes prejuízos a sociedade, e mais do que isso, apontar um caminho para o futuro. Esse é o seu maior desafio.

6. Referências.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo: Eitora Alfa-Omega: 1980. p. 35

BARROS, Sergio Rezende. **Filosofia, Sociedade e Direitos Humanos**. Org. Térccio Sampaio Ferraz Junior. São Pauo. Manole: 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **A lei. O Juiz. O Justo**. In: Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 1, n.39, p. 132-152, 1987.

_____. *apud* WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: Novo Marco Emancipatório na Historicidade Latino-Americana. *in* **Cadernos de Direito**, Piracicaba. v. 2, n. 4, p. 11-23, jul. 2003.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 3ª. Ed. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 142-143.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

DUSSEL, Enrique. **Derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos**. In: Revista crítica jurídica. México: UNAM. ene/jun 2010– n°. 29, pp. 229-235.

ENGELS, Friederich, KAUTSKY, Karl, **O socialismo jurídico**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2012.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 42. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

GEUSS, Raymond. **Teoria Crítica:** Habermas e a Escola de Frankfurt. Tradução de Bento Itamar Borges. Campinas: Papirus, 1988.

GIROUX, Henry. **Teoria Crítica e Resistência em Educação.** Obra traduzida por Ângela Maria B. Biaggio. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1986.

GONZALES, Everaldo Tadeu Quilici, **Estudos de Filosofia e Teoria Geral do Direito**. 2ª ed. Rio Calro: Obra Prima Editora Ltda. 2013.

LOUIS ALTHUSSER**. Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado**, 3ª ed., trad. Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editorial Presença, 1980.

MARX, Karl, **Crítica da Filosofia Jurídica de Hegel**. 1° ed. Trad. Leonardo de Deus Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. O 18 de Brumário de Luís Bonaparte. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã e Teses sobre Feuerbach**. Editora: Moraes Ano: 1ª edição de 1984.

RODRIGUES, Wanderlei Horárcio. **Ensino Jurídico e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SERRANO, Antonio Salamnca. **Teoría del derecho de los pueblos**. In: Revista crítica jurídica. México: UNAM. ene/jun 2010– n°. 29, pp. 83-127.

WARAT, Luiz A. **A Pureza do Poder.** Florianópolis: Ed. UFSC, 1983.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento Jurídico Crítico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega Ltda, 2001.

WOOD, Ellen Meiksins, **Democracia contra capitalismo**. Tradução por Paulo Cezar Castanheira, São Paulo: Boitempo, 2011.

_____, **O Império do Capital**. 1ª ed. Tradução por Paulo Cezar Castanheira, São Paulo: Boitempo, 2014.