

# DO POSITIVISMO JURÍDICO À TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

*Mayra de Souza Scremin<sup>1</sup>*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações acerca do Direito Tradicional Moderno. 3. A necessidade de uma nova dimensão para o Direito. 4. O Direito como instrumento de emancipação. 5. Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito é estudado por juristas, sociólogos, cientistas políticos, filósofos, historiadores, antropólogos, entre outros. O que se verifica é que não há consenso acerca da melhor definição para o direito, tampouco acerca de seu papel na sociedade. A única certeza é a de que o direito faz parte da sociedade e, portanto, merece ser objeto de análise.

Dessa análise pode-se extrair que o direito é um fato social, um mecanismo de dominação, um fator da ação social, um instrumento contra-hegemônico, um aparelho ideológico do Estado ou um subsistema do sistema social, entre outras definições, dependendo

do contexto em que está inserido, do momento histórico que o envolve e dos agentes que dele fazem parte.

Em se restringindo ao contexto moderno, vislumbram-se inúmeras avaliações do fenômeno jurídico, que, certamente, dependem, não apenas das circunstâncias externas presentes quando da realização da análise, mas também dos olhos do avaliador.

Urge destacar que se há uma série de explicações e compreensões diversas do fenômeno jurídico inseridas na modernidade, não se pode olvidar que esse feixe de possibilidades permanecerá em outro paradigma.

A pós-modernidade que vem sendo anunciada, ainda que haja uma interminável divergência acerca de seu advento ou não, traz consigo tantas outras formas de se pensar o direito. Se for considerado que a sociedade atual é intervalar, haja vista essa

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito das Relações Sociais na UFPR, professora de Sociologia Jurídica nas Faculdades Integradas Curitiba, *campus* Guarapuava.

crise paradigmática, o direito terá de ser novamente repensado.

Hodiernamente, diante da globalização e da era da informatização, em que tudo gira em torno do mercado econômico, o direito pode ser constatado como mais um mecanismo estático, instituído e instrumentalizado das classes dominantes. No entanto, não se pode acreditar que seja apenas isso o direito, sob pena de a sociedade tornar-se escrava cega e desorientada de seu próprio caminho. Foi-se o tempo da mera observação e descrição dos fenômenos sociais.

É preciso que o direito, como fator necessariamente existente na sociedade, seja estudado, buscado e construído também com vistas na libertação. A emancipação do homem depende de ferramentas e o direito tem de ser uma delas, ainda que seja utilizado muitas vezes de forma diversa.

Esta é a intenção deste trabalho: apresentar as características principais do positivismo jurídico, demonstrar algumas das críticas que sofreu de um modo geral no Brasil para, finalmente, focar uma forma específica de crítica, que é lastreada no pensamento de Poulantzas e Thompson, em que o direito é visto como um espaço de luta, ou seja, pode ser utilizado como mecanismo de dominação em alguns momentos e, de outra forma, pode também ser instrumento de libertação e emancipação.

## 2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO TRADICIONAL MODERNO

O período medieval foi o momento em que a fé sustentava as premissas da sociedade. Assim, os dogmas, as crenças e o misticismo embasavam todas as áreas do conhecimento. Com o advento da Ilustração no século XVIII,

o elemento basilar fé é substituído pela razão, sendo considerado válido somente aquilo que possa ser comprovado cientificamente.

Com a possibilidade de o próprio homem escolher o que deve ou não ser aceito como verdadeiro, mediante o empirismo, diz-se que aflora nesse momento a exaltação da subjetividade, isto é, o homem, porque dotado de racionalidade, é um ser praticamente “imbatível”. Na modernidade, pois, verifica-se o fortalecimento da subjetividade,<sup>2</sup> eis que se a razão governa o mundo, significa que o poder de comando está no homem que a detém, e não em explicações transcendentais como outrora.

O reflexo dessa transição paradigmática verifica-se nas ciências naturais, matemáticas e físicas, bem como nas ciências humanas. Se antes o direito era transcendental fundamentado em deus, na modernidade<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> “O sujeito passa a ser a referência da política, da sociedade, do conhecimento e também do direito. A organização do poder, a forma de encarar a sociedade, o modo de fundamentar as reflexões e a forma de regulamentar a vida social, tudo isso terá como referência mediata ou imediata (de acordo com as diversas fases históricas particulares) a figura do *sujeito*. Poderá privilegiar-se nesses âmbitos um sujeito tomado de maneira monádica e egoística (como nas concepções mais radicais do liberalismo) ou poderá enquadrar-se o sujeito como modo coletivista e social (como, no limite, o fizeram certas leituras do socialismo). Mas, no processo de formação da modernidade será progressivamente o sujeito a referência básica da análise e o substrato do sistema político, social, científico e jurídico. A modernidade é, por excelência, a época da subjetividade”. (FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho – do sujeito de direito à sujeição jurídica*. p. 68).

<sup>3</sup> “Direito moderno, aqui, conota o direito (positivo) produzido pelo chamado Estado moderno, datado da Revolução Francesa. Objeto a partir e em torno do qual os juristas desenvolvem uma atividade técnica – e não política –, esse modelo de direito é o modelo de direito do modo de produção capitalista” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 101).

ele adquire um novo formato transcendental, baseado na razão.<sup>4</sup>

O positivismo jurídico foi uma manifestação típica do direito moderno, tendo este se pautado nas premissas daquele, quais sejam<sup>5</sup>: a) o direito como fato, não como valor; b) o direito definido em função do elemento da coação; c) a teoria da legislação como fonte preeminente do direito; d) a teoria da norma jurídica; e) a teoria do ordenamento jurídico; f) a teoria da interpretação mecanicista e g) a teoria da obediência. Mister adentrar em cada uma dessas diretrizes.<sup>6</sup>

a) A abordagem avalorativa do direito origina-se da intenção de que o direito seja considerado uma ciência, tal qual as ciências naturais e físicas. Sendo a ciência composta apenas de juízos de fato, nunca de valor, a realidade deve ser contemplada de forma meramente informativa, sem qualquer influência do observador para com o objeto de observação. Inserido nessa avaloratividade está o formalismo jurídico, em que o direito é definido em função de sua estrutura formal,

---

<sup>4</sup> “A determinação do que é o direito deixa de pertencer à transcendência, muito bem representada no mundo terreno por seus epígonos, para estar à disposição da própria criação humana. O *mal en se* é gradualmente substituído pelo *mala prohibita*. O crime paulatinamente conquista sua distância do pecado e aproxima-se de visões científicas. Mundaniza-se o direito. (...) A busca da chamada *segurança jurídica* torna-se um imperativo e uma ideologia”. (ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito*. p. 51).

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 131.

<sup>6</sup> Bobbio esclarece que para ser considerado positivista não é preciso aceitar e seguir todas as diretrizes que ele aponta como inerentes ao positivismo. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 147).

sem levar em consideração o conteúdo que o direito estabelece.

b) No que tange à concepção coercitiva do direito, pauta-se no direito emanado e instituído pelo Estado. A coação é compatível com a noção kantiana do direito como fundamento da liberdade externa, eis que somente com a coação o indivíduo vê-se constrangido a não praticar um ato de abuso de sua liberdade que atinja a liberdade do outro. Jhering,<sup>7</sup> admitindo a coação como uma realização de uma finalidade por meio da subjugação da vontade alheia, entende o direito fundado no poder coercitivo do Estado a fim de garantir as condições vitais da sociedade.

A concepção coercitiva do direito não é coadunada por muitos juristas, mesmo por positivistas, uma vez que se vincula a uma concepção puramente estatal-legislativa do direito, ou seja, limita-se a vislumbrar o direito traduzido na lei emanada pelo Estado.

Jhering pertenceu à teoria clássica ou tradicional da coerção, em que a sanção era o meio para realizar a norma jurídica. Ocorre que posteriormente, na chamada teoria moderna da coerção, a sanção passa a ser entendida como elemento da norma, e o direito é definido como um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade. Fizeram parte da teoria moderna da coerção Kelsen e Ross.

c) A diretriz positivista acerca da lei como única fonte de qualificação do direito parte do pressuposto da existência de um ordenamento

---

<sup>7</sup> JHERING, Rudolf Von. *A finalidade no direito*. v. I, p. 441.

jurídico complexo e hierarquizado, isto é, em que há mais de uma fonte do direito, as quais se organizam conforme uma hierarquia. O Estado é a única fonte do direito e a lei é a única expressão do poder normativo do Estado.

d) Correlacionada à diretriz supra apresentada está a teoria imperativista da norma jurídica, que enuncia o direito como comando. Bobbio<sup>8</sup> afasta certas caracterizações do imperativo jurídico que normalmente são trazidas pelos juristas, entendendo como válida apenas a caracterização do direito como imperativo hipotético, em contraste com o imperativo categórico. Este prescreve uma ação que é boa em si mesma, diferentemente daquele, que comanda uma ação que é boa apenas condicionalmente, ou seja, para atingir um fim. As normas jurídicas pertencem ao imperativo hipotético, haja vista a existência da sanção que torna obrigatória a realização da ação prescrita, ou seja, a ação prescrita não deve ser cumprida simplesmente pelo seu conteúdo, mas pelo fato de o não cumprimento decorrer na imposição de uma sanção. Nota-se que há duas fases, no tocante ao imperativismo jurídico: na primeira, chamada de imperativismo ingênuo, o direito é considerado como um conjunto de comandos dirigidos pelo soberano aos cidadãos, sem analisar a estrutura do imperativo jurídico; a segunda, por sua vez, denominada imperativismo crítico, leva em consideração a norma jurídica como imperativo hipotético, o qual se dirige na verdade aos juízes e não aos cidadãos. A teoria dos juízes destinatários da norma jurídica foi recepcionada por Kelsen, que determinou ser a norma principal

a dirigida aos juízes e secundária a dirigida aos cidadãos (eles não seriam destinatários de verdadeiros comandos, sendo a eles somente mostrada uma alternativa de fato, qual seja ou respeitar a lei ou sofrer a sanção).

e) A teoria do ordenamento jurídico foi criada no fim do século XVIII e início do século XIX pelo positivismo, diversamente de outras diretrizes que já existiam anteriormente, tendo sido por ele apenas adaptadas. A intenção era dar unidade a um conjunto de normas jurídicas fragmentárias, afastando o arbítrio e as incertezas. Assim, o ordenamento jurídico tem como caracteres basilares a unidade, a coerência e a completude.

Quanto à unidade que está presente no positivismo, trata-se de uma unidade formal, referente ao modo pelo qual as normas são postas. Significa que há uma única autoridade que atribui direta ou indiretamente caráter jurídico a todo o conjunto de normas. Para solucionar a eventual dúvida relativa a quem legitimou essa autoridade a ter essa competência, foi formulada a teoria da norma fundamental que estaria na base de todo o ordenamento jurídico e que teria a atribuição não de deduzir as demais normas, mas de legitimar a autoridade suprema a produzir normas jurídicas.

No concernente à coerência e à completude do ordenamento jurídico, diz-se que não há normas contraditórias (antinômicas) entre si, tampouco situações lacunosas que o ordenamento não prevê, respectivamente.

A coerência funda-se na crença de que para uma norma fazer parte do ordenamento ela necessariamente deve ser compatível com todas as demais normas. Para tanto, é preciso aplicar certos critérios no caso de conflito aparente de normas, quais sejam o cronológico

---

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p. 190.

(em que a norma posterior derroga a anterior), o hierárquico (em que a norma hierarquicamente superior derroga a inferior) e o da especialidade (em que a norma especial prevalece diante de uma norma geral). Em havendo conflito entre os critérios, o hierárquico e o especial prevalecem perante o cronológico. Se o conflito for entre o critério especial e o hierárquico, pode o cronológico ser utilizado concomitante e subsidiariamente para solucioná-lo. Caso nenhum dos critérios possa ser aplicado, por serem as normas antinômicas contemporâneas, paritárias e gerais, prevalece a norma que estabelece uma permissão em detrimento da que preceitua uma proibição ou comando.

A completitude equivale afirmar a inexistência de lacunas na lei, eis que se há um fato não previsto por nenhuma norma é porque esse fato está fora dos limites do direito ou porque se não há uma norma para tal fato há uma norma secundária implícita nas normas presentes que regula todos as situações.

f) O papel da jurisprudência para o positivismo é reproduzir o direito, ou seja, explicitar o conteúdo das normas jurídicas já dadas, e não produzi-las. Aduzem os positivistas que a jurisprudência não deve criar normas, mas interpretá-las.

Os juristas, ao desenvolverem sua atividade, devem ter a ciência do direito como construtiva e dedutiva. A partir desses pressupostos advém a dogmática do direito, que é a elaboração de conceitos jurídicos fundamentais retirados do ordenamento e não sujeitos a revisão ou discussão, ou seja, o jurista deve buscar a norma que soluciona o caso concreto, interpretando-a mecanicamente. A essa forma de interpretar denominou-se formalismo científico. Assim, o positivismo realiza a interpretação das normas com especial

atenção às formas, ou seja, considerando a dedução lógica dos conceitos abstratos, sem se ater à realidade social ou aos conflitos de interesse que possam estar presentes.

g) Outro aspecto do positivismo é a obediência absoluta à lei como tal. Se na Idade Média a Igreja impunha os valores morais e a organização social, na Idade Moderna o Estado toma para si esse poder e disciplina a sociedade mediante os comandos legais. A lei tem de ser respeitada incondicionalmente, pois é a forma racional de o Estado e os homens que a ele estão submetidos atuarem. Bobbio esclarece que somente poderá ser posta em dúvida a obediência à lei quando houver outra norma que discipline a situação diferentemente; caso contrário, a não obediência à lei acarretará o cometimento de um ato ilícito e, portanto, punível.

Tendo sido demonstradas algumas das principais premissas do positivismo, importa agora vislumbrar as críticas, de um modo geral, que sofreu no Brasil.

### 3 A NECESSIDADE DE UMA NOVA DIMENSÃO PARA O DIREITO

O positivismo justificou-se no século XIX.<sup>9</sup> Não se justifica mais. Essa doutrina não corresponde à totalidade do universo

---

<sup>9</sup> “O termo “*direito positivo*” vulgarizou-se devido à influência do positivismo filosófico. Ora, a razão de ser do positivismo era a preocupação com a realidade, entendida de como tudo o que estivesse ao alcance da razão, mas evidenciado por meio da experiência ou da demonstração analítica. Nesse sentido, o positivismo desprezou a metafísica e, com relação à ética e à religião, apenas as considerava na medida em que pudessem constituir-se em objeto de pesquisa empírica, isto é, como fato social”. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 178).

jurídico. Eros Roberto Grau, nesse sentido, aduz que “o tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno –, se desmancha no ar. (...) Paralelamente à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência de direitos alternativos é incontestável”.<sup>10</sup>

Esse autor afirma que o direito se manifesta de várias formas, e o operador jurídico não descreve o direito, mas a sua forma de vê-lo. Destarte, ele assevera<sup>11</sup>:

Posso, exemplificativamente, descrevê-lo como sistema de normas que regula – para assegurá-la – a preservação das condições de existência do homem em sociedade. Mas, de outra parte, posso descrevê-lo, exemplificativamente também, desde uma perspectiva crítica, introduzindo, então, a velha questão, do expositor e do censor (crítico) do direito, daquele que explica o direito, tal como o entende, e daquele que indica o que crê deva ser o direito – a separação entre o que é e o que deve ser o direito (Bentham). Afirmaremos, então, que necessitamos mais de censores, críticos do direito, do que de meros expositores dele – no que também a afirmação de que os juristas em regra se limitam a interpretar o direito de diferentes maneiras, mas o que importa é transformá-lo.

É na busca dessa transformação do direito que se aponta sua valoratividade, sua não limitação à lei, sua interpretação muito além de puramente mecanicista, e a ausência de um ordenamento perfeito em cujas partes (juiz, autor e réu) triangulam certos de sua equidistância.

---

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 107.

<sup>11</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 18.

Grau verifica outros pontos do positivismo que são inconsistentes.<sup>12</sup> A crença na inexistência de lacunas no direito é, no entendimento do autor, contrária à realidade do sistema jurídico, em que tantas vezes se depara com a necessidade de utilização dos princípios – que não têm caráter de norma jurídica para os positivistas – para solucionar o caso concreto. Luiz Fernando Coelho, contrariamente ao entendimento da doutrina positivista de que as lacunas não estão no direito, mas na lei, assevera que o que existe mesmo são lacunas “político jurídicas”, que correspondem a direitos dos grupos dominados, os quais permanecem na expectativa de serem atendidos.

Essa negação dos princípios como normas leva a outro problema de ausência de resposta no caso de conflitos entre princípios. A terceira falha apontada por Grau é quanto à explicação dos “conceitos indeterminados”, das normas penais em branco e das proposições carentes de preenchimento com valorações, casos em que o juiz terá discricionariedade (podendo se tornar arbítrio) para a resolução do conflito.

Outra fragilidade do positivismo tratada por Grau seria não ter como tratar da legitimidade do direito e, assim, a legalidade é posta a ocupar esse lugar. Todavia, as leis podem ou não ser dotadas de legitimidade. A lei que não respeita as condutas do todo social é ilegítima. Essa subsunção da legitimidade na legalidade não tem sustentação, eis que a norma jurídica somente é legítima “quando existir correspondência

---

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 31.

entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normalizado”.<sup>13</sup>

Luiz Fernando Coelho também enfatiza a necessidade de negar a errônea proximidade entre a legalidade do direito estatal com a legitimidade segundo a concepção dogmática do direito.<sup>14</sup> Severamente produz sua crítica: “a alienação, ao produzir a inconsciência dos cidadãos quanto às suas reais condições de existência, é exigência necessária para a legitimidade da ordem jurídica numa sociedade dividida em classes sociais”.<sup>15</sup>

Esse autor leciona que o positivismo filosófico e jurídico é o lugar em que a concepção dogmática do direito se reproduz, a fim de assegurar controle de seus enunciados e as condições de legitimidade do monopólio da violência pelo Estado. No seu entendimento, a dogmática se fundamenta no monismo, na estatalidade e na racionalidade para manter sua premissa de que o direito é a lei, e seu estudo científico se faz a partir da lei, excluindo

a indagação histórica interdisciplinar, bem como a indagação metafísica. Assim, Coelho afirma: “monismo, estatalidade e racionalidade, eis o tripé ideológico em que se apóia a dogmática jurídica, e que converge para o princípio da legitimidade do direito”.<sup>16</sup>

O monismo entende como existente um só direito, qual seja o da comunidade estatal. Coelho atenta para o fato de que o monismo se explica ideologicamente, eis que “o Estado moderno é construção da classe dominante no mundo ocidental, organizado burocraticamente para servir seus próprios interesses de proprietários e, sendo assim, as normas de conduta, elaboradas e garantidas através dessa organização, deveriam impor-se a todos os grupos microsociais, absorvendo as normas de outra gênese e, valendo como o único direito, o direito em si”.<sup>17</sup> A prevalência do direito estatal configura-se nas opiniões de Jellinek, Kelsen, Del Vecchio e Reale, os quais admitem que o Estado é o pressuposto de toda a ordem jurídica. Assim, o grupo político detém o poder para criar e ditar normas jurídicas.

O direito aceito como uno aponta para a universalidade das regras do Estado moderno. Para a aceitação dessa universalidade é mister a separação entre o direito e a moral, pois, para os positivistas a moral é completamente irrelevante aos estudos jurídicos.<sup>18</sup> Além de universais, as normas também são

---

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 86.

<sup>14</sup> “Em conclusão, ao ter-se presente a realidade latino-americana, e a brasileira em especial, deve-se enfatizar que legalidade não se confunde com legitimidade, e nem esta com *Estado de direito*, o qual, por definição, nos países de tradição autoritária, tende ao liberalismo conservador. A práxis concentrar-se-á então na dinâmica da invenção democrática, na luta pela democracia como valor universal, no sentido gramsciano de uma guerra de posições, onde o jurídico será um lugar privilegiado para evitar os recuos e galgar os espaços hegemônicos que solidifiquem os níveis do consenso que a democracia exige, afastando os canais de coerção típicos das ditaduras”. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 393).

<sup>15</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 384.

---

<sup>16</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 252.

<sup>17</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 263.

<sup>18</sup> A teoria crítica irá ressaltar a filosofia dos valores e o culturalismo em contraposição a essa separação total do direito e da moral do positivismo.

dotadas de generalidade para o positivismo, significando que são a expressão da vontade geral, garantindo a igualdade e a liberdade.

Em contraposição ao monismo jurídico, a teoria crítica adota o pluralismo, segundo o qual todo grupo de alguma consistência está habilitado a elaborar normas, mesmo que eventualmente sejam mais que regulamentos, consistindo em verdadeiras normas jurídicas. Um dos precursores na admissão do pluralismo jurídico foi Eugen Ehrlich,<sup>19</sup> que reconhecia

---

<sup>19</sup> Ehrlich descende de uma categoria de juristas que se ocuparam da concepção sociológica do Direito, considerando-o como realidade social, de forma a estar indissociavelmente ligado à sociedade concreta em que se insere e da qual é dependente. Dessa forma, o estudo e a aplicação do Direito devem tomar por base os dados sociais como objetivos materiais a alcançar ou os valores sociais que devem ser respeitados. Entretanto, apesar de ser discípulo de Savigny, Ehrlich, ao contrário daquele, não pertence ao historicismo conservador, assumindo uma posição bem diferente, visto que sua obra foi marcada pela abordagem sociológica e, dessa maneira, o ponto de vista histórico não é apresentado de forma absoluta. Ehrlich pertenceu à Escola Livre do Direito, tendo sido sua grande contribuição o embasamento sociológico às idéias centrais da Escola, vislumbrando a existência de um Direito da sociedade, independente do Direito legislado. O Direito da sociedade era constituído por suas instituições básicas (matrimônio, família, posse, contrato, sucessão), que eram anteriores a toda e qualquer função legislativa. Assim, este Direito da sociedade deveria prevalecer sobre o Direito legislado nas decisões judiciais.

Segundo Ehrlich, a realidade jurídica divide-se em três categorias: a) o Direito da sociedade; b) as regras de decisão em caso de conflito; c) as proposições abstratas do Direito, que costumam ser chamadas de leis. Dentre estas, a principal categoria é a primeira, que nada tem a ver como o governo do Estado, visto que a sociedade humana é um conjunto enorme de associações, as quais criam suas próprias ordenações jurídicas, internas e autônomas.

Portanto, a Escola do Direito Livre aperfeiçoou a crítica da Escola Histórica, opondo-se ao exegetismo e criticando fortemente o formalismo jurídico.

a existência de uma heterogeneidade de fontes produtoras do direito.

Coelho critica o monismo legal, pois acredita que nem todo o direito está na lei, demonstrando que “as massas de trabalhadores, principalmente no terceiro mundo, à margem da lei de seus Estados, lutam no campo jurídico-político pela institucionalização de seus direitos de pessoa e de cidadão”.<sup>20</sup>

No que tange à estatalidade, importa notar que o monopólio do direito estatal está vinculado ao princípio da plenitude, isto é, o Estado de direito encontra seus limites dentro do próprio direito, mas não além dele. O direito estatal é pleno para o positivismo, e sem lacunas, como já fizemos referência anteriormente. Coelho então aduz que o positivismo não é capaz de considerar a divisão em classes sociais, a desigualdade real, porquanto isso iria contra o princípio da plenitude, o qual tem como finalidade “castrar as expectativas por um outro direito, por mais direito ou melhor direito”.<sup>21</sup>

Outro pilar da dogmática positivista é a racionalidade. A vontade da lei é o espaço da dominação impessoal e neutra, em que ocorre a noção de ordem, cuja manifestação se dá racionalmente mediante o sistema lógico-formal. Coelho explica que “nada mais natural argumentar que as normas de conduta dimanadas do Estado devem ser observadas por se tratar de imposição não

---

Entretanto, esta crítica não pretende desconsiderar por completo o elemento formal, mas possibilitar a inserção de outros elementos, também fundamentais à interpretação e compreensão do fenômeno jurídico.

<sup>20</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 293.

<sup>21</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 338.

apenas de caráter político, mas em virtude de uma exigência básica de racionalidade”.<sup>22</sup> Destarte, o direito uno e estatal é transformado em um fim, racional em si e uno para si mesmo. Coelho coloca que o princípio da racionalidade jurídica apresenta três corolários: como racionalidade normativa, como racionalidade ordenamental ou sistemática e como racionalidade decisional. A primeira trata da norma jurídica como racional em si; a segunda é referente ao conjunto de normas que se articulam internamente de forma racional, dando origem a um sistema; a racionalidade decisional, por sua vez, implica a imagem ideológica das decisões judiciais como racionais e, portanto, neutras perante as partes envolvidas na lide.

Coelho não aceita essa racionalidade positivista, pois verifica que há lacunas reais de toda a forma do controle social, mesmo das formas jurídicas, como, por exemplo, a ineficácia intencional das leis que, representando conquistas dos dominados, deixam de ser aplicadas se ferirem interesses das classes dominantes.

Coelho enfatiza que o papel da teoria crítica é afetar não apenas a teoria geral do direito, mas também as disciplinas voltadas ao social para que seja suprida a ausência do direito popular na lei do Estado. A teoria crítica é, na visão do autor (adepto da dialética da participação<sup>23</sup>), uma forma de alcançar a libertação.

---

<sup>22</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 298.

<sup>23</sup> “Daí que a dialética da participação é também uma dialética da transformação, a qual pressupõe um projeto político ao nível da consciência dos cidadãos, mas principalmente ao nível da teoria social, econômica, política e jurídica. Esse é o sentido metodológico que atribuo à teoria crítica do direito”. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p. 395).

#### 4 O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO

O direito e sua função na sociedade vêm sendo analisados há muito tempo, em várias perspectivas. A perspectiva que aqui interessa é a da dimensão emancipatória do direito, oriunda da elaboração da teoria jurídica crítica.

O conhecimento crítico,<sup>24</sup> para Antonio Carlos Wolkmer, está relacionado com uma ação que resulta na transformação da realidade.

Apesar das imprecisões<sup>25</sup> e aporias que possam ser constatadas nas teorias críticas, é

---

<sup>24</sup> A Escola de Frankfurt, mediante sua Teoria Crítica da sociedade, é o referencial filosófico-teórico que traz uma metodologia e uma fundamentação capazes de criticar a visão técnico-científica dos pressupostos iluministas. Os pensadores da Escola de Frankfurt elaboraram uma Teoria Crítica, em oposição à Teoria Tradicional existente: se a Teoria Tradicional era representada pelo pensamento cartesiano da não-contradição, da observação, do experimento, da manipulação do mundo exterior e da separação rigorosa entre sujeito e objeto (independência do acontecimento objetivo em face da teoria), a Teoria Crítica vem apresentar o pensamento negativo, da emancipação e do esclarecimento, da validade da teoria apenas se for cognitivamente aceitável quando sobreviver a uma avaliação mais complicada, da contradição que não separa sujeito e objeto (ou seja, a própria teoria será objeto de estudo; tratará em parte a respeito de si mesma, sendo auto-referentes), haja vista o entendimento dos frankfurtianos de que a separação do objeto da teoria equivale à falsificação da imagem, conduzindo ao conformismo e à submissão.

O comportamento “crítico” pressupõe uma inter-relação da sociedade com seu objeto, em que os indivíduos jamais aceitam como naturais os empecilhos que são colocados na sua atividade. O sujeito não procura se conformar com a situação objetiva que lhe é proposta, questionando, avaliando e trabalhando para que o objeto seja transformado. É essa ausência de premissas e o incessante suspeitar que caracteriza o caráter dialético do homem que é regido pelo pensamento crítico.

<sup>25</sup> Boaventura de Sousa Santos aponta alguns problemas das teorias críticas. O primeiro seria que ela é subparadigmática porque procura desenvolver as possibilidades emancipatórias que julga serem possíveis dentro do paradigma dominante. Além disso, esse autor

fundamental esclarecer que elas não invalidam seus ensinamentos.

Wolkmer conceitua a teoria jurídica crítica como a “formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica”.<sup>26</sup>

O movimento de crítica no direito iniciou-se no final dos anos 60 na Europa, atingindo a América Latina na década de 1980.<sup>27</sup> No Brasil, foram pioneiros nessa construção crítica do direito Roberto Lyra Filho,<sup>28</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>29</sup>

---

acredita que o pensamento crítico é centrífugo e subversivo, pois visa criar desfamiliarização em relação ao que está estabelecido e é convencionalmente aceite como normal virtual inevitável necessário. Por fim, Boaventura discorda do fato de as teorias críticas não se questionarem no ato de questionar, nem aplicar a si próprias o grau de exigência com que critica. (SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, p. 17).

<sup>26</sup> WOLKMER Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. p. 18.

<sup>27</sup> WOLKMER Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. p. 16.

<sup>28</sup> “Direito é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas”. Para esse jurista, o direito é libertação cujos limites estão na própria liberdade; o que fugir disso não é direito, é mera forma de deturpar o progresso jurídico. (LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. p. 86).

<sup>29</sup> “O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. p. 31).

Luiz Fernando Coelho<sup>30</sup> e Luis Alberto Warat.<sup>31</sup>

É importante notar que não há uma teoria jurídica crítica geral e única. A distinção inicial entre os pensadores críticos é que alguns acreditam na possibilidade de construção de uma teoria jurídica crítica sólida, e outros, contrariamente, sem crer nessa possibilidade, aceitam a teoria crítica como um discurso de deslocamento das perspectivas metodológicas. A convergência entre os críticos é que, sendo adeptos da primeira ou da segunda orientação, buscam confrontar o dogmatismo e o positivismo-lógico formal inerentes na tradição jurídica.

São marcantes as posições de Poulantzas e de E. Thompson, cujos entendimentos<sup>32</sup> têm

---

<sup>30</sup> “A dialética da participação vai exigir do jurista a conscientização de seu real papel em meio aos conflitos sociais, e levá-lo a elaborar seu projeto político, segundo a tese fundamental, de que o direito não é o passado a condicionar o presente, mas o presente construindo o futuro”. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. p. 63).

<sup>31</sup> “A necessidade de apelar a componentes políticos levou o pensamento contradogmático para um lado de ataque indiscriminado da dogmática jurídica, o positivismo, o formalismo, o juridicismo, o cientificismo, em fim, contra tudo que poderia ser visto, diria eu, como um ‘objetivismo’ contra as vozes oprimidas, tudo embasado na suposição do caráter intrinsecamente opressivo da lei do direito. Foi uma reivindicação política do direito. (...) Nesse contexto, nasceu o pensamento crítico (contradogmático) da América Latina. Algo muito diferente do que foi a origem da teoria crítica européia. Fizemos uma crítica jurídica que foi sendo construída e consolidada no enfrentamento com o terrorismo de Estado, foi um modo de resistência, que no Brasil, pelo menos, teve serventia”. (WARAT, Luis Alberto. *O outro lado da dogmática jurídica*. p. 91).

<sup>32</sup> Considerando que Thompson foi historiador e Poulantzas filósofo, não queremos trazê-los como críticos do direito propriamente ditos, mas sim como contribuintes para as construções críticas do direito.

a especificidade de nascer na reflexão marxista, mas que, ao contrário da maioria dos marxistas, pensam o direito de modo construtivo.

Tanto Poulantzas como E. Thompson dão uma dimensão mais ampla ao direito que, reconhecendo-o como instrumento de dominação em alguns momentos, não o restringiram a essa função, dotando-o de capacidade para ser também mecanismo de emancipação das classes dominadas. Assim, o direito não seria apenas utilizado pelas classes dominantes imporem seu poder, eis que poderia servir concomitantemente para as próprias classes dominadas impedirem o abuso do poder.

Nesse sentido, Poulantzas esclarece que a lei pode ter seu papel negativo de repressão e, ao mesmo tempo, uma função positiva de as classes dominadas determinarem a igualdade:<sup>33</sup>

Embora o papel da lei (pois no nível que me coloco aqui não faço distinção entre lei e direito) mostre ser essencial no exercício do poder como organizador da repressão, da violência física organizada, não significa contudo que, nessa ação, a lógica da lei seja puramente negativa, de rejeição, de barganha ou de obrigação de não-manifestação e mutismo. O poder jamais é exclusivamente negativo, pois é algo mais que a lei. (...) Também é a lei, desde o direito greco-romano, que emite injunções positivas, que proíbe ou deixa de fazer segundo a máxima de que é permitido o que não é proibido pela lei, mas que faz fazer, obriga a ações positivas em vista do poder, obriga também a discursos dirigidos ao poder. (...)

Muitas das ações do Estado que ultrapassam seu papel repressivo e ideológico, suas intervenções econômicas e sobretudo os

compromissos materiais impostos pelas classes dominadas às classes dominantes, uma das razões do consentimento, vêm inscrever-se no corpo da lei, fazendo parte de sua estrutura interna.

E. P. THOMPSON<sup>34</sup> acredita que a lei pode ser consequência dos interesses das classes dominantes, mas também pode ser a forma de a classe dominada se precaver e evitar sofrer abuso da classe opressora no exercício de poder. Ele esclarece que o domínio da lei pode servir como forma de regulação dos conflitos:

A retórica e as regras de uma sociedade são muito mais que meras imposturas. Simultaneamente podem modificar em profundidade o comportamento dos poderosos e mistificar os destituídos do poder. Podem disfarçar as verdadeiras realidades do poder, mas ao mesmo tempo podem refrear esse poder e conter seus excessos. E muitas vezes é a partir dessa mesma retórica que se desenvolve uma crítica radical da prática da sociedade.

Esse posicionamento do direito como espaço de luta pode servir de referencial teórico para os demais estudos críticos do direito.

Adequando-se a essa influência, há juristas que afirmam a necessidade do reconhecimento do direito como a materialização da relação de forças entre classes e, assim, uma maneira de transformar a história. Eros Roberto Grau afirma que “o direito é, sempre e também no modo de produção capitalista, um instrumento de mudança social, para ser dinamizado, nessa função, ao sabor de interesses bem definidos”.<sup>35</sup> Clèmerson Merlin Clève<sup>36</sup> nesse sentido leciona:

---

<sup>34</sup> THOMPSON, E. P. *Senhores e Caçadores*. p. 356.

<sup>35</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 57.

<sup>36</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. p. 208.

---

<sup>33</sup> POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. p. 81.

Se o direito contemporâneo é o direito do Estado, ou seja, o que o Estado sancionou ou autoriza como tal, os direitos, no plural, são arma política que serve de bandeira de luta para os partidos, os movimentos, os juristas participantes e as classes reivindicarem sua transformação.

Eis o momento de se propor um saber inserido na historicidade, resultado de uma relação de conhecimento do jurista com o mundo e, voltando-se para o futuro, apto a formular conceitos teóricos-práticos para mudá-lo. Um saber que, conhecendo o direito positivo, explique-o teoricamente, a sua lógica e o seu funcionamento, ao mesmo tempo em que, captando-o como resultante de relações de poder, promova e reclame a afirmação dos direitos necessários à defesa e à promoção da dignidade humana.

Clève anuncia a versão jurídica emancipatória, denunciando o dogmatismo e a episteme positivista, sob o fundamento de que o conhecimento não pode reduzir-se ao modelo preconizado pela razão instrumental<sup>37</sup> moderna. O que é fundamental destacar é que, tomando como ponto de partida as reflexões de Poulantzas do direito como espaço de luta, Clève aponta para uma teoria crítica que não se limita a criticar o direito instituído meramente na teoria, mas que busca construir uma teoria jurídica crítica que resgata a dimensão política do direito a fim de concretizar as demandas sociais, as garantias constitucionais e a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a teoria crítica se efetiva na prática político-social.

Foi nesse sentido a observação de Leonel S. Rocha<sup>38</sup> ao demonstrar a necessidade

---

<sup>37</sup> Consiste em uma razão que sujeita os indivíduos e a vida social ao conhecimento técnico e empírico apresentado pelas classes dominantes, ocasionando um processo de desumanização. É a utilização da razão como instrumento de dominação, que fora objeto de críticas dos frankfurtianos.

<sup>38</sup> ROCHA, Leonel S. *Crítica da teoria crítica do direito*. p. 134.

de levar em consideração a materialidade político-ideológica do direito, não se limitando a apenas criticar as teorias dogmáticas sobre o jurídico. Esse autor afirma que o direito sempre foi político e precisa ser posto em prática nesse sentido. Eros Roberto Grau critica o positivismo normativista que não atenta para a função política do direito<sup>39</sup>:

Os positivistas normativistas são, todos, olímpicamente, “cientistas”; e, enquanto tal, ignoram a realidade e o social; podem, até mesmo (!), ser dotados de sentimento de sociabilidade, mas, enquanto “cientistas”, estão envolvidos com coisa distinta do direito, as normas jurídicas; como tal, põem-se a serviço da justificação de qualquer ordem, desde que válida; não importa que essa ordem seja iníqua, oprima o homem e a dignidade do homem; eles são “cientistas”, técnicos, e se recusam a, enquanto “juristas”, fazer política – estão tranquilos, tantas vezes em que funcionam como justificadores da iniquidade, porque são “cientistas”. Seja por ignorância, seja por conveniência, sustentam a neutralidade da ciência ... Supõem que o cientista é destituído de consciência – os “cientistas” são dotados de licença para matar...

Abili Lázaro Castro de Lima<sup>40</sup> compartilha dessa posição, principalmente diante da globalização que tornou o econômico fator

---

<sup>39</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 107.

<sup>40</sup> “...a transnacionalização da esfera pública ocorrida com a globalização econômica implicou a desterritorialização da política, fazendo com que esta transcendesse às fronteiras do Estado-nação, peculiaridade que engendrou o declínio da participação política dos cidadãos e a perda do espaço político para a conquista e defesa dos direitos granjeados no seio do Estado moderno, produzindo, como consequência, mazelas no âmbito político e jurídico”. (LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito – análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. p. 349).

determinante, cujos efeitos nos âmbitos jurídico e social são perigosos.

Urge ressaltar a advertência de Rocha de que não há um direito dogmático e um direito crítico, mas sim interpretações sob o ponto de vista dogmático ou crítico.

Aceitando tal advertência, mister lutar pela interpretação emancipatória do direito que parte da crítica ao positivismo-normativista e ao dogmatismo para chegar na construção de um direito capaz de proporcionar condições de atendimento das demandas sociais e da efetivação das garantias constitucionais.

## 5 CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu vislumbrou as premissas do positivismo jurídico, demonstrou que essa doutrina apresenta falhas inaceitáveis na atualidade e sugeriu a teoria crítica do direito como resposta às demandas sociais presentes.

Foi verificado que o direito se modifica conforme a sociedade em que está inserido e que pode receber interpretações das mais diversas, do positivo formal à crítica.

O cientificismo-positivista oriundo da exaltação do sujeito racional do auge da Idade Moderna, que veio em contraposição do direito medieval baseado na fé e no transcendental, não atende mais às necessidades e às expectativas do homem do século XXI.

A obediência incontestável à lei, a crença na neutralidade do direito, a subsunção da legitimidade à legalidade, a interpretação mecanicista-formal e a importância do dogmatismo não são mais os pilares do direito que se almeja pelos cidadãos e pelos juristas mais arejados. O que se busca incessantemente são melhores condições de vida para toda a população, com saúde, moradia, alimentação,

educação, segurança, trabalho e lazer. O direito pode, e mesmo deve, caminhar junto com a política para que a sociedade ideal seja atingida diariamente por todos os setores da sociedade.

Não se pode restringir a aplicação do direito para a elaboração de leis em desajuste com os anseios sociais e acreditar que o direito está na lei e se há uma dissonância, a sociedade é que está errada. A lei tem de refletir aquilo que o todo social deseja para que seja legítima e, mesmo assim, o direito não estará limitado na lei.

A teoria crítica do direito que temos como alternativa ao positivismo não deve se restringir a teorizar, ou simplesmente criticar o direito posto, mas deve buscar um direito que na prática corresponda ao que socialmente se almeja. Somente com a construção de uma teoria crítica do direito capaz de alterar a realidade social mediante a interação com a esfera política é possível acreditar na efetivação da dignidade da pessoa humana e de outras garantias constitucionais previstas, mas não atingidas pela “ciência” do direito.

O direito não é adorno dos juristas para mostrar erudição, é arma do povo para se defender dos abusos que a classe dominante pode cometer e para atacar a sociedade ditatorial. Se há momentos em que o direito é instrumento de dominação das classes dominantes, é nesse mesmo direito que tem de as classes dominadas se escorar para buscar uma saída. Isso é fundamental no direito que se pretende construir: a crença e a real busca do direito emancipatório. Isso pode parecer utópico para muitos juristas que entendem que o direito não tem toda essa força, mas se nem houver a procura pela emancipação, jamais se chegará a sua concretização.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W., HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Tradução de: Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de., GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002.

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

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo*. in ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de trabalho – do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.

FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é o direito*. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.

MALISKA, Marcos Augusto. *Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich*. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

MARX, Karl. *Teoria e processo histórico da revolução social (prefácio à Contribuição à crítica da Economia Política*. in *Marx/Engels – História, Coleção Grandes Cientistas Sociais*. FERNANDES, Florestan (Org.), São Paulo: Ática, 1989.

POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

ROCHA, Leonel S. *Crítica da Teoria Crítica do Direito. Sequência*, Florianópolis: Ed. UFSC, 6:132, dez. 1982.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-Estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

TASCHNER, Gisela B. A pós-modernidade e a sociologia. *Revista USP*, São Paulo, n. 42, p. 6-19, jun./ago. 1999.

THOMPSON, Edward P. *Senhores e Caçadores*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

WARAT, Luís Alberto. *O outro lado da dogmática jurídica*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução de: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-ômega, 2001.