

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

YNES DA SILVA FÉLIX

OSCAR SARLO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais 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 Napolini 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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Oscar Sarlo, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-367-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Filosofia do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

A obra coletiva que ora apresentamos reúne 15 artigos selecionados e defendidos no Grupo de Trabalho intitulado “FILOSOFIA DO DIREITO I”, durante o XXV Congresso do CONPEDI, ocorrido entre 07 e 10 de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba-PR, com o tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, evento realizado em parceria com o Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

Os trabalhos que compõem esta obra revelam rigor técnico e profundidade, fornecendo ao leitor segura e original fonte de pesquisa. Iniciamos com um debate antigo sobre a moral e o direito, porém agora revisto a partir da proposta parlamentar de conceituar família no artigo “A imposição de uma moral por meio do direito: o que diria Hart sobre o Projeto de Lei nº 6.583/2013?” e seguimos com “A unidade do valor como teoria da interpretação”, “Aparelhos ideológicos de estado: a reforma de governo e a desburocratização”, “As sutilezas do poder: revisitando o conceito de estado de exceção à luz de Giorgio Agamben”, “Crítica multiculturalista ao liberalismo igualitário: contribuição a partir do pensamento de Charles Taylor”, “Direito e interdisciplinaridade: o direito das minorias linguísticas na perspectiva da filosofia da linguagem”, “Direitos humanos (pós-humanos)? Aproximações de fundamentação a partir da filosofia da tecnologia”, “Direitos humanos entre universalismo e multiculturalismo: alternativas fornecidas pela pesquisa racional fundada na tradição”, “Ética, moral e direito: um diálogo com Émile Durkheim”, “Lugar epistemológico da coação no Direito”, “O sentido da existência e o papel do direito no projeto de vida”, “Proatividade interpretativa do Judiciário e teoria crítica”, “Thomas Hobbes: um estudo a partir de Norberto Bobbio”, “Tolerância, razão pública e liberdade de expressão em “o liberalismo político” de John Rawls”, findando com “Um acerto de contas entre o Direito e a Filosofia”.

Conforme podemos constatar, todos os trabalhos apresentam grande relevância para a pesquisa jurídica e mostram preocupação em fazer uma leitura da realidade e do direito fundamentada nos mais notáveis filósofos, perpassando por textos e autores clássicos e chegando aos contemporâneos, com desenvoltura para refletir, questionar e propor alternativas.

Nesse sentido, enxergamos nas diversas análises e ideias debatidas no GT que a presente obra contribuirá definitivamente para a pesquisa científica no direito. Tenhamos todos uma excelente leitura!

Coordenadores:

Oscar Sarlo – Facultad de Derecho/Universidad de la República

Ynes da Silva Félix – Fadir/UFMS

**PROATIVIDADE INTERPRETATIVA DO JUDICIÁRIO E TEORIA CRÍTICA.
PROACTIVIDAD INTERPRETATIVO DEL PODER JUDICIAL Y LA TEORÍA
CRÍTICA.**

**Bruno Bertolotti ¹
Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez ²**

Resumo

Busca o presente trabalho demonstrar a possibilidade do Judiciário em realizar uma interpretação proativa, sobretudo no campo dos direitos fundamentais. A ordem jurídica vigente em um determinado estado invariavelmente segue uma ideologia, essa ideologia está ligada ao modo de produção econômico daquele local. Nessas situações o direito serve como um instrumento de opressão, ao invés de servir a vida que é sua finalidade precípua, passa a servir o interesse da classe dominante. A atuação proativa e crítica do judiciário são meios de transformar o direito em um instrumento emancipatório.

Palavras-chave: Judicialização da política, Ativismo judicial, Teoria crítica

Abstract/Resumen/Résumé

Buscar en este trabajo demuestran la capacidad del poder judicial para llevar a cabo una interpretación dinámica, especialmente en el campo de los derechos fundamentales. El sistema legal vigente en un determinado estado sigue una ideología, esta ideología está vinculada a la producción económica por lo que la ubicación. En estas situaciones el derecho sirve como un instrumento de opresión en lugar de servir a la vida, que es su objetivo principal, deberá servir a los intereses de la clase dominante. proactiva del rendimiento y el poder judicial son aspectos críticos para girar a la derecha en un instrumento emancipador.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialización de la política, Activismo judicial, La crítica toria

¹ Advogado, mestrando em direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, bolsista CAPES, professor de direito da Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Extrema/MG - FAEX.

² Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito da USP, Professor Titular do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba.

Introdução

O Estado Social de Direito, pelo menos em tese e em seu discurso, tem por fim último concretizar um bem-estar para o seu tutelado. Em tese porque as propostas previstas nos documentos fundacionais de um determinado Estado não têm vigor para se materializarem, quer seja por falta de vontade política, quer seja por falta de recursos para saciar as tantas necessidades existentes. Por outro lado, se se afirma que seu fim não passa de um discurso é pelo fato do Estado, por intermédio de seu ordenamento jurídico estruturar um sistema de privilégios para uma minoria detentora dos meios de produção econômica.

O Estado de direito traz por característica a submissão do administrador à lei, muito embora a lei liste uma série de direitos, não são raros os casos em que são negligenciados. A falta de vontade política por parte daqueles que foram eleitos para desempenharem seu papel, acarreta na falta de instrumento jurídico concretizadores de direitos e a não realização daqueles já previsto.

Tudo isso faz com que a população cada vez mais desconfie da eficiência do Legislativo e Executivo, o Judiciário passa, então, a ocupar um patamar elevado, já que vem protagonizando nas tomadas de decisões políticas no país. Se olharmos para a perspectiva dos avanços sociais, pelo menos a curto prazo, a atuação pode ser considerada benéfica, mas quando visto da perspectiva da teoria política e constitucional resta a dúvida quanto a legitimidade e limites da atuação contemporânea do Judiciário.

Este artigo visa lançar um pouco de luz sobre a questão da legitimidade do judiciário nas tomadas destas decisões, traçando as diferenças entre ativismo judicial e judicialização da política, já que de antemão, podemos afirmar que não se vislumbra um judiciário contrariando um dos seus princípios: a inércia. E sim um judiciário decidindo as questões que é convocado a fazer.

Daremos ainda um recorte do que se passou chamar de ativismo sob o prisma da teoria crítica, já que o Judiciário ao implementar direitos, corrigir rotas de políticas públicas está deixando uma mensagem clara: o direito posto não tem atingido os fins sociais perseguidos pela Constituição, sendo sua atuação crítica e alternativa indispensável para a formação de uma sociedade justa, livre e solidária.

A teoria crítica será utilizada com marco teórico para o desenvolvimento do trabalho, já que buscaremos desvelar os mitos a respeito da interpretação proativa do Poder Judiciário. Caberia aqui, ainda, uma palavra sobre a metodologia adotada no

presente trabalho, que é a metodologia dialética. A teoria crítica e o próprio proceder do Judiciário parece ser pautado pela dialética, já que são temas cercados pela conflituosidade, a qual tem como combustível a sociedade e o ordenamento jurídico.

1. Judicialização da Política x Ativismo Judicial

É possível verificar que mundo a fora a jurisdição ganhou novos contornos. No Brasil a Constituição de 1988, é um marco que dá uma nova roupagem à jurisdição, sobretudo a Constitucional. A partir deste momento as expressões ativismo judicial e judicialização da política passaram a ser frequentes nos meios jurídicos e políticos.

Embora alguns utilizem os termos como sinônimos existem grandes diferenças entre estes, fazendo com que a compreensão única de ambos nos leve a um engodo epistemológico.

Realizando uma análise preliminar e do ponto de vista terminológico é possível pensarmos na judicização da política como sendo o ato pelo qual as decisões políticas são transferidas ao judiciário, o que ocorre sempre por parte daqueles que ficaram desagrados com decisão inicial.

A verdade é que o Judiciário não pode se furtar de decidir determinada matéria sob qualquer pretexto, muito menos sob o qual a decisão deve ser tomada na esfera política.

A possibilidade deste fenômeno, pelo menos no cenário brasileiro começa a ser possível pós Constituição de 88, já que trouxe um extenso rol de direitos fundamentais. Hoje sua satisfação, não poucas vezes ocorre na justiça. Deve-se ainda levar em consideração os moldes que o controle de constitucionalidade foi organizado (controle difuso e concentrado).

O fenômeno que passou a se chamar de judicialização da política é uma questão social, oriunda justamente “por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acaba por possibilitar um maior número de demandas”. (TASSINARI, 2013, p.33)

Pode-se tomar como exemplo a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) o qual requereu a declaração do Estado de Coisa Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Dentre os requerimentos contidos na inicial o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar, determinado que no prazo de 90 (noventa) dias os juízes e tribunais passassem a realizar audiências de custódia, a liberação do fundo nacional penitenciário para ser utilizado na finalidade para qual foi criado, e por fim, fora concedida medida cautelar de ofício determinando que a União e os Estados, especificamente o Estado de São Paulo, encaminhassem ao Supremo Tribunal Federal a situação sobre a situação prisional. (STF, 2015).

Nas linhas acima descrita, com exceção da medida cautelar deferida de ofício, que já deve ser tratada como ativismo judicial existe a judicialização da política, isso porque as ações que o Supremo Tribunal Federal determinou que fossem realizadas diante do requerimento de um partido, são questões que deveriam ser tratadas na esfera política.

Exemplos não faltam para demonstra a existência deste fenômeno, o mais recente deles são as ações impetradas junto ao Supremo Tribunal Federal para questionar o impeachment de Dilma Roussef, os questionamentos iniciaram juntamente com a aceitação do pedido pelo então presidente da Câmara dos Deputados e perduram até hoje questionado o resultado final do julgamento.

Para Luiz Roberto Barroso (2009), existem três grandes causas para a judicialização da política, a primeira delas seria a redemocratização do país, a Constituição de 88 fez com que o judiciário Deixasse de ser um “departamento técnicoespecializado”, sendo agora um verdadeiro poder político, o qual teria por uma das suas principais funções fazer valer a constituição. A segunda causa que o autor especifica é a constitucionalização de algumas matérias que anteriormente eram tratadas pelo processo político majoritário, e por fim elenca a última causa referindo-se ao controle de constitucionalidade, que a seu ver trata-se de um dos mais abrangentes do mundo.

Dessa forma a judicialização da política em si mesmo não seria algo bom ou mau, mas sim um fenômeno existente face a ineficiência do Estado, e este seria o único responsável pela sua diminuição ou aumento. “A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo poder Judiciário, mas sim de uma plêiade de medias que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos” (Tassinari, 2013, p.32,33).

Já o ativismo judicial, faria com que o Judiciário adentrasse nas decisões políticas propriamente ditas, desempenhando um papel, que a princípio não seria o seu.

Na verdade, o ativismo judicial não seria a criação de normas, no sentido de legiferação, mas sim, “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do direito.” (BARROSO, 2009, p. 23).

Essa visão está mais voltada para os direitos fundamentais, os quais muitas vezes carecem de implementação pelo Estado e são considerados urgentes, pois do contrário não teria plausibilidade, já que o Estado é constituído de outros órgãos que tem por função precípua a produção de normas.

Não nos preocuparemos neste estudo de tratar da faceta problemática que existe do Ativismo Judicial, por exemplo a existência de uma juristocracia, pois partimos do pressuposto que o ativismo judicial, este que se dá no campo interpretativo, no sentido de dar maior extensão aos direitos previstos na Constituição, em especial aos direitos fundamentais, vai de encontro com um dos objetivos da república, que é justamente a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, isso deve ser uma preocupação também do Judiciário.

Mauro Capeletti, maior expoente da corrente substancialista, corrente que defende a postura de um Judiciário mais ativo, defende arduamente a concepção material de constituição, apoiando a criação judiciária do direito, no sentido do judiciário impor ao Poder Público a realização dos direitos fundamentais.

Afirma que a barreira argumentativa do princípio democrático não é de fato um empecilho a justicibilidade das políticas públicas, tratando-se apenas de um argumento retórico, conforme se expressa o autor:

dissipou-se em grande parte a utopia tipicamente ocidental, concernente à perfeita capacidade dos poderes ‘políticos’ de alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos da sua maioria. Os cientistas políticos amplamente demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada ‘diretamente responsável perante o povo’, nunca constitui diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa. (CAPELETTI, 1993, p. 34)

Ainda que nossa intenção não seja refletir a respeito dos problemas do ativismo judicial, que é deveras importante e que deixamos de fazer não por desonestidade intelectual, mas sim pelo recorte que pretendemos neste trabalho, restaria a questão da legitimidade do magistrado, o qual ao contrário dos integrantes dos demais poderes (Executivo e Legislativo), não foram eleitos pelo voto democrático.

a investidura popular não outorga ao Legislativo e ao Executivo uma legitimidade maior do que a do Judiciário. Instituições democráticas não se caracterizam necessariamente pelo provimento por eleição. Ao passo em que diversas ditaduras ao longo da história foram instauradas por sufrágio, muitos outros critérios vêm sendo propostos para qualificar um regime democrático: o respeito pelos direitos individuais, o respeito à lei, a promoção de oportunidades de expressão e participação popular. (GOUVEA, 2003, p.194)

Paulo Bonavides dá ênfase quanto à relevância do papel judiciário, na efetivação dos direitos fundamentais, pois nos dizeres do autor o referido órgão não deve somente interpretar, mas, principalmente, concretizar. Daí porque “o juiz constitucional, tendo por incumbência proteger os direitos fundamentais, faz da concretização tarefa essencial”. (BONAVIDES, 1998, p. 558)

No atual cenário brasileiro, a maior parcela da população não reúne as mínimas condições de fazer valer os seus direitos, o argumento que as mudanças sociais devem ser travadas nos debates democráticos, e, que isso culminaria na escolha das melhores propostas e dos com maior preparo para ocuparem os cargos de governo é uma grande falácia, privilegia somente àqueles que não almejam qualquer tipo de mudança, já que o sistema está lhe servindo, neste sentido é a lição de Marcelo Rebello Pinheiro.

Assim, de pouca valia democrática seria um debate travado entre o analfabeto faminto e o rico empresário intelectual. Portanto, é necessário que o cidadão deixe o reino da necessidade para poder ter efetiva liberdade e, a partir daí, ter condições de vindicar livremente suas preferências políticas. Com isso, não haverá discussão proveitosa – sob o ponto de vista da real democracia – no reino da necessidade. (PINHEIRO, 2008, p.140)

Se não existe vontade política para colocar os mais necessitados em uma situação de igualdade, a fim de que se trave um verdadeiro e nivelado debate democrático, cabe ao Judiciário, lançando mão dos instrumentos que possui, realizar leitura da situação atual, e quando chamado a decidir, exercer uma crítica sobre o sistema. Isso deve englobar os instrumentos jurídicos que estão aquém daquilo que buscou a Lei Maior.

2. As Falácias do Direito.

O direito, pelo menos em tese deveria ter uma função de realizar a igualdade e a emancipação do ser humano. O que se vê é o contrário. Utilizam-no como instrumento

de conservação social e de dominação, aprisionam-se àqueles que são obrigados a ele submeter.

Com o passar dos tempos observa-se que a dogmática jurídica tradicional é incapaz de resolver e solucionar os problemas que afetam a classe menos favorecida. Muitos operadores do direito estão alienados a este respeito, pautando-se quase sempre pela literalidade da lei, não admitido outra leitura senão a mais tradicional possível.

Embora pareça um contrassenso, não poucas vezes a aplicação da lei traz grandes injustiças, a grande pergunta a ser respondida é se ao aplicador do direito é lícito escolher pela lei em vez da justiça? Amilton Bueno de Carvalho (1987, p. 137) responde de forma negativa, no entanto, ao fazer a escolha por esta opção deve ser de forma consciente:

Tenho, pois, que a lei merece ser vista com desconfiança. Deve ser constantemente crítica 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.

Existem algumas razões para o pensamento legalista, um deles é o cenário em que se encontra o ensino do jurídico no Brasil, as instituições responsáveis pela formação dos profissionais do direito não possuem uma visão crítica a respeito deste, 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)

O estudante e futuro profissional não poucas vezes é duplamente alienado, primeiro porque vive no meio da ideologia construída pelo capitalismo, o que por si só é um fator que busca fazer com que todos tenham uma visão compartimentalizada, já que sua ideologia tem mesmo este fito, posteriormente porque essa ideologia é reforçada, agora de uma forma dogmática dentro da cultura jurídica. Dessa forma, não existindo consciência de que é oprimido, torna-se também 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.

Hoje os operadores do direito, dentre estes se inclui boa parte dos integrantes do Judiciário estão satisfeitos 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 lógica, a ponto de Antonio Salamncá 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 acercamiento⁴⁵, aunque la codificación del sistema de Derechos Humanos actual es capitalista socialdemócrata, y necesita una reformulación e reintegración socialista revolucionaria.

Uma vez que o profissional do direito perde essa realidade de vista contribui diariamente para a manutenção do sistema e a exploração de uma classe sobre a outra, conseqüentemente para uma sociedade injusta.

É neste campo que defendemos a atuação do Judiciário, não como um criador de normas ou de políticas públicas, mas com instituição constitucionalmente investida para a correção dos instrumentos retro mencionados, de forma contrária a população se tornará refém da falta de compromisso político das demais instituições.

3. A atuação do Judiciário Pautada Pela Teoria Crítica.

A teoria crítica pode ser aplicada em toda a ciência humana, já que sua finalidade é analisar as estruturas sociais e mancipar o homem de toda forma de opressão. Por tal motivo não seria o mais acertado pensar em uma teoria crítica do direito, isso porque o direito é somente uma das ciências a se utilizar da teoria crítica.

O que a teoria crítica busca é emancipação da sociedade. Sem a orientação da emancipação da sociedade não existe teoria crítica, embora sua intenção não seja 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.

Podemos conceituar a crítica de que tratamos 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”.

Wolkmer (2002, p.5) define a teoria critica da seguinte maneira:

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 em muitas vezes, por criar situações de alienação não se 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 tem as suas particularidades, no entanto, em quase todos eles a sociedade aceitam as instituições e as frustrações impostas por estas por acreditar que estão fincadas em um sistema normativo, ou seja, o ordenamento jurídico existente e que vigora nesta sociedade.

O ordenamento jurídico de uma determinada sociedade não é neutro, este tem por finalidade manter e reproduzir o modo de produção econômico, Everaldo Tadeu Quillici Gonzales (2013, p. 20) afirma que 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 preceitua o 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 sociedade, daí que ao olhar para trás podemos

verificar o 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.

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)

É necessária uma análise crítica do direito posto, em busca de ações emancipatórias para os indivíduos que fazem parte dessa engrenagem.

Já o direito deve ser entendido como “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 discurso propagado pelo capitalismo é de que a classe dominante que luta pela sua manutenção promete promover liberdade e igualdade, são estes os pilares sobre os quais o ordenamento jurídico se estrutura, mas não é difícil de verificar que tudo não passa de ilusão, a medida em que o capitalismo bloqueia sua efetivação, sabotando a emancipação da sociedade.

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 vai no sentido de desconstruir 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, aquilo 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 e 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 particular, ideia que passou ser aceita depois de muita teorização filosófica. Dessa forma, aquilo que a princípio era antinatural passou a ser natural e essa estrutura tende a permanência. (AGUIAR, 1980.).

A sociedade em sua grande maioria não tem condições de perceber essa 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 conforme Marx e Engels (1984, p. 39) “[...] Mas para viver, é preciso antes de tudo comer, beber, ter habitação, vestir-se e algumas coisas mais”.

No Brasil a democracia representativa permite pouco espaço e debate por parte da população, na verdade, em países como esses costuma-se pregar como sendo o ponto culminante a participação nas urnas, mas os anseios da maioria não são atendidos, vez ou outra alguns direitos são concedidos de forma periférica, as mudanças são sempre superficiais, quando se acredita que são 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)

Embora alguns entendam que a teoria crítica não se presta a fazer um novo direito, o que é uma verdade, esta deve atuar em duas frentes conjuntas, 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, e muitas das vezes são reproduzidos por operadores do direito. Já no que concerne a prática deve ter por finalidade a função precípua de modificar o direito na sua aplicação diária, construindo assim uma sociedade mais justa e democrática. Em síntese, a teoria crítica no direito tem por fim dizer e mostrar que o direito pode e deve atuar como um instrumento emancipatório, esse papel pode e deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário.

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 atual sistema promete realizar a liberdade e a igualdade, o que não acontece. A teoria crítica não inventa uma sociedade ideal (ilusão socialmente necessária), busca a realização daquilo 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, 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, buscando 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 fetichizado 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 é despertar essa consciência.

Parece que essa consciência já está sendo formada em parte da população também está brotando no Judiciário, e este, sob a pecha de ser ativista busca dar maior efetividade a Constituição, sobretudo aos direitos fundamentais, implementando uma sociedade justa e solidária traçada pela lei maior, bem como o grande princípio: A dignidade da pessoa humana.

A ideia da teoria crítica não pode ficar somente no ambiente acadêmico, sem qualquer tipo de aplicabilidade, isso, em tese, foge do que buscam os seus arquitetos e defensores.

A principal questão que se tem levantado com relação aos movimentos de “crítica jurídica” é que, se a sua “função teórica” de denúncia e dessacralização tem alcançado os resultados almejados, a “função prática”, no que se refere à efetividade das mudanças e à solução dos problemas, não alcança o mesmo nível” (WOLKMER, 2002, p.141).

A teoria crítica não pode ser mera retórica, não basta demonstrar que o direito como está posto é um instrumento de dominação, deve ir além, somente ações concretas serão capazes de demonstrar o contrário, ou seja, que o direito pode e deve ser um instrumento emancipatório. Hoje a instrumentalização da teoria crítica no direito ocorre por meio daquilo que no Brasil passou-se chamar de direito alternativo.

Vários juízes tem se filiado a corrente crítica e buscam um direito alternativo, não fazendo novos direitos, mas

“utilizando-se de interpretações mais política e sociológica, sobretudo não dogmática, desvinculada de formalismos, esses magistrados buscam resistir à leis injustas, explorando as ambiguidades e as omissões do direito positivo oficial em causa dos menos favorecidos. (WOLKMER, 2002, p.137)

É verdade que o Judiciário vem recebendo muitas críticas por sua atuação, o termo ativismo judicial ganhou conotação negativa no cenário brasileiro. No entanto, lutar contra este fenômeno é permitir a que o direito posto continue perpetuando injustiça e agigantando os abismos sociais.

O judiciário não pode ser compreendido somente como um Poder destinado a fazer a subsunção da norma legal ao fato concreto, sob pena de se tornar obsoleto, como um poder da república deve fazer com que os fins e objetivos desta sejam atingidos, essa é a conclusão lógica que chega Carlos Ayres de Brito (2012, p. 94)

Por modo estratégico, a nossa Magna Carta situou entre os fundamentos do seu art. 1º e os objetivos do seu art. 3º. os Poderes da união, literis: “Art. 2º. São poderes da União, independentes e

harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Vale dizer, a Constituição teve o cuidado de fazer dos três elementares Poderes da União verdadeiros elos ou pontes entre as normas –base do seu art. 2º. E as normas-fim do seu art. 3º, de sorte a deixar claro que os Poderes existem para, inspirados nos fundamentos da República, prestigiando sempre tais fundamentos, concretizar os fins a que essa mesma República se destina. (grifo do autor).

Com isso não se está dizendo que o Judiciário é uma instância de governo, do contrário poderia entender que este estaria assumindo um papel que realmente não é seu. “Não é isso, porque uma coisa é governar (que o Judiciário não poder fazer). Outra coisa é impedir o desgoverno (que o Judiciário pode e tem que fazer) (Brito, 2012, p.116).

A constituição é um instrumento político, mas é também um instrumento jurídico, por ser instrumento jurídico a sua observação, interpretação e a determinação de seu cumprimento é papel/dever do Judiciário. “De nada servirá o que se escreve numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder. (LASSALLE, 2013, p. 42).

O caminho ainda é árduo, existe muita resistência a esta atuação do judiciário, mas não é possível somente assistir o que está ocorrendo, o mínimo que se pode fazer, ainda que de forma cautelosa, denunciar as praticas ante emancipatórias

Con la prudencia con que este proceso debe ser tenido en cuenta en nuestra cultura jurídica, es posible en principio, en clave estricta de Derechos Fundamentales, que las Teorías Jurídicas Críticas puedan intentar un diálogo cauteloso con el neoconstitucionalismo, pero más que en su versión euro-céntrica, con aquella otra gestada desde Latinoamérica y a la que se ha hecho referencia al comienzo de este apartado, en tanto la dignidad del ser humano, se constituya en el centro de confluencia y la razón de ser del orden político y jurídico, en concordancia con los términos de re-significación del sujeto que se pretende por la crítica, según se viera (MELIANTE, 2014, p.177)

4. Considerações finais.

Buscou-se neste estudo constatar e demonstrar a ineficiência do direito posto, e isso se deve a inúmeras situações, mas a constatação que para alguns pode ser chocante é que este não vai de encontro aos fundamentos sob os quais é nascido. Liberdade e igualdade são valores amplamente propagados no sistema vigente, no entanto, não passa de uma retórica falaciosa.

Tanto a liberdade como igualdade, ambas prometidas pelo direito e reafirmada 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 sob a maioria.

Constatou-se que Estado não é um organismo neutro, este tem e vive uma ideologia muito bem definida, fruto de uma fundamentação teórica e filosófica que se arrasta por muito tempo, perpetuando cada vez mais desigualdades e ascensão de uma classe sobre a outra.

Não é sem motivo que governantes, dos mais diversos partidos, com as mais diversas ideologias se alternem no poder, sem que mudanças mais profundas sejam sentidas, já que a estrutura existente não permite que os pontos fulcrais sejam revolvidos.

Em resposta a atual situação surge a teoria crítica, por natureza insatisfeita, não somente com esse direito, mas certamente com que ainda virá. A teoria crítica visa trazer o ser humano a consciência, demonstrar que no decorrer da história a alienação trouxe grandes prejuízos à sociedade, e mais do que isso, apontar um caminho para o futuro.

Verdade que a teoria crítica também sofre desconfianças, quando a sua vivência em ambientes acadêmicos não são capazes de fazer as mudanças que pretende, daí a necessidade desta teoria ser utilizada pelo Poder Judiciário, instituição que tem por função precípua defender a Constituição e sua aplicação, e isso envolve os direitos e garantias nela prevista.

Ainda que sob olhares desconfiados, e mesmo que algumas vezes vá além de suas funções, o Judiciário tem de alguma forma e em algum nível corrigido as rotas no que concerne a efetivação dos direitos fundamentais, tirando os demais poderes da inércia e auxiliando na emancipação do ser humano.

5. 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. Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Pau. Manole: 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. *In* Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional. Madri, 2009, n°13, pp. 17-32.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998,

BRASIL, STF, ADPF 347, Rel. Ministro Marco Aurélio, 2015 (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF+347%29&base=baseInformativo>, acesso em 1º set. 2016).

BRITO, Carlos Ayres. **O Humanismo Como Categoria Constitucional**. 1ºed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1993, p. 94

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

_____. CARVALHO, Amilton Bueno *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.

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

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

GARCE, Luiz Meliante. La crítica jurídica Latinoamericana en sentido estricto: de la invisibilidad a su consideración en la doctrina nacional. In: Revista de la Facultad de Derecho, Montevideo. Enero-Junio 2014, págs. 153-183

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

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

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

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

PINHEIRO, Marcelo Robello. A eficácia e a efetividade dos direitos de caráter prestacional: Em busca da separação de obstáculo. Dissertação de Mestrado. Brasília, Universidade de Brasília, 2008, Disponível em: http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/dissertacao__a_eficacia_e_a_efetivida_de_dos_direitos_sociais_de_carater_prestacional__em_busca_da_superacao_dos_obstaculos.pdf

RODRIGUES, Wanderlei Horácio. **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.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial – Limites da Atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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.