



A CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO E O DIREITO ALTERNATIVO NO BRASIL: BALANÇO, DESAFIOS, TENSÕES E PERSPECTIVAS

João Paulo Allain Teixeira
Willaine Araújo Silva

RESUMO

O advento da Constituição de 1988 tem evidenciado uma certa tensão no que se refere aos modelos de relacionamento entre os papéis ocupados pelos poderes instituídos. No panorama desta tensão encontramos como pano de fundo um debate nem sempre posto em seus devidos termos, envolvendo a crítica ao Positivismo Jurídico. Neste contexto, desempenha papel fundamental o desenvolvimento das Teorias Críticas do Direito surgidas no Brasil principalmente a partir dos anos 80. Como argumentação principal, a associação de um formalismo acrítico com as estruturas autoritárias hegemonicamente estabelecidas no Brasil por ocasião do regime militar a impedir a realização das promessas trazidas pela Constituição de 1988. No Brasil, passadas pouco mais de três décadas de experiência constitucional, é possível a partir de um balanço crítico, lançar um olhar sobre a experiência brasileira, rediscutindo o lugar do pensamento jurídico na formatação das instituições do país. Isto implica em grande medida revisitar o contexto histórico e social no qual se desenvolvem as críticas ao positivismo no Brasil, oferecendo uma interpretação renovada a partir da experiência acumulada nos últimos anos. Constitui tarefa particularmente elucidativa a análise dos deslocamentos sofridos pelas teorias críticas, desde a sua recepção nos anos 80 até os seus desdobramentos mais recentes. É possível perceber nesse contexto, um movimento de progressiva captura conservadora da agenda crítica, inicialmente voltada para a afirmação de valores progressistas e emancipatórios. A proposta do presente artigo consiste assim em oferecer caminhos para refletirmos sobre a presumida crise do positivismo jurídico no Brasil e o papel do Poder Judiciário nesse contexto, discutindo as conquistas e dificuldades enfrentadas pelas teorias críticas do direito desde a sua recepção entre nós e apontando as possibilidades para uma crítica emancipatória no contexto das tensões contemporâneas.

Palavras-Chave: Direito Alternativo; Positivismo Jurídico; Ativismo Judicial.

- Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ2).
- Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

INTRODUÇÃO

O advento da Constituição de 1988 tem evidenciado uma certa tensão no que se refere aos modelos de relacionamento entre os papéis ocupados pelos poderes instituídos. No panorama desta tensão encontramos como pano de fundo um debate nem sempre posto em seus devidos termos, envolvendo a crítica ao Positivismo Jurídico.

Neste contexto, desempenha papel fundamental o desenvolvimento das Teorias Críticas do Direito surgidas no Brasil principalmente a partir dos anos 80. Como argumentação principal, a associação de um formalismo acrítico com as estruturas autoritárias hegemonicamente estabelecidas no Brasil por ocasião do regime militar a impedir a realização das promessas trazidas pela Constituição de 1988.

Nesta linha de pensamento, o Direito passou a ser visto como um instrumento de luta política, voltado à emancipação e à realização dos direitos reconhecidos pela Constituição. Bem assim, começou-se a reconhecer uma nova ordem jurídica, em que não só o Direito estatal, proveniente dos aparelhos do Estado produziria efeitos jurídicos, mas também a própria sociedade disporia de meios para alcançar o ideal de justiça e emancipação.

E é neste contexto que a atividade exercida por juízes e tribunais assume novos contornos, mediante a defesa da superação do modelo de magistrado "boca da lei", e a busca da aproximação do direito formalmente estabelecido com a realidade social.

Ainda que a defesa de um papel criativo por parte do intérprete viesse a encontrar anos mais tarde, principalmente na recepção brasileira do debate principiológico surgido no contexto europeu da jurisprudência de valores (SOUZA CRUZ, 2004), e em um certo pan-principiologismo - sua formulação mais perfeita e acabada na doutrina e práxis (STRECK, 2016), foram em certa medida, as críticas ao positivismo jurídico que contribuíram para o redesenho da institucionalidade brasileira no contexto da redemocratização. O protagonismo judicial hoje debatido no contexto da crítica genérica aos "ativismos judiciais" constitui lugar comum nos estudos envolvendo o tema institucionalidade democrática.

Em essência, as teorias críticas cumprem papel relevante no sentido de evidenciar as relações quase sempre veladas entre o projeto da Modernidade, calcado em valores liberal-burgueses e seus reflexos excludentes quando da aplicação do direito em sociedades marcadas por uma profunda desigualdade desde a sua origem, como acontece no contexto

latino-americano.

No Brasil, passadas pouco mais de três décadas de experiência constitucional, é possível a partir de um balanço crítico, lançar um olhar sobre a experiência brasileira, rediscutindo o lugar do pensamento jurídico na formatação das instituições do país. Isto implica em grande medida revisitar o contexto histórico e social no qual se desenvolvem as críticas ao positivismo no Brasil, oferecendo uma interpretação renovada a partir da experiência acumulada nos últimos anos. Constitui tarefa particularmente elucidativa a análise dos deslocamentos sofridos pelas teorias críticas, desde a sua recepção nos anos 80 até os seus desdobramentos mais recentes. É possível perceber nesse contexto, um movimento de progressiva captura conservadora da agenda crítica, inicialmente voltada para a afirmação de valores progressistas e emancipatórios. Os deslocamentos decorrentes da defesa de um protagonismo judicial abrangem assim uma ampla gama de possibilidades, aí incluídas as perspectivas moralistas abrigadas sob a rubrica do “combate à corrupção”, como temos visto no Brasil nos últimos anos (ENGELMANN: 2017).

A proposta do presente artigo consiste assim em oferecer caminhos para refletirmos sobre a presumida crise do positivismo jurídico no Brasil e o papel do Poder Judiciário nesse contexto, discutindo as conquistas e dificuldades enfrentadas pelas teorias críticas do direito desde a sua recepção entre nós e apontando as possibilidades para uma crítica emancipatória no contexto das tensões contemporâneas.

1 O POSITIVISMO JURÍDICO EM PERSPECTIVA CRÍTICA: UMA OUTRA COMPREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO ?

Com o advento da Modernidade e o aumento da complexidade das relações sociais, as pressões pela regulação estatal aumentam exponencialmente. A chamada crise do Direito Positivo decorre não apenas do fator complexificação das relações sociais, mas também e sobretudo ao contexto do pluralismo, pelas crescentes demandas por emancipação social.

No contexto pós-revolução francesa, o juiz aparecia como “boca da lei”, sintoma concreto da submissão do Poder Judiciário ao império estrito da lei. Esta era a condição da qual juízes e tribunais retiravam a legitimidade da sua independência.

Após a Segunda Guerra surge a noção de Estado do bem-estar social, e a atividade levada a cabo pelo Juiz passou a exigir uma certa reflexão sobre o seu papel social para o

reconhecimento da sua legitimidade. A partir da década de 70 emergiram no Brasil inicialmente de forma difusa e posteriormente de forma mais organizada e sistematizada, um conjunto de críticas às escolas jusnaturalista clássica e à positivista normativista, graças à combinação de fatores de ordem política, com a redemocratização do país; econômica, com a crescente miserabilidade da população brasileira; e social, com o surgimento de inúmeros movimentos sociais reivindicando reconhecimento e inclusão.

O contexto social em que surgem esses movimentos apontam para o gradativo aumento de novos agentes coletivos, tais como as associações profissionais, movimentos sociais urbanos¹, organizações sociais civis e religiosas, na busca da efetivação dos direitos sociais e econômicos, e ainda a defesa dos grupos tidos como minoritários; bem assim a constituição de organizações sociais como a CUT e CONLAT com vistas à autonomia dos sindicatos dos trabalhadores industriais perante o Estado; e por fim a resistência ao governo militar exercida por instituições tradicionais como a OAB e a ABI (CARVALHO, 1995: 137).

A redemocratização no Brasil promoveu um processo de ativação social e uma explosão de movimentos sociais que se manifestaram em múltiplos planos da institucionalidade nascente.

O pressuposto de uma *sociedade ativa*, que pretenda formar e reformar a si mesma deve permitir e encorajar a livre operação dos movimentos sociais, obtendo como resultado um rico Setor dos Movimentos Sociais - SMS. De outra banda, uma sociedade que reprime, bloqueia ou elimina os movimentos sociais destrói seu próprio mecanismo de autoaperfeiçoamento e autotranscendência, possuindo um SMS restrito. Aqui, têm-se as *sociedades passivas*. A única perspectiva histórica dessas sociedades é a estagnação e a decadência.

Ao lidar com um movimento social, está-se lidando com dois processos que se interceptam e interagem – o processo do movimento e os processos da sociedade dentro da qual o movimento opera. Os dois processos inter-relacionados de emergência estrutural, interna e externa, são concorrentes. A transformação do movimento e a transformação das novas estruturas sociais estão íntima e mutuamente interligadas como estímulo ou como freio. Há um permanente intercâmbio recíproco da morfogênese parcial interna com a externa.

Assim, os movimentos sociais surgiram na redemocratização como verdadeiros

¹ Entre eles citam-se: as associações de moradores de favelas e de bairros, movimentos feministas, organizações negras, entre outras. Aponta José Murilo de Carvalho a existência, à época, de mais de oito mil associações de moradores no Brasil. CARVALHO, 1995: 137.

agentes causais da mudança social, não como simples emanações de um processo histórico autônomo. Eles produzem, constroem e criam, e não apenas executam transformações e revoluções. Eles não aparecem automaticamente quando necessário, mas têm de ser ativamente recrutados e mobilizados. Não lutam por um objetivo final, pré-ordenado, da História, que pode quando muito ser acelerado, mas por causas específicas conscientemente escolhidas.

Como ponto em comum, todos estes agentes coletivos exerceram uma forte e efetiva contribuição na busca pela nova estruturação do Direito brasileiro, bem assim na persecução da garantia de efetividade dos direitos individuais e coletivos, principalmente para a classe social marginalizada e para as minorias historicamente invisibilizadas.

No Brasil, o debate sobre estes novos protagonismos ganha força sobretudo a partir da promulgação da Constituição de 1988, mediante a reunião de magistrados gaúchos e professores de direito de várias universidades do país. Desde os estudos sobre pluralismo jurídico (WOLKMER, 2015; SANTOS, 2001) até a estruturação de um movimento organizado em defesa de um “direito alternativo”, um longo caminho foi percorrido. O movimento do direito alternativo mobilizou a cena jurídica nacional na década de 90 através de publicações e encontros sempre bastante concorridos². Na agenda do movimento, uma crítica radical das bases e os fundamentos do direito posto e a refundação do ensino jurídico no Brasil a partir da introdução de conteúdos de filosofia, sociologia, história, antropologia, etc, nos currículos das faculdades de direito.

A crítica aponta, nesse sentido, uma crise de legitimidade na dimensão do direito legislado, já que a lei não guardaria consonância com a realidade social, perdendo-se em formalismos e abstrações. Em síntese, “[...] A lei tem de refletir aquilo que todo social deseja para que seja legítima e, mesmo assim, o direito não estará limitado na lei” (SCREMIN, 2011). O fenômeno jurídico deve ser analisado, então, não somente sob o enfoque formal, mas através de uma mudança paradigmática, para ser compreendido interdisciplinarmente sob uma perspectiva sociojurídica, deixando seu enfoque de sistema fechado para passar a ser visto como fenômeno social.

Nesse contexto, surgem perspectivas que visam aproximar a realidade abstrata e geral prevista na norma jurídica com a práxis social, propondo uma verdadeira mudança

² Aconteceram em Florianópolis nos anos de 1991, 1993, 1996 e 1998 quatro grandes encontros. Mais recentemente, em 2011, aconteceu um último evento, com a proposta de revisitar o movimento 20 anos depois.

paradigmática sobre o papel do direito e das teorias jurídicas. Com isso, o Estado deixa de ser o único protagonista na solução de litígios intersubjetivos, coexistindo em um mesmo âmbito espaço-temporal mais de uma ordem jurídica, ganhando espaço a ideia do pluralismo jurídico.

O pluralismo jurídico insurge-se contra a concepção monista de estado e direito, apontando para os limites da ideia de monopólio da produção jurídica pelo Estado. A concepção monista remonta aos primórdios da formação do próprio Estado Moderno, quando são formatadas as principais categorias que o informam. Dentre estas categorias, a ideia de Soberania, que pode ser compreendida em dupla perspectiva: em uma dimensão interna, surgida da luta do monarca contra os senhores feudais; e em uma dimensão externa a partir da resistência do monarca contra as pretensões de ingerência do Sacro Império Romano-Germânico. Desta dualidade resulta uma totalidade cuja manifestação habitual é materializada em sentido positivo - na dimensão interna, como poder máximo e incontestável, e em sentido negativo - na dimensão externa, enquanto poder capaz de resistir às ingerências alheias à vontade do monarca (TEIXEIRA, 1997: 79).

Esta construção totalizante promove uma leitura do direito que tende invisibilizar formas extra-estatais de produção de juridicidade. Assim, é possível encontrar manifestações de juridicidade para além dos limites da institucionalidade estatal. Nesse sentido, os trabalhos de Roberto Lyra Filho e José Geraldo de Souza Júnior apontam para um “direito achado na rua” (LYRA FILHO, 1980; SOUSA JÚNIOR, 1987), metáfora emblemática para o reconhecimento de uma juridicidade dinâmica, que se manifesta no contexto das lutas por direitos dos excluídos.

Para o pluralismo jurídico haveria um conjunto de diferentes sistematizações de forma plural, coexistindo em uma mesma realidade social e em um determinado momento histórico. Dentre tais sistematizações, ter-se-ia o Direito do Estado, por ele editado, e as manifestações extraestatais, ambas fazendo parte de um mesmo sistema e interligadas: desta forma, existiria “[...] uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica” (SANTOS, 2001: 87)

Sendo assim, em contraposição ao monismo estatal, o pluralismo jurídico defende a ideia de que movimentos sociais podem também produzir normas jurídicas, em contraposição à ideia monista de produção do Direito, em que o sistema jurídico era unicamente produzido ou reconhecido pelo Estado.

Neste mesmo sentido leciona Weber, que defende a existência de dois tipos de Direito:

o estatal e o extra-estatal. O *direito estatal*, segundo o autor, deve ser entendido como a possibilidade de, ante a inobservância dos preceitos contidos na norma jurídica, surgir uma atuação dos órgãos da associação política para que a sua efetividade seja observada, ou, caso isto já não seja mais possível, seja imputada uma reparação, conjuntamente com a indenização da conduta. Já o *direito extra-estatal*, por sua vez, seria observável quando os meios de coação utilizados para a observância dos preceitos normativos não fossem provenientes da autoridade política, mas por outros meios coativos dispostos pela própria sociedade (WEBER, 2001: 120).

É de se dizer que na recente experiência brasileira, o reconhecimento do pluralismo jurídico “[...] representou uma reação teórica e política durante o contexto do Estado autoritário, no qual o Judiciário encontrava-se encapsulado pelo poder ditatorial, tornando-se um instrumento manipulável de acordo com os interesses que prevalecesse” (MOTTA, 2011).

Nesse contexto, a dicotomia dogmático/crítico não se refere ao ordenamento jurídico em si, mas sim às formas como seus dispositivos são interpretados pela autoridade. A teoria crítica vem então questionar padrões hermenêuticos consolidados para a construção de um Direito mais próximo da práxis como forma de alívio das tensões sociais.

Pela perspectiva da teoria crítica, a finalidade do Direito seria a de servir como verdadeiro instrumento de emancipação social, mediante uma transformação da realidade, por meio de uma análise reflexiva, para que ela rompa com o já disciplinado e ordenado pelo Estado, abrindo-se a possibilidade de outras formas "diferenciadas, não repressivas e emancipadoras da prática jurídica" (WOLKMER, 2003: 19).

O Direito assume, assim, uma função político-ideológica, compromissada com a realidade social, “[...] voltada para a construção de uma ordem jurídica e social progressivamente melhor” (COELHO, 2011).

O fenômeno jurídico deve, nesse horizonte, ser compreendido a partir de uma perspectiva ampla, para além da ideia de instrumento de dominação social por meio da imposição do poder da classe dominante, mas também como meio de emancipação das classes sociais dominadas e expressão da justiça, uma vez que ele também serviria como meio de limitação do abuso de poder.

A teoria crítica do Direito surge, assim, como uma forma de superação das teorias estáticas das relações sociais, tentando uma aproximação entre o plano jurídico e os fenômenos sociais. “[...] Seus pressupostos de racionalidade são ‘críticos’ na medida em que

articulam, dialeticamente, a ‘teoria’ com a ‘práxis’, o pensamento crítico revolucionário com a ação estratégica” (WOLKMER, 2015).

Teoria e práxis social deixariam de ser mundos completamente distintos, para cada vez mais se tornarem realidades quase que sobrepostas, onde à teoria caberia uma descrição cada vez mais detalhada e fiel da realidade. Assim, a teoria crítica do Direito propõe, para tal, uma modificação da própria sociedade para que os indivíduos deixem a sua condição de alienados mediante a provocação de sua autoconsciência.

Apesar de alguns traços em comum, tais como o confronto do dogmatismo e do positivismo tradicional, esse movimento crítico não pode ser analisado em sua completude, se se tomar um único paradigma possível para a sua configuração, mas como possuidor, isto sim, de algumas vertentes, havendo a possibilidade de configuração de “três tendências”, quando se trata de classificação desse movimento (OLIVEIRA, 2001:166).

Em comum, tem-se que todas as ramificações da teoria crítica do Direito defendem uma mudança paradigmática do racionalismo científico positivo para uma interdisciplinaridade e inclusão social no Direito: “[...] pluraliza-se a prática do direito, incluem-se novos sujeitos e novas formas de se proceder, partindo-se não mais da concepção do fenômeno jurídico apenas como lei ou instituição física, mas como prática da sociedade” (PORTO, 2011).

2 AS TEORIAS CRÍTICAS E AS VARIAÇÕES DO DIREITO ALTERNATIVO

As Teorias Críticas desdobram-se assim em algumas vertentes:

a) Crítica do Direito *stricto sensu*

A primeira das tendências possíveis de extração do movimento crítico situa-se em uma das pontas extremas das tendências desta teoria, referindo-se a uma crítica do direito *stricto sensu*, na qual a crítica ao Direito chega a sua configuração máxima.

Surgida na França, foi bastante difundida no Brasil graças à obra de Michel Miaille, intitulada “Uma introdução crítica ao Direito”, publicada na França e traduzida para o português. É referida por Luciano Oliveira como sendo uma tendência *hard* (OLIVEIRA, 2001: 166), tendo em vista a sua posição extremista, cujo limite era o fim do próprio Direito.

Nesta vertente, não se permite nenhuma contribuição de outros ramos científicos na construção do fenômeno jurídico, tais como da economia, política, etc. No entanto, tal

ramificação foi evoluindo para permitir a pesquisa dos conteúdos normativos sempre que se fizer necessária para a atividade interpretativa levada a cabo pelo aplicador do Direito, bem assim nos casos de integração das normas (COELHO, 2011: 175).

b) Uso alternativo do direito

Na ponta oposta situa-se o denominado *uso alternativo do direito* (OLIVEIRA, 2001), tido como uma vertente *soft*, por ser uma tendência mais branda do que as demais. Seu surgimento remonta à Itália na década de 60, apresentando objetivos bem mais modestos do que a doutrina difundida na França.

Tal vertente defendia a ideia de que os Magistrados deveriam utilizar o Direito, cujas feições eram eminentemente afetos à burguesia-capitalista, de uma forma direcionada a uma prática libertadora da classe social menos favorecida. Implicava, assim, um maior comprometimento dos aplicadores do direito com a mudança social.

Sendo assim, o *uso alternativo do direito* visa modificar as normas jurídicas já positivadas, de maneira tal que se adequem às necessidades da sociedade, desmistificando a noção de neutralidade do Judiciário.

a) Direito Alternativo

Por fim, a terceira tendência representa um entremeio entre as doutrinas francesa e italiana, a qual, a despeito de suas possibilidades terminológicas³, aqui será denominada de *Direito Alternativo*. Para essa vertente, difundida no Brasil pela Associação de Juízes do Rio Grande do Sul em meados dos anos 80, as conquistas sociais obtidas não seriam mero fruto da astuta razão capitalista, como o difundiam na França, nem muito menos deve a classe social menos favorecida tão somente explorar os dispositivos contidos no ordenamento jurídico vigente, mas ainda nele inscrever novos direitos a partir da sua perspectiva, em contraposição ao chamado *uso alternativo do direito*.

Para esta última tendência da crítica do direito a evolução histórica do ordenamento jurídico demonstra que o processo de positivação do Direito representou a consolidação dos interesses da classe dominante, enquanto que os *dominados* (OLIVEIRA, 2001: 167) mediante suas lutas acabam por firmar princípios jurídicos e valores próprios, que vão pouco a pouco ganhando dimensão, o que acabará culminando fatalmente em um novo ordenamento,

³ Luciano Oliveira destaca três designações desta mesma tendência na América Latina, a saber “Nova Escola Jurídica”, proposta por Roberto Lyra Filho; “Direito Insurgente” segundo Miguel Pressburguer; e “Direito alternativo” denominação mais difundida, remontando, provavelmente, à teoria de Jesús Antonio Muñoz Gómez. OLIVEIRA, 2001: 166.

mais próximo da realidade e práxis social.

Sendo assim, pode-se dizer que a noção de direito alternativo compromete-se “[...] com a criação de um novo direito que questione valores dominantes e reconheça movimentos e práticas sociais como fonte de um vigoroso pluralismo jurídico, considerado mais legítimo do que o direito oficial” (MOTTA, 2011).

Nesse sentido, a Dogmática Jurídica teria sido instrumentalizada em favor da dominação⁴ de classes, em que o Estado passou a ser “[...] 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 minissociais, absorvendo as normas de outra gênese e valendo como o único direito” (COELHO, 1991:252).

Sendo assim, a função da Lei nas sociedades capitalistas vincula-se à manutenção dos valores liberais e burgueses no poder mantendo as demais leituras de direito e sociedade em um papel subalterno. Neste mesmo sentido tem-se o entendimento de Amilton Bueno de Carvalho, para quem, nas sociedades capitalistas “[...] onde o poder está nas mãos de uma minoria – os detentores do capital e seus representantes [...], a lei tem basicamente duas funções: manter coesas as forças que estão no mando e determinar a subordinação daqueles que sofrem a opressão (a maioria trabalhadora)” (CARVALHO, 1992: 13)⁵. Inclusive as Leis promulgadas no interesse da classe oprimida não seriam fruto da benevolência do grupo dominante, mas sim o resultado da incessante luta dos oprimidos, como válvula de escape à pressão social, ou ainda para provarem que não são opressores, mantendo-se, dessa forma, na posição de dominância (CARVALHO, 1992: 15).

Desta forma, cumpriria ao Magistrado, quando da aplicação do Direito, interpretá-lo em cotejo com a realidade social, cabendo ao seu intérprete, mediante uma atividade transformadora e criativa, oferecer respostas concretas para a redução das desigualdades

⁴ Interessante trazer à colação um exemplo fático analisado por Amilton Carvalho de um dispositivo normativo presente na lei penal que reafirma a utilização da lei como instrumento de dominação de uma classe sobre outra: “[...] imaginemos o mesmo delito de roubo (mediante grave ameaça subtraíam um relógio) em conflito com o delito de esbulho possessório (mediante grave ameaça invadam um imóvel – art. 161 do CP). O crime é praticamente idêntico, só difere que num o objeto é móvel, noutra é imóvel. Como valoramos mais o imóvel, este deveria ser melhor protegido. Mas não é. A pena daquele é de quatro a dez anos, a deste é de um a seis meses e multa. Pergunta-se: quem comete roubo de relógio? Algum latifundiário? Ora, a subtração de móvel é crime de pobre, o esbulho possessório é do rico. Logo, as penas são diferentes, absurdamente diferentes” CARVALHO, 1992,:17. É de se gizar que, apesar de a obra de Amilton Carvalho datada de 1992, o tratamento penal de ambos os ilícitos continua o mesmo, com relação à sua pena.

⁵ Endossando tal pensamento, Antonio Carlos Wolkmer afirma que a lei não representa necessariamente o direito, mas sim “a ideologia da classe politicamente dominante”. WOLKMER, 1985: 92-102.

sociais.

3 A PRÁXIS DA ALTERNATIVIDADE O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO: DESLOCAMENTOS E TENSÕES CONTEMPORÂNEAS

A defesa de um protagonismo judicial, amparada pelo debate europeu do pós-guerra (TATE & VALLINDER, 1995), promoveu no Brasil uma progressiva presença de juízes e tribunais no debate político, mediante o crescente deslocamento dos debates políticos do parlamento para a arena jurisdicional. O fenômeno, ordinariamente conhecido como “judicialização da política”, guarda relações muito próximas com a redemocratização experimentada no Brasil, particularmente no que se refere à percepção pelas minorias e grupos politicamente organizados, das potencialidades de utilização dos tribunais para viabilizar seus interesses.

Como percebe Engelmann, “este complexo processo tem duas vias. Em um sentido, atribui mais centralidade ao judiciário como mediador político, mas em outro, permite a captura do espaço judicial por diferentes grupos sociais no curso de suas batalhas condicionadas pelo jogo político” (ENGELMANN 2017:303).

As versões de ativismo judicial no Brasil partem assim das formulações no contexto do Movimento do Direito Alternativo nos anos 90 e passam por transmutações. A primeira delas, voltada a uma despolitização e a uma ênfase no tecnicismo que culminaram com a afirmação de uma agenda em torno de ações coletivas (meio ambiente, consumidor, etc). Já na segunda metade dos anos 2000 emerge uma versão do ativismo judicial essencialmente punitivista, orientado por uma aproximação entre diversas institucionalidades (MP, CGU, Receita Federal, Tribunais de Contas, Polícia Federal, etc). Com forte apoio na mídia e na opinião pública, esta modalidade de ativismo apresenta também forte tendência à criminalização da política. Sob a rubrica do “combate à corrupção” permitiu a ascensão de uma cultura autoritária (ENGELMAN, 2017, 307) que para além de negar e combater a política, trouxe um conjunto de desafios para pensarmos o papel e o lugar do direito e dos juristas no contexto da democracia brasileira. Isto se deu em grande medida com a chegada de juristas formados após a Constituição de 1988 com perfil eventualmente em desalinhamento com as causas sociais e com o regime democrático (ENGELMANN, 2017: 308).

O momento coincide no Brasil com a recepção das teorias da argumentação e da afirmação do direito em uma dimensão principiológica, como se percebe nas leituras triunfalistas sobre o advento do “neoconstitucionalismo” no país (BARROSO, 2006). A afirmação de uma leitura jurídica orientada pela porosidade a abertura axiológica dos princípios constitucionais possibilitou a consolidação do poder judiciário como importante ator nas relações políticas e sociais no país.

No contexto do modelo de “combate à corrupção” levado à cabo nos últimos anos no Brasil, ao processo de politização do judiciário correspondeu paradoxalmente o esvaziamento e a negação do debate político ordinário (na sociedade, no parlamento, etc), em um processo que culminou com a prevalência do tecnicismo judicial como simulacro da política.

4 O DIREITO ALTERNATIVO E O PORVIR: BALANÇO CRÍTICO, DESAFIOS E POTENCIALIDADES.

Apesar do refluxo do debate em torno do direito alternativo observado nos últimos anos, cabe registrar que o movimento representa um importante momento de afirmação das expectativas de emancipação e de construção de uma sociedade livre justa e solidária no Brasil.

Como legado monumental a introdução de uma agenda emancipatória no contexto da institucionalidade brasileira, tradicionalmente conservadora e comprometida com valores coloniais, que permitiu ampla visibilidade de grupos historicamente excluídos e invisibilizados no debate político nacional.

As dificuldades encontradas para a afirmação de um direito alternativo na América Latina decorrem em primeiro lugar de problemas decorrentes da estruturação social que, ao formatar o direito e as instituições, limitam qualquer possibilidade de atuação alternativa a partir do direito. Nesse sentido, “os pleitos judiciais originados nas necessidades da classe trabalhadora ou dos pobres, nem de longe são os que geram maior demanda ao judiciário, e as escolas de direito de uma maneira geral, não dedicam muita atenção à abordagem crítica”. (FERRAZO e DUARTE 2014:99).

Da mesma forma, a superação das tensões inerentes ao funcionamento do capitalismo na América Latina aparece como um desafio expressivo. Ao apontar as contradições do regime e ao encampar a defesa de práticas insurgentes, o movimento do

direito alternativo não logrou alcançar uma transformação revolucionária das bases e fundamentos da própria estruturação social. Nesse sentido, as conquistas pontuais eventualmente alcançadas funcionariam antes como a própria confirmação do caráter elitista e excludente que orienta o conjunto das relações sociais na América Latina e no Brasil. Aponta-se assim que se por um lado o direito positivo apresenta uma ampla e igualitária garantia formal de direitos humanos e sociais, é esta mesma racionalidade positivista que paradoxalmente funciona para as classes dominantes como a própria garantia da ineficácia destes direitos (FERRAZO e DUARTE, 2014: 101).

Em decorrência desta condição paradoxal, os fenômenos conhecidos como subintegração e sobreintegração explicitam o caráter assimétrico das relações estabelecidas pelos diferentes grupos sociais através do direito. Nesse sentido, a ausência de integração jurídica igualitária provoca, de um lado, a subintegração, quando há vinculação formal ao ordenamento jurídico na dimensão da restrição das liberdades sem que haja o correspondente acesso na dimensão da titularidade de direitos. Por outro lado, a sobreintegração corresponde ao reverso da medalha, quando grupos privilegiados, apoiados pela própria institucionalidade estatal promovem ações de permanente bloqueio na reprodução do direito (NEVES, 1994:261). Nesse caso, os sobreintegrados gozam de acesso aos benefícios da ordem jurídica sem a correspondente prestação traduzida pelos deveres juridicamente estabelecidos. Há portanto uma relação de recíproca seletividade entre afirmação e negação de direitos desempenhando papel estratégico para o funcionamento do sistema jurídico.

CONCLUSÃO

O processo de redemocratização no Brasil que culminou com a adoção da Constituição de 1988 promoveu uma profunda transformação na institucionalidade nacional. Os caminhos percorridos pela crítica ao positivismo jurídico, e a afirmação de um novo perfil para o pensamento jurídico nacional, fundado em uma formação humanista, vinculada às demandas sociais encontraram amparo no texto constitucional, que ao reconhecer um amplo catálogo de direitos fundamentais bem como redesenhar o sistema de justiça no Brasil apontava para a possibilidade de plena e igualitária realização da cidadania no Brasil.

No entanto, a permanência de uma estrutura social orientada por práticas hierarquizantes e subalternizantes, decorrência da insistente permanência de uma

conformação liberal-burguesa e colonial das relações sociais, sempre representaram desafio permanente. As transmutações e deslocamentos sofridos pela defesa de um protagonismo judicial permitiu o surgimento do avesso da crítica do direito.

As dificuldades encontradas para a consolidação do movimento do direito alternativo apontam para uma necessária refundação do pensamento crítico no Brasil. As potencialidades da crítica do direito, amparadas pelo vigoroso legado do movimento, apontam contemporaneamente para a consolidação de uma agenda emancipatória que leve em consideração as tensões e deslocamentos decorrentes dos riscos de um protagonismo das elites jurídicas e da necessária democratização do sistema de justiça no Brasil.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**. v.9 n.36, 2006.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- CARVALHO, José Murilo. **Desenvolvimento de la ciudadanía en Brasil**. México: Fondo de Cultura, 1995.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- COELHO, Luiz Fernando. Para uma teoria crítica do Direito. **X Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social**, 2003. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/470/22.pdf>. Acesso em 30 jan. 2011.
- ENGELMANN, Fabiano. Da “crítica do direito” ao “combate à corrupção”: deslocamentos do ativismo político-judicial. **Contemporânea**. v. 7, n. 2, pp 297-312, jul/dez, 2017.
- FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. **Estudos Avançados**. Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo, v.18, n. 51, pp. 103-125, mai/ago, 2004.
- FERRAZZO, Débora; DUARTE, Francisco Carlos. Êxitos e limites de um direito alternativo na realidade latino-americana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. v. 6, n.1, pp 94-103, jan/jul, 2014
- LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito sem Dogmas**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1980.

MOTTA, Luiz Eduardo. **Acesso à Justiça, Cidadania e Judicialização no Brasil**. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/36/eduardo_36.pdf. Acesso em: 20 jan. 2011.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados – Revista de Ciências Sociais**.v 37. n.2 pp. 253-276, 1994.

OLIVEIRA, Luciano. Ilegalidade e Direito Alternativo: notas para evitar alguns equívocos. In:

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. O acesso à ordem jurídica justa em sua perspectiva sociológica. **Revista Sociologia Jurídica**. Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-5/247-o-acesso-a-ordem-juridica-justa-em-sua-perspectiva-sociologica-julia-pinto-ferreira-porto>. Acesso em 20 de janeiro de 2011.

SCREMIN, Mayra de Souza. Do Positivismo Jurídico à Teoria Crítica do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Acessível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1740/1439>. Acesso em 23 de jan. 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. (orgs.) **Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica**.2. ed. São Paulo: Pioneira, 2001.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. (org) **O Direito Achado na Rua**. Brasília: Universidade de Brasília, 1987

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Alternatividade e retórica no direito: para além do embate ideológico. **Revista da OAB Seccional Pernambuco.- Direito alternativo ou formas alternativas de direito**. a. 32. n. 24 pp. 77-92. 1997.

WEBER, Max. Ordem jurídica e Ordem econômica, Direito Estatal e Extra-Estatal. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia Jurídica e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica**. 2. ed. Pioneira: São Paulo, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. Aspectos Ideológicos na criação jurisprudencial do Direito. **Revista Juris**, Porto Alegre, n. 34, pp. 92-102. 1985.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRITICISM OF LEGAL POSITIVISM AND ALTERNATIVE LAW IN BRAZIL: BALANCE, CHALLENGES, TENSIONS AND PERSPECTIVES

ABSTRACT

The advent of the 1988 Constitution has highlighted a certain tension with regard to the relationship models between the roles occupied by the established powers. In the panorama of this tension we find as a backdrop a debate, not always put in its proper terms, involving criticism of Legal Positivism. In this context, the development of the Critical Theories of Law that have emerged in Brazil mainly since the 1980s plays a fundamental role. As a main argument, the association of an uncritical formalism with the authoritarian structures hegemonically established in Brazil at the time of the military regime preventing the realization of the promises brought by the 1988 Constitution. In Brazil, after a little more than three decades of constitutional experience, it is possible, on the basis of a critical assessment, to take a look at the Brazilian experience, rediscussing the place of legal thought in the shaping of the country's institutions. This largely implies revisiting the historical and social context in which criticism of positivism in Brazil is developed, offering a renewed interpretation based on the experience accumulated in recent years. It is a particularly elucidative task to analyze the displacements undergone by critical theories, from their reception in the 1980s to their most recent developments. It is possible to perceive in this context, a movement of progressive conservative capture of the critical agenda, initially focused on the affirmation of progressive and emancipatory values. The purpose of this article is thus to offer ways to reflect upon the presumed crisis of legal positivism in Brazil and the role of the Judiciary in this context, discussing the achievements and difficulties faced by critical theories of law since their reception among us and pointing out the possibilities for an emancipatory critique in the context of contemporary tensions.

KEYWORDS: Alternative Law; Legal Positivism; Judicial Activism.