

EXISTE UM ESPAÇO, NO SABER JURÍDICO ATUAL, PARA UMA TEORIA CRÍTICA?

*IS THERE A PLACE FOR CRITICAL THEORY
IN LEGAL KNOWLEDGE TODAY?*

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

Professor Emérito da Universidade de São Paulo (USP) e da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-4373-3138>].
tercio@sampaioferraz.com.br

ÁREA DO DIREITO: Filosofia

Não¹ é nossa intenção, neste trabalho², propor nenhuma teoria crítica do direito. Não se trata, pois, de delinear, nem mesmo em seus traços mais gerais, como ela se constitui ou pode se constituir. Nossa intenção limita-se ou a postular os seus projetos teóricos ou até a admitir-lhes uma realização parcial em alguns setores, para se dedicar a um problema pragmático: ainda que estes projetos existam, que condições de viabilização o pensamento jurídico institucionalizado nas universidades e na práxis jurídica em geral lhes oferece?

A dogmática jurídica, na forma em que a conhecemos desde o século XIX, não existiu sempre, mas resultou de uma complexidade social crescente no Ocidente, que forçou uma complicação na relação de aplicação do direito. Seu aparecimento coincide com o fenômeno da positivação do direito, que tornou contingente a relação de aplicação! Esta contingência significou um aumento de conflitos de

-
1. Como citar este artigo. *How to cite this article*: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Existe um Espaço, no saber jurídico atual, para uma Teoria Crítica? *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, a. 6, n. 23, out.-dez.2022.
 2. Texto originariamente publicado em PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). *Crítica do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984. p. 65-72. Artigo transcrito por Evian Elias e Isabelly Douglas Calil Assad.

expectativas controláveis pelo direito. Um direito que troca seus dogmas por posição é, sem dúvida, mais maleável. Tal maleabilidade, contudo, tornou-se um fator de instabilidade, que competia à dogmática balizar! Seu desenvolvimento, se, desse lado, evitou o reconhecimento das normas ao aplicador do direito, a aplicação passiva dos enunciados normativos, de outro, também permitiu que, no interesse das decisões, onde a norma fosse vista como condição da decisão, não houvesse decisão sobre a norma. Em outras palavras, a dogmática se revelou como um instrumento importante no alargamento da possibilidade de solução de conflitos, sem rompimento nem com o princípio da vinculação aos dogmas, nem com a exigência de decisão de conflitos – proibição do *non liquet*.

Nos países de tradição românica, o conhecimento do direito tomou, inicialmente, a forma de uma técnica elaborada que os romanos chamaram de jurisprudência, caracterizada como um modo peculiar de pensar problemas sob a forma de conflitos a serem resolvidos por decisão de autoridade, mas procurando, sempre, fórmulas generalizadas que constituíram as chamadas doutrinas. Na Idade Média, sobretudo na época dos glosadores, àquela técnica jurisprudencial acrescentou-se ainda, como um ponto de partida para qualquer discussão, a vinculação a certos textos romanos, especialmente o Código Justiniano, o que foi dando às disciplinas jurídicas uma forma de pensar eminentemente exegética, base da dogmática jurídica.

Com o advento do Racionalismo, nos séculos XVII e XVIII, a crença nos textos romanos acabou substituída pela crença nos princípios da razão, os quais deveriam ser investigados para serem aplicados de modo sistemático. No entanto, foi no século XIX que as grandes linhas mestras da dogmática jurídica se definiram. A herança exegética e a herança sistemática converteram-se na base sobre a qual se erigiu a dogmática jurídica tal qual a conhecemos hoje, à qual o século XIX acrescentou a perspectiva histórica e social.

Não resta dúvida de que, nos últimos anos, a dogmática jurídica enfrentou uma crise declarada em relação às exigências políticas sociais e econômicas de nosso tempo. A princípio, ela se limitava a um posicionamento do jurista perante uma atitude profissional, que o obrigava a uma especialização constante, dado o tipo de formação recebida na sua universidade. A questão, então, era somente de uma correção nas linhas do ensino e de adaptação às necessidades sociais emergentes. Hoje, porém, a crise chega até os fundamentos, o seu potencial argumentativo, a sua práxis decisória, os respectivos resultados produzidos consciente ou inconscientemente e os conteúdos de formação profissional. Em contraposição, nasce uma exigência crescente de conhecimento adequado da situação social do sistema jurídico e de sua práxis, com todas as suas consequências.

Neste sentido, as tentativas de adequação vêm tomando conta da Epistemologia Jurídica há mais de 40 anos. Em verdade, tanto o renascimento da Filosofia

público sobre o domínio prático do seu próprio destino não é mais visado e, às vezes, sequer tematizado. No seu lugar, se põe a tentativa de se obter o aperfeiçoamento administrativo da sociedade de um modo técnico.

Ora, neste quadro, a Ciência do Direito institucionalizada concebe ou, pelo menos, pressupõe uma concepção da sociedade como conexão de comportamentos, na qual a racionalidade é mediatizada pelo conhecimento de controles técnicos, de técnicas sociais, e não por uma consciência social coerente. Na sociedade industrial de nossos dias, a Ciência do Direito junta, num sistema fechado e funcional, suas técnicas de domínio do normativo para investigação, produção e administração dos conflitos sociais. Em síntese, o âmbito teórico da ciência jurídica foi forçado a constituir-se por questões técnicas, que se referem à organização social da ação (relação entre meios e fins) e à escolha entre meios alternativos para fins dados (valores, máximas), excluindo-se as questões práticas, que se colocam em referência à aceitação ou à recusa de normas, especialmente de normas de ação cuja pretensão de validade poderia ser apoiada ou negada com fundamentos racionais, submetidos a um questionamento crítico.

As doutrinas jurídicas se limitam, assim, a fornecer interpretações que não são propriamente orientação para a ação, mas instrumentos de controle da massa despolitizada. Em consequência, o jurista, desde que entra na Faculdade até o ápice do seu desempenho profissional, torna-se presa de uma corrente de bens de consumo que ele ajuda a produzir e administrar, e que exclui do seu trabalho qualquer reflexão crítica, pois esta, se levada a sério, destrói as bases mesmas de funcionamento do seu saber dogmático.

O crescimento da intervenção do Estado, que assume a tarefa de assegurar tanto a estabilidade quanto o desenvolvimento dos sistemas econômicos, e a crescente interdependência que passa a existir entre o domínio técnico do direito e a administração estatal, fazem da ciência jurídica uma tecnologia, mas, além disso, de segunda grandeza em relação à economia, à ciência da administração e à política. Em verdade, o relacionamento entre a ciência jurídica e a atividade estatal, e, por extensão, as burocracias empresariais, serve, assim, de mascaramento para relações de dominação, as quais deixam de aparecer como processo de formação de vontade para assumir a forma de uma técnica (tecnocracia).

Entretanto, como tudo isto implica quer a exclusão de questões práticas importantes, quer a erosão de tradições culturais em nome da prioridade das questões técnicas, tal situação acaba gerando no mundo de hoje uma necessidade crônica de legitimação que, no entanto, não abre espaço para uma teoria crítica do direito, nas formas institucionalizadas do seu estudo, quando muito, o que aparece são exigências de adaptação e adequação do saber jurídico a este universo tecnicizado.

Isto porque o jurista contemporâneo, embora não deixe de se dirigir a uma indagação sobre os valores jurídicos, acaba, pelos posicionamentos sociais, por

reduzir aqueles valores aos valores da eficiência como seu meio de realização, isto é, valores em geral são vistos como critérios de avaliação e organização social, mas que só têm sentido na sua realização. Esta realização está dominada pela própria visão tecnológica. Assim, num primeiro nível, eles só se realizam por meio de técnicas jurídicas. Quando, porém, temos de escolher entre elas, a realização atinge um segundo nível, em que a ciência jurídica se aproxima de uma teoria da decisão, de uma análise das diferentes possibilidades conforme uma relação de custo/benefício. Isto nos conduz a um terceiro nível, a uma concepção do próprio direito como um processo de distribuição de riscos e não como uma determinação do lícito e do ilícito, pois o próprio direito aparece como um gerador de insegurança, que pode nos proteger, mas também pode nos agredir. Daí se segue, novamente, a necessidade de se submeter a realização dos valores à eficiência. Finalmente, num quarto nível, a realização dos valores jurídicos acaba por exigir a construção do direito como sistema normativo, capaz de cobrir os conflitos potenciais da sociedade, isto é, um sistema que traz os conflitos sociais a um estado de formalização em que eles se tornam, em tese (e na aparência), sempre decidíveis. E como esta formalização, por isso mesmo, não se vê atingida pelos conflitos reais, o jurista, em consequência, desenvolve uma espécie de imunidade contra a realidade, que torna, para ele, qualquer projeto de teoria crítica do direito algo desnecessário.

Este é, a nosso ver, o grande desafio que enfrenta hoje quem quer que se dedique à proposição de uma teoria crítica do direito. Dele se exige, em verdade, uma imensa dose de criatividade. Sem ser visto como um atendimento a esta exigência, nosso trabalho não teve outra intenção senão a de fazer um levantamento de algumas das estruturas do pensamento dogmático institucionalizado, em confronto com alguns de seus condicionamentos sociais, a partir do que se pode conquistar, ao menos, um degrau na visão dos problemas a enfrentar.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Filosofia

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Escola de Frankfurt e a teoria crítica de Horkheimer e Adorno, de Jorge Abikair Neto – *RDCI* 108/237-253.