

**ELEMENTOS PARA UMA TEORIA  
CRÍTICA E CONSTITUCIONAL  
APLICADA AO DIREITO CIVIL**

*Prof. Dr. Pietro NARDELLA-DELLOVA*<sup>352</sup>

*E Estudantes de Direito, participantes do Grupo de Pesquisa NUDAR: Debora Sannomia Ito, Amanda Marcatti, Felipe Gomes da Silva, Lucas Corrêa, Márcia S. Fernandes, Claudia Maia, Larissa Torhacs, Natalia Cezario Carvalho, Guilherme Spezi, João Francisco do Prado Marçura, Henrique Vicente Ferreira Marinelli, Priscila Barros, Rodolfo Garcia Teixeira, Bruno Costa, Alexandre Tacla Martins, Rodnei Caio Baptista, Vinicius Gabriel de Camargo, Camila Cerqueira, Amalu Guimarães, Giovana de Castro B. da Silva, Fernanda Lopes, Jackeline Brito Carneiro, Camila*

---

<sup>352</sup> *Pietro Nardella-Dellova é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense, UFF; Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, USP; Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; Pós-graduado em Literatura; Formado em Filosofia e Bacharel em Direito. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro Honorável da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado à Resistência Democrática Judaica (grupo judaico para defesa da Democracia). É Autor de vários livros, artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores; Em 2011 criou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É*

*Ramos de Camargo e Giovanna S. de Moraes*<sup>353</sup>.

**Resumo**

Ao longo do tempo, o Direito vem se libertando das amarras unidimensionais e, cada vez mais, assumindo um caráter de pluridimensionalidades, sobretudo no relacionamento entre direito abstrato e direito real, entre ideias e concretudes, entre justiça e justeza, entre moral e ética. Há um avanço nas Ciências Jurídicas e Sociais a partir de pressupostos das Teorias Críticas, nascidas do Iluminismo e crescidas ao longo da história das ideias, jurídicas, econômicas e sociais. Entre as áreas jurídicas, encontra-se o direito civil, cuja origem é romana, em especial, do cidadão romano e, sobretudo, do cidadão ligado ao seu *domus*, com forte caráter privatístico, individualista, mas vai ganhando contornos mais amplos. Desde a Revolução Francesa, o Direito Civil abre espaço para novos grupos e direitos. Atualmente, embora ainda mantendo seu caráter de direito privado, o Direito Civil ganhou uma qualidade de direito civil constitucional, e tem, diretamente da Constituição, não apenas uma chave hermenêutica, mas dispositivos com aplicação imediata.

*Pesquisador do Grupo de Estudos do Programa de Pós-graduação, stricto sensu (Mestrado e Doutorado), em Educação da USF. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, História do Direito e Direitos Humanos em vários Cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, USF, Fadipa, ESA – Escola Superior da Advocacia, Unimep, EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico”. É Pesquisador bolsista CAPES no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP, abordando o tema “Direito, Direitos Humanos e Judaísmo”.*

<sup>353</sup> *Estudantes de Direito e orientandos do Grupo de Estudos e Pesquisa NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil, da Faculdade de Direito, entre os anos 2013 a 2017, sob Coordenação do Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova;*

**Palavras-chave:** *teorias críticas, direito civil, novo direito civil, direito civil constitucional*

## Introdução

Desde os eventos da Revolução Francesa de 1789<sup>354</sup>, e sua ruptura com a visão unidimensional que marcou todo período medieval, vêm-se buscando, e criando, meios alternativos de debate filosófico e jurídico. A passagem do teocentrismo para o antropocentrismo não apenas pôs termo à influência religiosa sobre as questões jurídicas, mas abriu caminho para novos fatos históricos, entre os quais o Renascimento e a Modernidade.

Tanto nas Artes quanto na Filosofia, o mundo está em constante movimento plural. Não foi, nem é, diferente no Direito. Orlando Gomes foi um dos primeiros a dizer isso em livro.<sup>355</sup>

Há uma presença marcante de hermenêuticas plurais, mormente no caso do Brasil após a Constituição Federal de 1988, que determinou o projeto de país plural, com respeito às diversidades e caracterização da pessoa humana como titular da dignidade. Mais que isso ainda, é preciso conhecer, e

reconhecer, que o direito civil não pode estar desvinculado da pessoa humana e de seu contexto histórico.<sup>356</sup>

No campo do Direito Civil, as repercussões são sensíveis. Obrigações, Contratos, Responsabilidade Civil, Direitos da Personalidade, Famílias, Consumidor e outras tantas áreas experimentaram mudanças profundas, tanto de compreensão enquanto instituições quanto direito material.<sup>357</sup> A pessoa humana ganhou o lugar central do Direito Civil.<sup>358</sup>

A seguir, de modo ainda provocativo, o Artigo pretende apontar alguns destes aspectos, não como teoria ou doutrina cabal, mas como elementos de reflexão.

## TEORIA CRÍTICA E O MOVIMENTO CRÍTICO DO DIREITO

A expressão *teoria crítica* foi cunhada por Horkheimer, em sua obra *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*, para designar a continuidade do trabalho de Karl Marx, primeiramente, numa ruptura com outros pensadores e, depois, com o próprio Marx. Não se tratava de um simples rompimento, pois permaneceram os princípios críticos, mas

---

<sup>354</sup> Fábio Konder Comparato. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. SP: Saraiva, 2013;

<sup>355</sup> Orlando Gomes. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Bahia: UBa, 1958;

<sup>356</sup> Keila Grinberg. *Código Civil e Cidadania*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001;

<sup>357</sup> Miguel Reale. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005;

<sup>358</sup> Luiz Edson Fachin. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª edição. RJ: Renovar, 2006;

com outras previsões teóricas. Para a *teoria crítica*, não basta entender o mundo como ele é, deve-se analisar a sua realidade concreta à luz da emancipação prometida pelo capitalismo, mas truncada pelo próprio sistema (pois ela é apenas aparente, uma simples ilusão criada pela lógica capitalista).

Dessa forma, parte da análise tal qual como deveria o mundo ser, pela potencialidade (emancipatória) nele existente. A crítica<sup>359</sup> encontra-se na prática, na possibilidade de superar os obstáculos percebidos através da observação. Esse é o sentido da ação. Já a teoria só se confirma na prática transformadora das relações sociais vigentes.<sup>360</sup>

A dialética<sup>361</sup>, portanto, constitui a essência do pensamento crítico. Há a compreensão de que o mundo é complexo, cuja realidade deve ser entendida como um processo constante de luta, de existência contraditória, que se reinsere na totalidade do passado e do futuro da sociedade vigente. Em resumo, o pensamento crítico não se contenta em apenas descrever um acontecimento social. Pretende-se ser, sobretudo, emancipatório,

pois compreende que a teoria sem a prática é inócua.

### **A Escola de Frankfurt e a Influência sobre o Direito**

A Teoria Crítica tem origem na Escola de Frankfurt, que se refere simultaneamente a uma teoria social e a um grupo de intelectuais marxistas não ortodoxos, à margem do marxismo-leninismo militante muito presente à época, na década dos anos 1920.

Nasceu como *Instituto de Pesquisa Social*, criado em 1923, com dedicação à pesquisa e reflexão, concentradas primeiramente no socialismo e nos movimentos operários europeus. Sob a direção de Max Horkheimer, o Instituto muda de orientação, mostrando-se um centro de pesquisa centrado na análise crítica da superestrutura do capitalismo moderno:

*O interesse documentário de como a classe operária enfrentava as crises específicas do capitalismo do início do século XX transformou-se no interesse teórico do porquê de a classe operária não ter assumido o seu*

---

<sup>359</sup> A crítica é traduzida para a Escola de Frankfurt como a aceitação da contradição e o trabalho permanente da negatividade, presente em qualquer processo de conhecimento. (FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 51.)

<sup>360</sup> Pietro Nardella-Dellova, in *Palestra "Direito Civil em Chave Crítica"*, proferida na

AJD – Associação Juízes para a Democracia, nov./2014;

<sup>361</sup> A dialética pressupõe a coexistência do Direito e do Antidireito, buscando um processo de desorganização da ordem estabelecida, mostrando a ineficácia de determinadas normas e propondo outras, de forma a abranger setores mais ou menos amplos da vida social.

*destino histórico de revolucionar a ordem estabelecida.*<sup>362</sup>

A ascensão do nazismo na Alemanha leva o Instituto a ser transferido para Genebra e, depois, para Nova Iorque, em 1934. No Novo Mundo, a produção dá-se sob o impacto causado pela cultura americana – expressão máxima do capitalismo moderno e da democracia de massa.

O Instituto volta à sede original em Frankfurt, em 1950, havendo uma redução do grupo de intelectuais, que foi superada pela adesão de jovens filósofos como Habermas, considerado o grande herdeiro intelectual da teoria crítica, criador da teoria da ação comunicativa, a qual posteriormente demonstrou ser a superação da própria teoria crítica.

A história da Escola de Frankfurt pode ser dividida em três grandes momentos. O primeiro compreende o período antes e durante a Segunda Guerra Mundial, com grande influência de Horkheimer, até a volta de Adorno e Horkheimer para Frankfurt. O segundo inicia-se com a reconstrução do Instituto, com Adorno no comando e a introdução da cultura e da teoria estética dentro da teoria crítica. Por último, temos Habermas liderando e propondo o novo paradigma da

razão comunicativo, que iniciou-se na década de 1970 e continua em pleno desenvolvimento.

Exposta a dimensão histórica da Escola de Frankfurt, em que pese a diversidade de seus autores, os quais não compartilhavam necessariamente um consenso epistemológico teórico e político<sup>363</sup>, atentaremos para seus eixos temáticos mais recorrentes: a dialética da razão iluminista e a crítica à ciência; a dupla face da cultura e a discussão da indústria cultural; e a questão do Estado e suas formas de legitimação na moderna sociedade de consumo.

Como já exposto, o norte teórico da Escola deslocou-se de problemas ligados à herança marxista para uma reflexão calcada em temas da cultura.

### **A dialética da razão e a crítica à ciência**

O tema da dialética da razão é discorrido principalmente na obra *Dialética do Esclarecimento*, de Horkheimer. Para Kant, o *esclarecimento*/a razão seria o instrumento de libertação do homem. Esse ideal iluminista, entretanto, não veio a se concretizar; ao invés da emancipação, verificou-se na própria ciência um crescente processo de

<sup>362</sup> FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*. 5. ed. SP: Brasiliense, 1994. p. 15.

<sup>363</sup> Segundo Freitag, a atuação conjunta dos estudiosos frankfurtianos era caracterizada pela “sua capacidade intelectual e crítica, sua

*reflexão dialética, sua competência dialógica ou aquilo que Habermas viria a chamar de 'discurso', ou seja, o questionamento radical dos pressupostos de cada posição e teorização adotada.” (IDEM, p. 33-34).*

instrumentalização da natureza, de dominação e repressão do homem. A razão (instrumental) domina a natureza, mas este conhecimento vem servir à dominação do homem. Logo, a natureza transforma-se em cega objetividade; a razão converte-se em razão alienada.

Em uma abordagem crítica, Horkheimer denuncia o caráter de alienação da ciência e da técnica positivista, através do conflito entre a filosofia de Descartes (teoria tradicional) e o pensamento de Marx (teoria crítica). A primeira objetiva sintetizar juízos universais, portanto, possui um caráter sistêmico e conservador. A segunda busca captar a dimensão histórica dos fenômenos, indivíduos e sociedades, o que demonstra um desejo humanístico e emancipatório.

Horkheimer, no entanto, não rejeita o pensamento de Descartes, adotando como único e verdadeiro o pensamento de Marx: ao compreender que o particular tende a ser a concretização do universal, busca englobar o primeiro ao segundo, confrontando suas estruturas lógicas, objetivos e finalidades, resultando em uma única teoria.

O mesmo autor, na obra *Teoria Crítica*, afirma que a ciência não pode resumir sua concepção epistemológica aos juízos de valor e juízos de fato, mas deve incluir os juízos existenciais, comprometidos com a liberdade e autonomia do homem.

Muito próximo aos ensinamentos de Marx, nesse momento intelectual, Horkheimer edita o ensaio *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*,

no qual revisa a teoria marxista e aponta seus grandes equívocos: 1) a tese da proletarianização progressiva é falsa; 2) a tese das crises cíclicas do capitalismo é falsa; 3) a justiça social não se realiza com liberdade. Igualdade econômica traz homogeneização dos indivíduos. “A homogeneização generalizada é o preço que se paga para assegurar o bem estar generalizado.”

Os regimes totalitários do nazismo, na Alemanha, e do socialismo, no leste europeu, desiludem Horkheimer acerca das teses de Marx, pois aqueles se valem da razão instrumental em detrimento da razão emancipatória, destruindo a liberdade individual em nome do bem geral. Assim, a *teoria crítica* continuava presa a um juízo existencial: libertar a humanidade da repressão, da ignorância e da inconsciência.

Outro debate que se travou sobre a razão humana deu-se entre Karl Popper e Adorno, em 1961, em Tuebingen, sobre os fundamentos epistemológicos do positivismo e da dialética. O positivismo de Popper se manifesta na defesa de um método nas ciências sociais, a lógica situacional, que se caracteriza por ser entendida como uma teoria pronta, acabada, feita com sentenças e hipóteses gerais, em que os casos são amoldados dentro desse sistema de sentenças.

Assim, a cientificidade é garantida pelo método, quando são respeitados os princípios básicos da lógica formal cartesiana: princípio da identidade, não-contradição, dedução ou indução, etc. A crítica consistiria

apenas em demonstrar os erros no percurso de construção do conhecimento.

Já Adorno considera que a teoria crítica não é meramente formal e metodológica, mas material, existencial, seguida sempre de uma crítica, uma desconfiança face ao conhecimento, questionando sempre seus resultados, e não os aceitando somente porque se amoldam perfeitamente aos moldes preestabelecidos. O estudioso deve sempre se guiar pela perspectiva do todo, mesmo quando se debruça sobre um objeto particular; entretanto, o todo consiste em resultado histórico e indicação para realização futura, não é, pois, um sistema estabelecido.

Este pensamento dialético negativo visa buscar no passado os anseios que não se tornaram realidade e tentar efetivá-los no futuro, rompendo com o *status quo*. Transcende o pensamento da razão *iluminista* conceituada por Kant e Hegel, na medida em que mantém como paradigma final a emancipação social, incluindo nela os elementos da contradição e da transformação. Lembremos que a razão iluminista tinha as dimensões emancipatória e instrumental, simultaneamente, mas na sociedade burguesa se desenvolveu somente a razão instrumental, em detrimento da emancipatória.

Adorno percebeu que a utilização da razão instrumental pelo positivismo moderno é problemática, pois não questiona as suas bases e a sua lógica. Dessa forma, ao atribuir

um caráter sistêmico ao processo histórico, a ciência positivista naturaliza os processos sociais. O *positivismo* e a razão instrumental não refletem sobre seus pressupostos; não se percebem como saber interessado e naturalizam o que é histórico.

À guisa de conclusão, a *teoria crítica* inclui, no seu arsenal teórico, a prática do cientista; o *positivismo* só vê a prática metodológica como integrante do seu arcabouço teórico.

Posteriormente, o embate entre a *teoria crítica* e o *positivismo* se travou entre Habermas e Luhmann, respectivamente.

### **A dupla face da cultura e a discussão da indústria cultural**

O tema da crítica feita à cultura de massa esteve presente desde o começo na Escola de Frankfurt e foi o eixo temático responsável pela sua popularização entre diversos países do mundo. Influenciou seus principais pesquisadores, como Adorno, que escreveu sobre a música, Benjamin, ao tratar sobre a obra de arte, Marcuse, sobre o tema da cultura, e Horkheimer, sobre a arte e a cultura de massa.

No contexto burguês, o mundo cultural seria a forma de os oprimidos se libertarem; os ideais de felicidade, liberdade, amor e humanidade são expressos como uma promessa de alcançá-los.



Marcuse entende que a cultura passa a ser utilizada como uma forma alienante na realidade material de exploração, fazendo com que os homens se ajustem às formas desumanas de se viver, prevendo que estas mudariam com o futuro, conforme eram retratadas nas obras de arte.

Com o tempo, essa forma de controle da classe trabalhadora torna-se ineficaz: os bens culturais, expressos em obras literárias, filosóficas e de arte, deixam de ser considerados bens de consumo somente da burguesia, passando a bens de consumo de massa. Isto se dá face à revolução tecnológica-industrial, que permitiu a reprodução em série da obra de arte.

A reconciliação da cultura com a civilização, entretanto, foi apenas aparente, pois aquele ideal de felicidade, justiça e humanidade, contido em seu discurso, quando integrado ao processo de produção, passa a exercer outro valor, o de troca, recebendo o nome de *indústria cultural*, termo este criado por Horkheimer e Adorno.

A indústria cultural assume um novo papel no meio social, o de mascarar e procurar eliminar ainda qualquer forma de pensamento crítico do presente na busca de uma transformação social. Tira do operário qualquer possibilidade de pensar na realidade, ao lhe oferecer a ilusão da felicidade no tempo presente, não mais no futuro.

Percebe-se o ideal de que apenas através do consumo se alcança a verdadeira

realização pessoal. A indústria cultural transforma sua postura inicial em anticultural: dissolução da obra de arte, produção e reprodução das mercadorias anteriormente chamadas de culturais.

Em relação à obra de arte, Benjamin verifica que, em sua origem, sob o manto religioso, praticamente não existia um olhar específico sobre a obra de arte, que teria só um valor de culto (*aura*). No processo de dessacralização, a obra de arte ganha espaço paralelamente ao culto, criando o valor de exposição. A *aura* se manteve até o período burguês; quando saiu desse universo, através do processo incessante de reprodução, massificação e tecnificação, houve perda de sua aura, e assumiu um novo valor, o de consumo.

Benjamin, nesse processo, entende que a obra de arte apenas passa a ser apreciada, acessada por todos. Já Adorno, Marcuse e Horkheimer têm um pensamento contrário e negativista, ao entenderem como uma forma de dissolução na realidade banal da obra de arte, perdendo, assim, seu caráter crítico.

Habermas acompanha o pensamento de Benjamin, ao criticar aqueles três autores, que partiram do referencial burguês, olvidando outras manifestações artísticas populares, como o jazz e o surrealismo. A obra de arte vivencia a mudança de maneira que possui outras funções além das tradicionais (promessa de felicidade), e a solução estaria na busca de uma razão comunicativa, cuja análise

da cultura leva a outras conclusões que não aquelas pessimistas.

### **A questão do Estado e a dominação tecnocrática**

As temáticas que envolvem o Estado também têm lugar permanente na obra dos pesquisadores frankfurtianos, que desenvolveram seus pensamentos em três momentos distintos. No primeiro momento, discutem-se as mudanças ocorridas na base econômica da sociedade capitalista desde Marx. Posteriormente, já nos Estados Unidos, aborda-se a questão do Estado e a dominação, confundindo-se com a crítica à razão instrumental. E, por último, no terceiro momento, após o retorno a Frankfurt, busca-se refletir sobre a legitimação e os problemas de funcionamento do Estado frente ao capitalismo.

O primeiro momento coincide com o período inicial de funcionamento do Instituto de Pesquisa Social em Frankfurt, a partir de 1932. As discussões eram sobre a intervenção estatal na economia das sociedades capitalista e socialista. Para os economistas, nenhuma economia moderna poderia ficar a salvo da intervenção do Estado, tanto para regular seu mercado interno quanto para manter o equilíbrio no plano internacional.

A pura regulação do mercado pela livre concorrência era insuficiente para manter vivo o modo de produção capitalista. Nesse

sentido, o Estado moderno torna-se empresarial. Ao administrar crises, desativa a luta de classes, pois amortece o impacto do conflito da classe trabalhadora com a capitalista.

No segundo momento, verifica-se que aquela razão abstrata pela busca em dominar a natureza para a libertação do homem transformou-se em uma dominação calculada, exercida tanto na natureza como nos homens por uma minoria detentora do poder, inclusive político. O conhecimento e a ciência acabam por servir à lógica técnica e econômica, em detrimento das necessidades dos homens, das lutas políticas.

A ciência e a técnica, vistas como formas concretas para o progresso social, acabam se tornando a base legitimadora do sistema capitalista, transformando-se na ideologia tecnocrática, que busca a dominação econômica e política e, claro, o acúmulo de capital. Por fim, no terceiro momento, Habermas aponta as crises do Estado moderno, oriundas do capitalismo avançado. As soluções para essas crises apontavam para o fascismo ou o socialismo, mas Habermas, de acordo com sua teoria da ação comunicativa, vislumbra um retorno à *polis*, o lugar da sociedade ou societário.

### **Teoria crítica e o Direito**



Sob a influência do criticismo kantiano, da dialética hegeliana, da psicanálise freudiana e do materialismo histórico marxista, emergiu a *teoria crítica do direito*. Através dela, passou-se a questionar a racionalidade da dominação, bem como teorias jurídicas hegemônicas, tais como a corrente normativista do positivismo jurídico e a teoria imperativista.

A primeira, fortemente influenciada pelos estudos de Kelsen, reduz o direito à norma, por compreendê-la como ato volitivo da autoridade estatal constituída. A segunda teoria, também reducionista, concebe somente o lícito como via de acesso ao direito, negando a bilateralidade atributiva; sua lógica consiste nas ideias de ordem, comando e na prescrição de obrigações. Tais teorias ainda estão presentes na atividade dos juristas, em sua grande maioria, positivista-legalistas, que partem da completude e da suposta coerência do ordenamento que, no entanto, resta independente da realidade política, social e econômica. O direito acaba, portanto, reduzido à lei.

Optar pelo discurso da neutralidade de valores significa manter a continuidade do status quo. Nesse sentido, temos que a tecnicidade é uma falácia, pois a pretensa neutralidade é uma manifestação política. Dessa forma, com a teoria crítica, o direito tem a percepção de que deve ser

constantemente reinterpretado, de acordo com o dinamismo e pluralismo dos fatos sociais.

## **A CRÍTICA DO DIREITO E DOGMATISMO JURÍDICO**

O caráter dogmático do direito está intrinsecamente ligado ao jusnaturalismo, pois, segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior<sup>364</sup>, o conhecimento dogmático do Direito é tributário de algumas heranças do pensamento jurídico europeu continental, dentre elas, a herança jurisprudencial dos romanos.

Como juristas práticos, os romanos mantiveram inalterado o dado normativo, ao construírem a sistematização para adequar as normas às finalidades práticas surgidas depois de seu estabelecimento. Logo, trata-se de uma abstração que parte das normas, de proposições determinadas por uma autoridade, que permitiu a própria codificação.

### **CRÍTICA, JUSNATURALISMO E POSITIVISMO: DIREITO CRÍTICO**

O direito desmembra-se em diversas formas de pensamento ao longo da história, destacando-se como mais importantes o Jusnaturalismo e o Positivismo. Apesar de muitos pensadores jurídicos contemporâneos

---

<sup>364</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. SP: Atlas, 1980. p. 19.

negarem seguir um desses pensamentos, suas bases teóricas são enquadradas nesses pilares do direito. O pensamento jusnaturalista (*iussum quia iustum* – ordenado porque justo) nasce na Grécia, sendo relativizado com a natureza, algo metafísico, expondo uma lei superior e anterior aos humanos, um direito natural. O direito natural é apresentado de três formas: cosmológico; teológico; antropológico.

O direito natural de forma cosmológica está ligado à “natureza das coisas”, ao cosmo, de maneira que o direito é utilizado para justificar uma determinada ordem social estabelecida. Já a forma teológica, presente na estrutura aristocrático-feudal, volta suas atenções para ordens de Deus que abençoa o soberano, que dita os preceitos divinos em suas leis, cabendo ao povo aceitar, acreditar e obedecer.<sup>365</sup> Usado pela burguesia para contestar o sistema feudal, o direito natural antropológico conceitua que os princípios supremos advêm da razão e inteligência humana. Tais princípios protegiam as posições e reivindicações burguesas, sendo trocados pelo positivismo após a ascensão da burguesia ao poder.

Já o pensamento positivista jurídico (“*iustum quia iussum*” – justo porque ordenado) reduz a amplitude do direito natural a um pensamento voltado à compreensão das

normas e o sistema em que elas estão inseridas, com ideal de transformar o direito em texto escrito. Com início nos pensamentos de Augusto Comte, mas sendo Hans Kelsen o seu mais influente pensador, que volta seus pensamentos para o sacrifício dos valores para desenvolver um sistema dotado de certeza, rigorismo e especificidade, tendo como fundamento único e principal a norma jurídica. Podemos dividi-lo em muitas espécies, mas neste trabalho destacaremos a legalista, a historicista ou sociologista e a psicologista. O positivismo legalista outorga uma superioridade à lei, esta afastando qualquer costume que a contrarie. Já o historicista foca nos pressupostos da lei, ou seja, na sua fonte de inspiração (normas não escritas, costumes, etc.), que é conhecida como “espírito do povo”, mas quem dita “o que é” ou “não” no costume é a classe dominante; o sociologista volta-se para o estudo do controle social, interpretado como função do direito, que significa ordem estabelecida e tem o Estado como porta-voz das classes dominantes. E, por fim, o psicologista, que busca a essência fenomenológica do direito, ou seja, foca nos pensamentos dos ideólogos; são os fatos de dominação chamados de “jurídicos”.

Em 1977, a partir de um congresso de docentes norte-americanos para discutir críticas ao estudo do direito e da sociedade,

---

<sup>365</sup> Pietro Nardella-Dellova, in *Palestra “Por uma Formação Jurídica Plural e Emancipatória”*, proferida na EMERJ – Escola

*da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, agosto de 2013;*

iniciaram-se os movimentos que criticavam a forma de construção e aplicação do direito.

A crítica ao direito, nos tempos atuais, tem uma forte propensão para transformar a imposição do direito positivo imposto pela classe dominante para um direito mais equilibrado e discutido por todos. A teoria crítica desenvolve, basicamente, seus pensamentos no equilíbrio entre as classes através do direito, dando voz às classes dominadas para que discutam e imponham suas reivindicações diante da criação de uma lei.

Ao lado da crítica ao modo de preparo das leis, está a crítica ao modo de preparo dos futuros juristas, que são desenvolvidos de uma forma estática (Direito como sistema perfeito), parcial (limitada ao Direito positivado) e paralisante (atitudes conservadoras). Com isso, a teoria crítica vem indagar o modo de preparação e aplicação das leis, mas também a forma como serão criados os futuros legisladores e aplicadores do sistema jurídico. A solução seria uma abordagem global, dinâmica e progressista do direito, gerando normas mais benéficas a todas as classes, criando-se um sistema dialético-jurídico, tendo como ponto de partida a Sociologia jurídica, ou seja, a ciência dos fatos sociais.

### **Sociologia Jurídica**

Para combater a hegemonia do direito positivo e direito natural deve ser construído um processo histórico-social, levantando não apenas dados históricos relacionados ao mundo jurídico, mas também a fatos sociais e ao comportamento dos povos ao longo do tempo. Isso poderá resultar na análise de revoluções que, na verdade, algumas delas, não passaram de mero golpe de Estado conservador maquiado de revolução. Mesclando as abordagens históricas científicas e sociológicas científicas, encontraremos a composição da Sociologia geral, fazendo parte desta a Sociologia Jurídica.

A Sociologia Jurídica vai além das normas e do sistema jurídico contemporâneo, entende Direito e Justiça ao longo do tempo, em suas diversas facetas e povos no decurso da história. A Sociologia era dividida em dois vieses: primeiro a Sociologia da estabilidade, harmonia e consenso, onde a legitimidade é presumida. Por este motivo, apresenta instrumentos de controle social, de forma a meramente controlar esta estrutura, sendo que as mudanças devem ocorrer seguindo apenas as regras do jogo. Neste sistema, qualquer tipo de mudança social é controlada e limitada, e o direito é visto como a parte mais atuante dos mores repressivos (sendo estes ligados às classes dominantes). Seria esta a raiz dos positivismos jurídicos, e é considerado um modelo "centrípeto", visto que todas as mudanças são orientadas para dentro do

sistema. Tal modelo pode ser atribuído à burguesia recém-chegada ao poder. Já para a Sociologia da mudança, conflito e coação, diversamente do modelo anterior, são modelos "centrífugos". O espaço social é ocupado por diversos grupos em conflito. Isto torna o bloco de normas dominantes altamente instável, sendo constantes as reivindicações por mudança. Contudo, não se verifica neste modelo um programa coerente de ação e objetivos nítidos de reestruturação social, sendo marcado pelas contrainstituições e pela contracultura. Tais padrões de comportamento forçam a ordem estabelecida a agir com coação. Este modelo, assim como o anterior, é burguês.

O que há em comum entre as posições sociológicas acima discutidas é a tentativa consciente ou não de afastar a dialética.

### **A Dialética Social do Direito**

Vivemos em uma sociedade fortemente influenciada por padrões internacionais, e dentro desta sociedade se insere uma dialética. Sua estrutura modela-se de acordo com a infraestrutura socioeconômica, marcada pelo imperialismo. Neste cenário, há a convivência de grupos de opressores e oprimidos, modos de produção e de organização distintos, que é o que movimenta a dialética social. A dialética social

permite-nos aferir conclusões sobre a essência do Direito que apontaremos a seguir.

Independentemente do sistema capitalista ou socialista, a questão das classes sociais não esgota o problema do Direito, permanecendo a opressão a determinados grupos, cujos direitos humanos são postergados.

A dialética pressupõe a coexistência do Direito e do Antidireito, buscando um processo de desorganização da ordem estabelecida, mostrando a ineficácia de determinadas normas e propondo outras, de forma a abranger setores mais ou menos amplos da vida social. Neste âmbito, é importante destacar o trabalho do sociólogo português Boaventura de Souza Santos que, ao pesquisar determinadas favelas brasileiras, concluiu que numa estrutura com diversas classes sociais superpostas, irrompem inúmeros conflitos classistas, o que tende a desenvolver subculturas paralelas à ordem estabelecida, ou seja, um Direito paralelo.

A opção de adotar uma perspectiva teórica que entenda que este Direito paralelo não é inferior ao direito estatal é tanto científica quanto política. A dialética cuida da opção científica.

As ideologias jusnaturalistas e positivistas são limitadas, pois buscam definir o Direito, enquanto que o direito não "é"; ele "vem a ser". Isto porque o Direito é uma construção constante da sociedade, que se desenvolve no decorrer dos séculos, dentro da

história. Determinadas classes sociais que se encontravam marginalizadas em certo tempo podem se tornar a classe dominante (como ocorreu com a burguesia). Cada classe dominante busca impor suas normas para se sustentar no poder, e isto implica tornar legítimas instituições e padrões de comportamento, o que é formalizado pelo Direito.

A grande problemática do Direito atual, que é bastante utilizada pela doutrina, está em tomar as normas como Direito e, depois, definir o Direito pelas normas, limitando estas às normas do Estado e grupos que o dominam.

Mais do que utilizar o Direito enquanto forma de perpetuar determinados grupos no poder, está na visão de que o Direito, como ciência social, se constrói e se desconstrói com as relações sociais e a história, com as contradições, resistências e vanguardas. O Direito tem um perfil autêntico, em eterna reconstituição e em busca de avanços e áreas novas de libertação. Deve estar sempre ligado à Justiça e não totalmente ao legalismo engessado. É aí que se insere a dialética.

## **A CRÍTICA DO DIREITO E OS DIREITOS HUMANOS**

Os direitos humanos, diferentemente dos outros ramos do direito, não podem ser

entendidos como um sistema, porque fazem parte de um movimento emancipatório em constante construção. Veremos que a luta e a conquista desses direitos, bem como sua efetiva proteção, nascem com a própria ideia de humanidade.

### **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**

Os direitos humanos começaram a tomar forma a partir da baixa idade média, quando a monarquia e o clero iniciaram uma disputa pelo poder, que culminou na Carta Magna, em 1215, documento que representa a limitação dos poderes do rei. Deixava expressa em seus termos que os reis deveriam respeitar alguns procedimentos legais, tais como as garantias de algumas prerrogativas, como a liberdade e a propriedade.

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, marca da Revolução Francesa, veio a primeira manifestação jurídica e política em relação aos direitos humanos. Embora de caráter burguês e localizado, a Declaração é tida como o nascedouro das liberdades civis e políticas. As primeiras Constituições a aderir aos ideais da Revolução Francesa foram a do México e a de Weimar (Alemanha), as quais trouxeram os direitos sociais, econômicos e culturais.

Após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos começaram a tomar uma

força maior, retomando-se os ideais da Revolução Francesa. Com todas as atrocidades praticadas, especialmente pelos nazistas e fascistas, a humanidade se reconheceu como uma grande e mundial sociedade de seres humanos, para além das suas nacionalidades.

Em decorrência, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. A partir de então, esse processo, que trouxe os direitos de solidariedade, inspirou muitos países, que passaram a adotar os pressupostos dos Direitos Humanos em suas constituições.

Os direitos fundamentais consistem, portanto, na constitucionalização dos direitos humanos. Dessa forma, direitos humanos pertencem ao gênero, e direitos fundamentais, à espécie, quando positivados.

No Brasil, a positivação dos direitos humanos deu-se somente em 1988, com a Constituição Cidadã. A partir de então, criaram-se várias leis específicas com o objetivo de reconhecer o direito fundamental de grupos e pessoas.

### **Direitos Humanos e Aplicação Imediata**

Com o reconhecimento desses direitos, veio, porém, o questionamento sobre

a sua efetivação, acerca da grande distância entre o direito formal e o direito real. Norberto Bobbio<sup>366</sup>, em *A Era dos Direitos*, aponta a necessidade de serem efetivados os direitos humanos conquistados e reconhecidos.

No mesmo sentido, Lênio Streck<sup>367</sup> questiona exatamente o fato de a Constituição Federal não ser cumprida da forma correta. Para o autor, faltam políticas públicas cumpridoras do Estado democrático e, por este motivo, surge o judiciário como instrumento para o resgate desses direitos.

Embora seja perceptível a desfuncionalidade do direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei, a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais.

O artigo 5º, §1º, da Constituição Federal prescreve que “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse preceito constitucional alcança todos os direitos fundamentais reconhecidos pelo estado pátrio. De acordo com o §2º do mencionado artigo, não está adstrito ao seu artigo 5º, pois abarca todos os outros direitos fundamentais, independentemente de previsão na Constituição Federal.

---

<sup>366</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 17.

<sup>367</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da*

*construção do Direito*. Porto Alegre: 2005, p. 325.



O fato é que o direito passou por diversas mudanças e, nesse processo, talvez tenha perdido parte de sua essência, ou seja, o que antes era para atuar como um guardião dos direitos dos cidadãos agora se transformou em instrumentos de sonegar esses direitos.

A elaboração de um texto constitucional não vem sendo suficiente para suprir a efetividade das estruturas sociais; aliás, muitas vezes o direito ampara somente as classes médias/superiores. Como exemplo, temos o coeficiente da impunidade do Brasil, em que muitas vezes aquele que pratica o crime de “colarinho branco” fica impune, já os crimes contra o patrimônio são praticados em grande parte por pessoas das camadas sociais mais baixas, as quais compõem a maioria do sistema carcerário brasileiro.

Logo, o próprio Estado Social brasileiro não se efetivou, o que fez aumentar as desigualdades sociais. O que se procura demonstrar é que mesmo com a trajetória de muitas lutas e transformações dos direitos humanos, ainda faltam mecanismos para a sua concretização na prática, de maneira a garantir um estado democrático de direito mais justo e menos desigual.

Para entender a dificuldade da efetivação dos direitos humanos e fundamentais, é importante analisar a influência das condições presentes na

Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e na maneira como ela é encarada hoje por vários segmentos da sociedade. Segundo afirma o constitucionalista José Afonso da Silva<sup>368</sup>, as condições históricas demonstram a existência de uma contradição entre um regime de monarquia absolutista beirando a decadência e uma sociedade nova com perspectivas de avanço comercial e cultural. O conflito deu-se porque a atividade da segunda estava sujeita à arbitrariedade da primeira e à opressão jurídica que partia das classes privilegiadas.

Já as condições subjetivas partem das fontes de inspiração filosófica da doutrina francesa, que foram o pensamento cristão, a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII e o pensamento iluminista. O pensamento cristão só é considerado como fonte na sua ideia primitiva (aquele vigente à época apoiava a monarquia e sustentava a ideologia da supremacia desta), que continha, em relação à dignidade da pessoa humana, uma mensagem de libertação do homem, na medida em que é criado à imagem e semelhança de Deus, todos os homens seriam iguais de natureza.

Porém, o pensamento propagado pelo cristianismo primitivo também pode ser interpretado como um conformismo da escravidão porque, apesar de ter sustentado a

---

<sup>368</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

igualdade de natureza, também ajudou a construir a ideia de bom e mau, que colaborou para criar estereótipos negativos maniqueístas.

Como exposto em outro capítulo, a doutrina do *direito natural* aparece em contraposição à ideia de “divinização”, base do sistema absolutista. Essa doutrina parte de uma natureza racionalista, ou seja, fundamenta o poder político na capacidade racional do homem e também transporta essa ideia para o *direito positivo*. A partir da sustentação dos direitos inatos, reconheceu-se um conjunto de direitos inerentes à pessoa humana.

Por sua vez, o pensamento iluminista é o responsável pelo caráter individualista das primeiras declarações dos direitos do homem, já que ressaltava a crença nos valores individuais acima dos valores sociais.

Duas das condições subjetivas apresentam características que são relevantes na análise da moral contemporânea: (1) a ideia cristã da classificação dos indivíduos entre bons e maus e (2) a crença dos valores individuais acima dos sociais. A primeira característica influencia na ideia equivocada de que os direitos humanos não deveriam destinar-se a todos os homens, mas apenas àqueles que seguem o caminho do “bem”, ou seja, aqueles que estão no lado “bom” da sociedade. Já a segunda característica, presente na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, parte da ideia de que, apesar de cada indivíduo ser único, todos têm a mesma natureza e por isso são iguais. Entretanto, o

individualismo presente nos dias atuais reforça a ideia de diferença na essência dos homens, o que reforça a desigualdade social.

Alguns justificam as desigualdades sociais pela meritocracia; nessa linha de pensamento, aqueles que têm menos direitos não fizeram por merecê-los. Essa afirmação, além de confortar aqueles que ocupam posições mais altas, transforma a vítima na culpada pela sua própria condição.

Ainda que seja preciso se esforçar para atingir determinado padrão de vida, em muitos casos, apenas isso não é suficiente para atingir o básico para se ter uma vida digna e saudável, pois está claro que não falta esforço a uma criança que passa a manhã trabalhando (muitas vezes em um ambiente muito insalubre até para adultos) e a tarde na escola, e ainda assim tem chances mínimas de sair da condição na qual vive.

## **A CRÍTICA DO DIREITO: EXPERIÊNCIAS PONTUAIS**

O chamado Direito Achado na Rua, cuja análise aguda da realidade se firma de acordo com a ideia de que o Direito é um todo orgânico, que tem como imediato princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, foi uma das correntes acadêmicas de debate nos anos 1980, reunindo professores de Direito tanto da USP quanto de outras Universidades

públicas, entre os quais, Roberto Lyra Filho,<sup>369</sup> Professor titular da Universidade de Brasília, José Eduardo Faria<sup>370</sup>, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Geraldo de Sousa Junior<sup>371</sup>, Professor da Universidade do Distrito Federal, Antonio Carlos Wolkmer<sup>372</sup>, Professor da Universidade Federal de Santa Catarina. Esse movimento circunscreveu-se ao meio acadêmico, inspirando uma busca de pluralidades e diversidades.

O direito alternativo, outra experiência, mas de caráter judicial, tendo recebido forte influência do Direito Achado na Rua, teve como premissa o reconhecimento e a efetivação do direito como prática social. Dessa forma, buscou romper com a idealização do princípio da neutralidade judicial. Trata-se de uma herança tanto do Direito Achado na Rua quanto da *Teoria Crítica* da Escola de Frankfurt, que provocou no direito a mudança de paradigmas face aos métodos da hermenêutica constitucional clássica. Entre seus atores, encontravam-se juízes gaúchos que consideravam que o juiz

não deveria simplesmente aplicar a lei, sem qualquer aplicação interpretativa que desconsiderasse a pessoa humana. Não se tratava de abandonar o direito e a aplicação das leis, mas de lhes dar uma interpretação multifacetada, interdisciplinar e, sobretudo, considerar a realidade para além da lei. Entre os representantes dessa experiência, encontravam-se juízes como Amilton Bueno de Carvalho<sup>373</sup>, juiz gaúcho, Lédio Rosa de Andrade,<sup>374</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e João Batista Herkenhoff<sup>375</sup>, juiz no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Todos estudados, de alguma forma, por vários acadêmicos, entre os quais, José Eduardo Faria<sup>376</sup>, Professor da Universidade de São Paulo, e Edmundo Lima de Arruda Junior<sup>377</sup>, Professor da Universidade Federal de Santa Catarina.

A *teoria crítica do direito*, em quaisquer de suas manifestações, consiste no questionamento das normas jurídicas e na análise, reflexiva e fundamentalmente, dos aspectos sociais, da realidade e da aplicação da lei peculiar das ideias já existentes. A

---

<sup>369</sup> Roberto Lyra Filho. *Para Um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Fabris, 1980;

<sup>370</sup> José Eduardo Faria. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987;

<sup>371</sup> José Geraldo de Sousa Junior. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1984;

<sup>372</sup> Antonio Carlos Wolkmer. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. SP: Ed. Acadêmica, 1991;

<sup>373</sup> Amilton Bueno de Carvalho. *Magistratura e Direito Alternativo*. RJ: Luam Editor, 1996;

<sup>374</sup> Lédio Rosa de Andrade. *O que é Direito Alternativo?* Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1998;

<sup>375</sup> João Batista Herkenhoff. *Direito e Utopia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999;

<sup>376</sup> José Eduardo Faria (org). *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1994;

<sup>377</sup> Edmundo Lima de Arruda Junior. *Direito Alternativo e Contingência: História e Ciência*. Florianópolis: Cesus, 2007;

consciência crítica percebe a imprescindibilidade da visão holística no enfrentamento dos problemas cotidianos. Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988 representou mudança de paradigmas hermenêuticos, abrindo mais espaço à teoria crítica do direito no país.

Entretanto, persistem fortemente resquícios das ideologias (*jusnaturalismo* e *positivismo jurídico*) que impedem a inovação do direito e a própria aplicação da Constituição em sua forma plena e eficaz, garantindo a toda a sociedade o exercício de seus direitos (formalmente e materialmente). A *teoria crítica do direito*, ao reconhecer e denunciar essas posturas, permitiu a abertura de um leque de soluções para esse impasses (como o *direito alternativo*, o *pluralismo jurídico*, o *direito achado na rua*), com forte influência no Direito Civil, entre outras áreas jurídicas.<sup>378</sup> No caso do Direito Civil, a influência mais forte foi sentida nas relações obrigacionais, contratuais, de direitos reais e, sobretudo, direito da família. Neste caso, tal foi a influência que o Direito de Família passou a ser chamado de Direito das Famílias<sup>379</sup>, inclusive com reconhecimento de direitos aos homoafetivos.<sup>380</sup>

---

<sup>378</sup> Sílvia Donizete Chagas (org.). *Lições de Direito Civil Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994;

<sup>379</sup> Maria Berenice Dias. *Direito das Famílias*. São Paulo: RT;

## A Recepção da Teoria Crítica no Brasil

A *teoria crítica* ainda hoje nos permite refletir sobre a realidade, buscando uma renovação e uma autocrítica acerca do que é tido como verdadeiro ou imutável. Segundo Antonio Carlos Wolkmer<sup>381</sup>,

*A intenção da teoria crítica é definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem. Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, de sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado.*

O saber jurídico atual, como mencionado em outro capítulo, estrutura-se em duas racionalidades, o *jusnaturalismo* e o *positivismo jurídico*. Por não mais satisfazer a vontade e os anseios de quem realmente deveria ser seu beneficiário, o direito necessita reconstruir-se e mudar seus paradigmas, através de um discurso crítico desmistificador.

A crítica no direito implica justamente o exercício de questionar a normatividade legitimada, admitindo outras formas de práticas diferenciadas no jurídico, as quais

---

<sup>380</sup> Maria Berenice Dias. *Diversidade Sexual e os Direitos Homoafetivos*. São Paulo: RT;

<sup>381</sup> Antonio C. Wolkmer. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 5 ed. rev. SP: Saraiva, 2006.

podem oferecer outros referenciais epistemológicos que acompanhem as complexas transformações sociais e econômicas e suas contradições. Além disso, a emergência de categorias de rupturas ao instituído devem ensejar implementação de transformações necessárias.

No Brasil, não existe uma coesão de autores de maneira a constituir uma escola, mas as produções crítico-culturais e os núcleos que surgiram em decorrência da Escola de Frankfurt não podem ser olvidados. Vale citar as obras de maior influência: as “*Contradogmaticas*”, da ALMED; “*Sequência*”, do curso de pós-graduação em Direito da UFSC; “*Direito & Avesso*”, da Nova Escola Jurídica Brasileira — NAIR (Grupo de Brasília); “*Revista Trimestral da OAB*”, a qual teve circulação nacional durante os anos de 1988 e 1989; “*Direito, Estado e Sociedade*”, do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ; e a revista de “*Direito Alternativo*”, organizada pelo magistrado Amilton Bueno de Carvalho.

É válido salientar os núcleos teórico-críticos existentes nas décadas de 1980 e 1990, como o Grupo de Trabalho *Direito e Sociedade*, vinculado à Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, o *Instituto de Direito Alternativo* (IDA), o *Grupo de Magistrados Gaúchos*, a *Associação Juízes para a*

*Democracia*, o *Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia* (MMFD), o *Programa Especial de Treinamento* (PET), em que cada um utiliza o método que julga mais eficaz para promover o incômodo crítico.<sup>382</sup> Feita essa exposição sobre a recepção da mencionada teoria no Brasil, atentaremos mais adiante ao *direito alternativo*, considerado a via mais coesa da concepção crítico-dialética no Brasil.

### **Direito alternativo: qual sua origem e motivadores na Itália fascista e na Ditadura Militar?**

O direito alternativo não é um movimento contra a lei, que luta contra a existência de um sistema de normas escritas no Brasil ou que não defende a livre interpretação do juiz; estes são alguns argumentos que juristas legalistas utilizam para descrevê-lo. A intenção do movimento é trabalhar para ir contra o conteúdo de algumas leis, como nos casos dos países *anti-apartheid*, que combatiam o regime legal e segregacionista dos países adeptos ao regime. Tem como intenção contestar a falta de aplicação de algumas leis e a interpretação reacionária aos textos legais.

O direito alternativo teve sua origem no Brasil na época da ditadura militar, quando

---

<sup>382</sup> *Idem. p. 90-92;*

a população viveu um período de total ausência de reivindicação dos seus direitos, ficando submetida ao governo, que exercia seu poder mediante temor e violência.

Entretanto, nessa época o poder judiciário não modificou de forma considerável suas funções e, muitas vezes, seus magistrados sentiam-se até mais autoritários, tanto que no ano de 1975, um juiz tentou, em congresso nacional dos magistrados, obter a volta do Estado de Direito; no entanto, ao conquistar o apoio de somente três ou quatro colegas, teve seu plano frustrado.

Com o fim da ditadura militar, houve a promulgação da nova constituição e, com ela, vários problemas considerados como políticos, pelos juízes, foram levados à justiça. O poder judiciário, até então, sempre agia de forma neutra quando se tratava de problemas políticos, e assim, a maioria permaneceu agindo, sem perceber que essa neutralidade consistia em práxis ideológica.

Entretanto, nem todos os magistrados agiram de forma indiferente aos problemas trazidos pelo povo, surgindo então os primeiros juízes alternativos.

O primeiro passo para o início do *direito alternativo* foi a criação de um grupo de estudos, organizado por magistrados gaúchos, alguns deles influenciados pelo movimento italiano do *uso alternativo do direito*. Mas a criação do movimento só veio a ocorrer com

uma manchete em um jornal de São Paulo que visava ridicularizar e desmoralizar o grupo gaúcho, tendo como principal alvo o magistrado Amilton Bueno de Carvalho, um dos organizadores do grupo de estudos.

A matéria jornalística, ao invés de ter uma repercussão negativa, serviu como grande veículo de propaganda, ao unir vários juízes com ideologia semelhante e descontentes com a postura tradicional do judiciário. Após a publicação da referida manchete, foi organizado o Encontro Internacional de Direito Alternativo. Desse modo, criou-se um movimento de crítica à ordem estabelecida, cujo cenário era de revoltas, de um espírito de reivindicação social e de luta por liberdade.

Muitos congressos acadêmicos aconteceram e livros foram lançados, aumentando cada vez mais a popularização do direito alternativo. O movimento foi rapidamente se espalhando entre promotores de justiça, professores, alunos, transformando-se em uma corrente organizada do pensamento jurídico crítico ao direito tradicional.

A origem do direito alternativo foi inspirada em movimentos do direito alternativo italiano, que se deu ao fim da estrutura jurídica fascista, abrindo caminho para um novo ordenamento jurídico, mais democrático do que a ordem vigente até então. Após a promulgação da nova constituição, foi criada a Associação Nacional de Magistrados Italianos (antes era vedada a sua criação), a qual dizia-se ser um grupo apolítico. O poder



judiciário não se adaptou à nova ordem, interpretando da forma mais restritiva possível as recentes leis democráticas. Após algumas décadas, foi criada a Corte Constitucional, a qual declarou inconstitucional quase toda a herança legislativa fascista.

Magistrados da segunda instância se retiraram da Associação Nacional de Magistrados Italianos e fundaram a União das Cortes, que em pouco tempo se tornou União de Magistrados Italianos. A União possuía a intenção de arrebatar os juízes conservadores de primeira instância, representando assim uma posição moderada. A associação era uma espécie de frente ampla, com a presença de várias correntes que se debatiam entre si, sendo criadas a mesa direita e a mesa esquerda, sendo a esquerda responsável pela formação do uso do direito alternativo.

No ano de 1964 foi criada a Magistratura Democrática; muitos de seus membros se aproximavam da ideologia marxista, eram pessoas preocupadas com problemas sociais, que tomavam parte em toda função jurisdicional e na solução dos mesmos, sendo esta a primeira vez que um grupo de magistrados se declarou contrário ao grupo dominante, nesse caso a burguesia. Esse grupo agitou toda a sociedade italiana por suas ideologias e ações; buscaram se aproximar dos sindicatos, partidos políticos, estudantes e

outros. Apesar de a Magistratura Democrática ter sido reprimida e ter sofrido muitos processos administrativos e penais, esta continua com suas atividades até os dias atuais.

### **A crítica do direito e magistratura/judiciário**

Vimos que o direito alternativo entende o direito como uma conjunção de ideias que se modificam junto com a sociedade, ou seja, um organismo vivo em constante mudança, o que faz com que não seja um “ramo exclusivo dos juristas”.

Ora, se a matéria de direito está sempre em processo de mudança, espera-se que os operadores do direito não fiquem estagnados perante as modificações. Por isso, o papel social de um magistrado é de extrema importância, sendo necessária também a presença de advogados que provoquem o poder judiciário, para influenciar nas decisões daquele.<sup>383</sup>

O *direito alternativo* se caracteriza como um movimento de juízes que, conscientes da neutralidade como opção política inerte, buscam uma política de libertação e de comprometimento com o povo,

---

<sup>383</sup> Mauro Cappletti e Bryant Garth. *Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988;*

*é uma consequência de todo o processo de crítica do Direito desenvolvido, principalmente a partir do início da década de 70. A falta de resultados concretos, oriunda da ausência de estratégias específicas, levou ao desenvolvimento de uma série de ações individuais ou grupais e que em determinado momento começaram a despontar, às quais foi dada essa denominação. (...) O Direito alternativo em relação à maioria dos movimentos críticos anteriores inova. Ele fez uma opção pelos pobres – uma opção prática e não apenas retórica como se via anteriormente. Sua proposta (...) se desloca do acadêmico para a rua (...).*<sup>384</sup>

Aquele grupo formado por juízes gaúchos talvez represente o movimento brasileiro de maior destaque na construção de uma sociedade mais igualitária e de um ativismo judicial. O direito alternativo, movimento criado por esse grupo de magistrados, buscava resgatar a possibilidade transformadora e libertadora do jurídico.

Em São Paulo, há também a Associação Juízes para a Democracia, criada com o objetivo de discutir a função do judiciário para a sociedade, bem como a democratização da administração da justiça, em consonância com os preceitos constitucionais.

O que esses movimentos perceberam é que, não raro, o dispositivo legal a ser aplicado ao caso concreto é justo; desse modo, é necessário que os operadores do direito não sejam engessados e que consigam absorver as necessidades sociais, bem como vislumbrem que as normas têm um objetivo social.

## **A CRÍTICA APLICADA AO DIREITO CIVIL**

Para além da superação do positivismo, a *teoria crítica* busca apreender o fenômeno jurídico como algo complexo, cujos conceitos – em contraposição ao mito da neutralidade – sofrem constantes transformações decorrentes da própria realidade fática.

No tocante ao Direito Civil brasileiro, destaca-se a transposição de um positivismo rígido para uma constitucionalização de diversos institutos jurídicos considerados privados.

Esse processo teve início com a intervenção do Estado no Direito Privado, através da regulação da ordem econômica e social, o que provocou a mudança do Estado liberal para um Estado social. Até então, o Código Civil estava em perfeita consonância

---

<sup>384</sup> RODRIGUES, Horácio W. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. SP: Acadêmica, 1993, p. 135;

com as necessidades individuais, que em nada se assemelhavam com as públicas.

Barroso explica que

*No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta Política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento jurídico que regia as relações entre particulares, (...) o papel da constituição era limitado, (...) não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata.*<sup>385</sup>

A clássica dicotomia entre Direito Privado e Direito Público, uma herança romana, espelhava, portanto, todo o ordenamento jurídico, em que os dois grandes ramos, até então, não se comunicavam.

Entretanto, o cenário modificou-se, havendo mudanças profundas a partir da Constituição de 1934 e até os dias de hoje, enquanto os Códigos Civis pátrios (de 1916, já revogado, e de 2002, vigente) permaneceram quase que inertes e ancorados em um ultrapassado liberalismo.

Esse paradoxo se verificava na índole puramente patrimonial do Direito Civil, presente numa sociedade cujo Estado gradualmente exercia intervenção na

economia, dado o fracasso da “mão invisível”, que servia somente à classe social privilegiada.

As contradições desse sistema só puderam ser superadas com, em um primeiro passo, a publicização do direito privado e a sua consequente constitucionalização, decorrente da *teoria crítica*, o que, nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski, pode ser traduzido como: “Constitucionalizar o Direito Civil é, mediante a abertura do sistema formal, recolher a axiologia que aflora do social e, sobretudo a força normativa dos fatos.”<sup>386</sup>

O rompimento da *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado e a afirmação do texto constitucional como vértice axiológico e normativo do ordenamento jurídico, bem como a aplicação dos dispositivos constitucionais nas relações privadas, evidenciam a descentralização do Código Civil em todo ordenamento jurídico.

### **A Crítica do Direito e os Fundamentos do Direito Civil**

Segundo Luiz Edson Fachin<sup>387</sup>, o Direito Civil possui três pilares fundamentais: o contrato, o patrimônio (titularidades) e a família, os quais devem ser analisados numa releitura crítica do próprio estudo civilista.

<sup>385</sup> Luis Roberto Barroso, em palestra proferida no Rio de Janeiro;

<sup>386</sup> PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A Teoria Crítica do Direito Civil de Luiz Edson Fachin e a superação do positivismo jurídico*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito*

*Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. XXII.

<sup>387</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. 27-189.

Nas palavras desse eminente jurista<sup>388</sup>,

*os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas.*

O Código Civil de 1916 era conservador nessas relações de ordem patrimonial, contratual e familiar; muito alinhado ao seu contexto histórico e aos valores dominantes. Não nos olvidemos do papel central da propriedade na realização da pessoa, como expressão da própria liberdade.

As atrocidades da Segunda Guerra Mundial fizeram emergir a pessoa humana, na sua potencialidade moral e ética, e o conceito de Direitos Humanos.

Esse novo cenário mundial provocou uma crescente complexidade do próprio Direito e de suas instituições, em que a distinção entre Direito Público e Direito Privado não podia mais sustentar o ideário jurídico vigente.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>389</sup>,

*As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não apenas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.*

Assim nasceram as normas especiais que tratavam de relações jurídicas cíveis especiais (legislação trabalhista, estatuto da terra e outras), deixando de ser o código o texto exclusivo e sistematizador da esfera privada.

Além das leis especiais, o texto constitucional passou também a tratar de conceitos anteriormente reservados ao Código Civil, nas diversas áreas, a exemplo da família (equiparação da união estável ao casamento), direitos da mulher (mesmo tratamento dado ao homem), propriedade (função social), entre outras.

Nessa esteira, o direito de família, de propriedade e do contrato, fixados no Código Civil, fundamentos primeiramente bem limitados apenas à esfera individual, aos poucos foram recebendo contornos sociais, estatais e, mais além, constitucionais.

<sup>388</sup> *Idem.* 12-13.

<sup>389</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista

*de Informação Legislativa*, a.36, n. 141, jan/mar. Brasília, 1999, p. 108.

## A Crítica do Direito e Direito das Obrigações

Um dos primeiros a criticar o sistema de obrigações é Carvalho de Mendonça, para quem a relação obrigacional trazia algo de perverso, sobretudo no que respeitava ao pagamento e seus desdobramentos em execução.<sup>390</sup>

O direito civil das obrigações surge no momento em que a sociedade passa a necessitar de mecanismos de viabilidade da segurança jurídica e facilidade mercantilista para estabelecerem meios à atividade *negocial*, corporificando-se, atualmente, no que chamamos de negócios jurídicos. Tradicionalmente, à luz do Código Civil, os negócios jurídicos representam um pacto entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, satisfazendo apenas a função individual a qual aquele contrato visou estabelecer.

As obrigações civilistas, que já passaram por substanciais transformações e moldaram a sociedade como ela é reconhecida hoje, constituem a ordem econômica nacional, com o fomento da atividade econômica. E esta última, nos dizeres de Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>391</sup>, compõe “um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e

distribuição dos bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais”.

Observando-se tais princípios pela ótica constitucional, ainda que as relações entre particulares reguladas pelo Código Civil guardem sua essência individualista, regradas pelo *pacta sunt servanda* e acobertada pelo véu da inviolabilidade do Estado, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova vinculação à validade do contrato: atendimento à função social.

Sob este viés, a Carta Magna brasileira condicionou a existência das obrigações contratuais aos interesses da justiça social, redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º e inciso VII do art. 170 da CF). Percebe-se que as relações particulares, a partir de então, submetem-se ao interesse da sociedade e as estas devem servir plenamente, sob pena de invalidade.

É nítido o objetivo traçado pela inserção dos princípios constitucionais no ordenamento civil e relações particulares, qual seja o de atingir a função social constitucionalmente estipulada, estruturando deveres socialmente esperados e decorrentes do ato de contratação, criando padrões de comportamentos de informação, proteção recíproca da pessoa e do patrimônio,

---

<sup>390</sup> Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral do Direito de Crédito*. Curitiba: Imp. Paranaense, 1908, pp. 264 e segs.;

<sup>391</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. *Revista de Informação Legislativa*, a.36, n. 141, jan/mar. Brasília, 1999, p. 107.

colaboração e etc., e, ademais, limitando os direitos subjetivos inseridos na relação.

E sendo este um claro conceito do que é “boa-fé objetiva”, resta evidente que o próprio Código Civil é atento aos valores constitucionais expressos em seus artigos e princípios, não havendo outra interpretação mais acertada do que aquela que lida à luz da Constituição Federal.

### **A Crítica do Direito e Direitos Reais**

A concepção mais clássica dos direitos reais tem sua origem desde os Estados Liberais, na qual é regra a garantia absoluta da propriedade ao indivíduo. Logicamente, esta concepção tem encontrado diversos entraves nas últimas décadas, e especialmente nos ordenamentos jurídicos sujeitos ao atendimento de direitos sociais.

Este caso é o da Constituição Federal de 1988 (criada a partir de uma concepção de Estado Democrático e Social de Direito), a qual apresenta um conflito ideológico acerca da propriedade.

Em seu artigo 5º, inciso XXII, o texto constitucional afirma que o estado garantirá o direito de propriedade, atendendo a máxima liberalista. Já no inciso XXIII, está previsto que a propriedade atenderá a sua função, em

observância dos princípios coletivistas e sociais do Estado social.

Evidente que esta antinomia é resolvida, no campo teórico, por meio dos mecanismos apresentados pela hermenêutica jurídica, cabendo ao intérprete aplicar a proporcionalidade e razoabilidade nos casos em que o conflito comporte apenas os interesses de uma das concepções.

Entretanto, no plano da prática, este conflito hermenêutico de normas não possui tanta força. Em países como o Brasil, nos quais a economia gira em torno de insumos primários (agropecuária e afins) e que são dotados de grandes extensões de terra, as grandes porções de propriedade da terra estão nas mãos de poucos latifundiários, que fazem uso famigerado da garantia absoluta dos direitos reais, ignorando a função social a que esta deve se submeter.

Em contrapartida, os menos abastados, que não têm acesso à propriedade e dela necessitam para retirar seu sustento, são tolhidos do referido direito. Estes não conhecem quais são as características clássicas da propriedade, pois o direito de propriedade liberal não foi delineado para beneficiar os corpos coletivos. A propriedade, neste sentido, é vista como um instituto que se perdeu na história, segundo Pontes de Miranda.<sup>392</sup>

O Código Civil em nada ajuda a resolver os novos conflitos, pois ainda está adstrito aos bens imóveis. Decerto, a CF/88 apresenta um direito de propriedade muito

---

<sup>392</sup> Pontes de Miranda. *Sistema de Ciência Positiva. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972 (o texto é de 1922); p. 174 e segs;*



mais amplo, que reverencia os interesses ambientais, os interesses urbanos e rurais, e outros que viabilizam o atendimento do objetivo último: a função social.

## **A Crítica do Direito e o Direito das Famílias**

Nas últimas décadas, a sociedade contemporânea experimentou várias transformações, com a crescente garantia de direitos, aceitação da diferença e dos diferentes. Nesse norte, o Direito das Famílias, antes marcado pela valorização do patriarcalismo, que implicava a exclusão dos interesses dos demais membros da família e a prevalência do patrimônio em detrimento das relações, hoje contempla a busca permanente pela realização das pessoas, valorizando-se, assim, o princípio da afetividade.

Sob o viés patriarcalista, o vínculo do casamento era indissolúvel, sob pena de colocar em risco a própria sociedade, já que o matrimônio era a sua célula fundamental: além da formação dos indivíduos no seio da família, era, principalmente, a base econômica da sociedade. Gilberto Freyre<sup>393</sup> nos adverte que, mesmo com a predominância da família patriarcal, existiam diferentes núcleos familiares, desde os tempos da *casa grande e senzala*:

*Em ligação com o assunto devemos recordar que o familismo no Brasil compreendeu não só o patriarcado dominante – e formalmente ortodoxo do ponto de vista católico-romano – como outras formas de família: parapatriarcais, semipatriarcais e mesmo antipatriarcais (...).*

A atual nomenclatura *Direito das Famílias* possui o espírito de proteção das mais diversas formas jurídicas de expressão do afeto, com liberdade e responsabilidade, e vem a corrigir o profundo abismo entre o texto normativo e a realidade social, que comporta composições plurais de famílias.

## **Núcleos familiares e entidades familiares**

A família no Código Civil de 1916 era constituída apenas pelo casamento. Como mencionado anteriormente, o vínculo do matrimônio não podia ser dissolvido, tendo em vista seu forte conteúdo moral e religioso no seio da sociedade. Ao homem cabia a chefia da família, já a mulher era equiparada aos relativamente incapazes, e somente os filhos oriundos do casamento eram considerados legítimos.<sup>394</sup>

Em um primeiro momento do processo de evolução, de acordo com Mylène Glória Pinto

---

<sup>393</sup> FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. 50ª ed. São Paulo: Global, 2005, p. 130-131;

<sup>394</sup> Pietro Nardella-Dellova. *Themis e Dikè: os Núcleos Familiares*. Revista da AJD – Associação Juízes para Democracia, 2011;

Vassal<sup>395</sup>, tem-se o instituto do *desquite*, permitido apenas para as hipóteses de adultério, tentativa de morte, sevícias, injúria grave e abandono voluntário e injusto do lar por prazo não inferior a dois anos. Podia ser consensual ou litigioso, e, neste último caso, era necessariamente associado à culpa, o que gerava sanções patrimoniais e não patrimoniais ao cônjuge faltoso, como a proibição de exercer a guarda dos filhos.

No entanto, o *desquite* não dissolvia o vínculo matrimonial, pois este era indissolúvel. Para as relações extramatrimoniais não existia nenhuma regularização, ficando completamente desprotegidas. Além disso, o marido podia pedir a anulação do casamento, alegando o desvirginamento da mulher.

Com o advento do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121 de 1962, embora o homem permanecesse na gerência da entidade familiar, a mulher passa a ter o direito de discordar judicialmente de questões atinentes à sociedade conjugal. O divórcio surge com a Lei 6.515/1977, sendo permitido somente após cinco anos de separação de fato ou três anos depois da separação judicial, e por apenas uma vez. Com a Constituição de 1988, advém a igualdade entre homens e mulheres, bem como entre os filhos, sejam adotados, havidos ou não na constância do casamento. O seu artigo 226

equiparou as uniões estáveis ao casamento, além de admitir as famílias monoparentais. O instituto conjugal deixa de ser a única forma de entidade familiar e passa a pertencer à categoria dos institutos de promoção da dignidade humana.

Pouco tempo depois, edita-se a Lei 7.811/89, que permite divórcios sucessivos. Com a Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança passa a ser sujeito de direitos; assim, no tocante à guarda e visitação, deve prevalecer o seu melhor interesse, sendo irrelevante a inexistência de culpa do cônjuge para a dissolução do casamento.

Em que pese todo o processo de evolução crítica, o Código Civil de 2002 manteve a estrutura patrimonial e patriarcal do casamento, mas a linha evolutiva seguiu em outras leis: no ano de 2010, foi publicada a Emenda Constitucional 66, que permite o divórcio direto, sem a prévia separação de fato, bem como elimina o conceito de culpa nos rompimentos conjugais. Verifica-se, assim, no conceito de família e suas novas acepções, que emergem as ideias de afetividade e solidariedade, enfatizando o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. O que hoje caracteriza uma família é o vínculo afetivo entre seus integrantes, com união de esforços para um bem comum de busca da felicidade.

---

<sup>395</sup> VASSAL, Mylène Glória Pinto. *Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no direito*. Revista da EMERJ: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. *Família do século XXI: aspectos jurídicos e*

*psicanalíticos*. Série de Aperfeiçoamento de Magistrados, 12. Rio de Janeiro, 2013, p. 126-131.

No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas. A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca.<sup>396</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito, como vimos, ganhou contornos humanistas que, ao passo da história, venceram os contornos meramente institucionais. A pessoa humana ocupa seu lugar como destinatária do direito, fim último do direito e, sobretudo, em face de quem o direito se constrói.

As correntes filosóficas críticas que começam com Descartes, Espinosa, Beccaria, Vico, bem como as correntes antropológicas a partir de Levi-Strauss, as correntes psicanalíticas com Freud, Jung, Fromm, David Cooper, as correntes econômicas com Adam Smith, David Ricardo, Marx, Proudhon, Stuart Mill (todos representantes das correntes liberais, marxistas e libertárias), bem como a

evolução da compreensão humana da diversidade sexual e da pluralidade religiosa, enfim, o próprio movimento humano foi criando possibilidades para um direito humanista. Dizer direito em chave crítica deveria parecer a mesma coisa que direito humanista ou direito que reconhece na pessoa humana o valor supremo e inegociável.

Todas essas correntes ajudaram a compreender melhor o papel das instituições em face da pessoa humana. Colaboraram para um melhor Direito Civil, desde a defesa dos Direitos da Personalidade à repercussão obrigacional, mormente no que respeita à responsabilidade patrimonial; desde as relações contratuais com base no *pacta sunt servanda* até a compreensão de uma hermenêutica constitucional; desde a família tradicional a partir do casamento aos muitos núcleos familiares e o reconhecimento jurídico das relações de afeto (afeto não mais como ideia ou sentimento, mas como valor jurídico).

As muitas experiências críticas pouco ajudam, vistas em modo particularizado, mas, quando vistas em um conjunto maior, em um movimento humano milenar, permitem a compreensão e o alcance do direito. O presente Artigo não tinha, nem tem, a pretensão de apresentar “conclusões”, mas apenas de provocar o pensamento e, por isso mesmo, ficam aqui estas considerações finais.

---

<sup>396</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 9ª ed. SP: RT, 2014. p. 58.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo?* Florianópolis: Obra Jurídica Editora, 1998;
- ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. *Direito Alternativo e Contingência: História e Ciência*. Florianópolis: Cesus, 2007;
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988;
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. RJ: Luam, 1996;
- CHAGAS, Sílvio Donizete (org.). *Lições de Direito Civil Alternativo*. SP: Acadêmica, 1994;
- COMPARATO, F. Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. SP: Saraiva, 2013;
- DIAS, Maria Berenice Dias. *Diversidade Sexual e os Direitos Homoafetivos*. SP: RT, 2014;
- DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias*. São Paulo: RT, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª edição. RJ: Renovar, 2006;
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012;
- FARIA, José E. (org). *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. SP: Ática, 1994;
- FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 1987;
- FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. SP: Atlas, 1980;
- FREITAG, Barbara. *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*. 5. ed. SP: Brasiliense, 1994;
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. 50ª ed. São Paulo: Global, 2005;
- GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. Salvador: UBa, 1958;
- GRINBERG, Keila Grinberg. *Código Civil e Cidadania*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001;
- HERKENHOFF, João Batista. *Direito e Utopia*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1999;
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa, a.36, n. 141, jan/mar. Brasília, 1999;
- LYRA FILHO, Roberto. *Para Um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Fabris, 1980;
- MIRANDA, Pontes. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo IV, Rio de Janeiro: Borsoi, 1972 (1922);
- MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações ou*

*Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. Curitiba: Imp. Paranaense, 1908;

NARDELLA DELLOVA, Pietro. *A Morte do Poeta e Outros Monólogos*. São Paulo: Scortecci Editor, 2009;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Themis e Dikè: Os Núcleos Familiares*. Revista Jurídica da AJD – Associação Juízes para Democracia, 2011;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org. e coautor). *Antropologia Jurídica: Uma Contribuição sob Múltiplos Olhares*. 2ª edição. São Paulo: Scortecci Editor, 2018;

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A Teoria Crítica do Direito Civil de Luiz Edson Fachin e a superação do positivismo jurídico*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. XXII.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005;

RODRIGUES, Horácio W. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. SP: Acadêmica, 1993;

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. Malheiros: SP, 2005;

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. P. Alegre: Fabris, 1984;

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: 2005;

VASSAL, Mylène Glória Pinto. *Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no direito*. Ver. da EMERJ: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos. Série de Aperfeiçoamento de Magistrados, 12. RJ, 2013, p. 126-131;

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. SP: Ed. Acadêmica, 1991;