

4.8 CONCEPÇÕES TEÓRICAS SOBRE O DIREITO E MINISTÉRIO PÚBLICO

4.8.1 Teoria crítica do Direito no contexto das funções constitucionais do Ministério Público

Gregório Assagra de Almeida¹

Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça- Promotor de Justiça

O enfoque sobre o acesso à justiça, *como movimento de pensamento*, constitui atualmente o ponto central de transformação do próprio pensamento jurídico, que por muito tempo ficou atrelado a um positivismo neutralizante, que só serviu para distanciar o Estado de seu mister, a democracia, do seu verdadeiro sentido e a justiça da realidade social.

Não há como pensar no Direito hoje sem pensar no acesso à justiça. Direito sem efetividade não tem sentido. Da mesma forma, não há democracia sem acesso à justiça, que é o mais fundamental dos direitos, pois dele, como já manifestaram Mauro Cappelletti e Garth², é que depende a viabilização dos demais direitos. Enfim, a problemática do acesso à justiça é atualmente a pedra de toque de reestruturação da própria ciência do direito.

O estudo do acesso à justiça pressupõe a compreensão dos problemas sociais. Não é mais aceitável o enfoque meramente dogmático-formalista. Cappelletti, um dos estudiosos mais autorizados a falar sobre a matéria, esclarece que o dogmatismo jurídico é uma forma degenerativa do positivismo jurídico, que conduziu a uma simplificação irrealística do próprio Direito ao seu aspecto normativo, de sorte a deixar de lado outros valores não menos importantes, relacionados aos sujeitos, às instituições, aos procedimentos, aos deveres e responsabilidades das partes, dos juízes e dos próprios juristas. Concluiu ainda o professor da Universidade de Florença:

Nesta impostação formalista e degenerativa do positivismo jurídico, a interpretação da norma não é outra senão aquela do 'resultado de um cálculo

conceitual de estrutura dedutiva, fundado sobre uma idéia do ordenamento como sistema de normas fechado, completo e hierarquizado', com a 'doutrina do silogismo judicial segundo a qual também a decisão é o resultado objetivo de um cálculo dedutivo [...]. Não menos importante é o fato de que nesta impostação formalística, acaba por haver uma identificação do direito positivo com a justiça, ou seja, que é o mesmo, uma recusa de avaliar o direito positivo tendo como base os critérios de justiça, sociais, éticos, políticos, econômicos³.

A atenção dos juristas, que antes estava voltada para a ordem normativa, hoje somente tem sentido se direcionada para a realidade social em que essa ordem normativa está inserida⁴.

Nesse diapasão, Roberto Omar Berizonce aponta que essa transformação do pensamento jurídico passa, necessariamente, por duas vertentes: a) *uma renovação metodológica*, caracterizada pela utilização da investigação sociológica e análise histórico-comparativa dos estudos dos problemas e sobremaneira pelas propostas de soluções de política legislativa; e b) a concepção do ordenamento jurídico como um verdadeiro *instrumento de transformação social*, visão essa superadora das tradicionais missões de proteção e sanção⁵.

Novamente Cappelletti ressalta que o aspecto normativo do Direito não é renegado, mas visto como um dos elementos em relação aos quais primeiramente devem ser observadas as pessoas, as instituições e os processos, pois é por intermédio deles que o Direito:

[...] vive, se forma, desenvolve e se impõe. Em outras palavras, o direito é visto não como um sistema separado, autônomo, auto-suficiente, 'autopoietico', mas como parte integrante de um mais complexo ordenamento social, onde isto não se pode fazer artificialmente isolado da economia, da moral, da política: se afirma, assim, aquilo que foi chamada a Concessão 'Contextual' do direito. Para dar um exemplo, não há mais sentido estudar, ou conceber ou ensinar o direito processual exclusivamente em seus aspectos normativos: estes vão integrar, afirmo, na visão de alguns destes atores (partes, juiz, testemunhas etc), das instituições e dos procedimentos examinados sob os aspectos sociais, éticos, culturais, econômicos, a 'acessibilidade', em suma, do fenômeno processual ao indivíduo, aos grupos, e à sociedade [...]⁶.

E mais: Cappelletti chega a propor, para substituir a *concessão unidimensional*, que é limitada à análise da norma, uma *concessão tridimensional do direito e da sua análise*, que se constitui: a) na análise do *problema da necessidade social* que um determinado setor do direito deverá resolver; b) na análise da *resposta* ou *solução* prevista para a hipótese nos planos normativo, institucional e processual; e c) na análise crítica dos *resultados*, dentro do plano social *lato sensu* (econômico, político etc.), que deverão ser produzidos, concretamente, no âmbito da sociedade⁷.

É dentro desse contexto que se fala hoje em uma *Teoria Crítica do Direito*⁸, que busca integrar as funções *deontológica*⁹ (palco da preocupação predominante do *jusnaturalismo*), *ontológica*¹⁰ (em relação à qual está voltado o *positivismo jurídico*), e a *fenomenológica*¹¹ (que é o centro de preocupação do *realismo jurídico*)¹². Essa integração, contudo, é feita de forma desmistificadora.

Explicam Luís Alberto Warat e Albano Marcos Bastos Pêpe que: a) no plano *deontológico*, a *teoria crítica do direito* tem a justiça como uma instância específica da ideologia reinante, demonstrando que os problemas de valoração jurídica são opiniões ou crenças de uma visão de mundo da classe dominante; b) no plano *ontológico*, ela combate a neutralidade gnoseológica do positivismo jurídico, demonstrando o íntimo relacionamento existente entre o saber jurídico e o poder, destacando inclusive que, não obstante as tentativas de controle epistemológico, o conhecimento jurídico encontra-se política e ideologicamente determinado; e c) no plano *fenomenológico*, a *teoria crítica do direito* sustenta a possibilidade de uso emancipatório do direito e renega, ao mesmo tempo, uma sociologia do direito do tipo positivista, de maneira a demonstrar os benefícios de uma abordagem dialética do

processo histórico-social do direito¹³. Como defensores de uma postura crítica em relação ao Direito, sustentam os mencionados juristas: "[...] Os filósofos do Direito têm o dever moral de denunciar os graus crescentes de uma injustiça cada vez mais tolerada pela indiferença de homens absorvidos pelo consumo e as trivialidades do dia-a-dia das grandes cidades".

Lênio Luiz Streck fala hoje em uma Nova Teoria Crítica do Direito, que viria para contrapor a experiência, a historicidade e a faticidade. Explica o referido jurista que essa nova concepção teórica representaria um importante passo para a definição do pensamento jurídico como pensamento prático, como pensamento orientado à coisa mesma:

[...] no interior do qual o jurista se dê conta de que e aqui aproveito a lição de Lamego 'nas situações da vida há similitude, mas não identidade, pelo qual os traços caracterizadores da situação particular não podem ser deixados de fora em virtude do caráter 'abstrato' da pauta geral', contrapondo à metodologia própria dos modelos apodíctico-demonstrativos o 'modelo' do círculo hermenêutico [...]¹⁴.

Como analisar, então, a relação entre a concepção crítica do Direito e as funções constitucionais do Ministério Público?

O Ministério Público brasileiro assumiu função social primordial com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigos 127/129). Passou a ser Instituição de defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, passou a ser Instituição detentora de função promocional de mudança da realidade social.

Nesse contexto, não seria compatível com o papel constitucional do Ministério Público uma visão meramente fechada e unidimensional do fenômeno jurídico. É fundamental que se compreenda a Instituição e o seu compromisso constitucional por intermédio de uma visão pluridimensional do fenômeno jurídico. Essa visão deverá abranger a fenomenologia, a deontologia e a ontologia, contrapondo-as e desmistificando-as, de forma a se extrair as diretrizes fundamentais para a atuação da Instituição na promoção efetiva da mudança da realidade social.

Para tanto, entendemos que a Teoria Crítica do Direito, por englobar o Direito como aquilo que é e aquilo que deve e pode ser isso dentro de uma visão abrangente, emancipadora e transformadora, contribui, e muito, para que o Ministério Público, como Instituição fundamental de defesa social, possa melhor compreender e melhor exercer as suas funções constitucionais dentro do processo de democratização da sociedade brasileira e de suas instituições fundamentais.

Notas:

¹ Mestre em Direito Processual Civil e Doutorado em Direitos Difusos pela PUC-SP.

² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1988, pp. 11-12.

³ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de processo**, São Paulo, n. 61, p. 144.

⁴ Nesse sentido, BERIZONCE, Roberto Omar. **Efectivo acceso a la justicia**: prólogo de Mauro Cappelletti. La Plata: Librería Editora Platense, 1997, p. 11.

⁵ Op. cit. nota anterior, pp. 11-2.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de processo**, São Paulo, n. 61, p. 144.

⁷ "A análise do jurista torna-se, desta forma, extremamente mais complexa, mas também mais fascinante e infinitamente mais realística; essa não se limita mais a acertar, por exemplo, que para promover o início de um processo ou para levantar uma impugnação, se devam observar certos procedimentos formais, mais implica, em outras palavras, em uma análise do 'tempo', necessário para obter o resultado desejado, dos 'custos' a afrontar, das 'dificuldades' também psicológicas a superar, dos 'benefícios' obtidos, etc.[...]" *Ibidem*. p. 146.

⁸ Nesse sentido, Luís Alberto Warat e Albano Marcos Bastos Pêpe afirmam: "O que se chama de teoria crítica é tão-somente um conjunto de abalos e cumplicidades contra as teorias dominantes. Seu objetivo assemelha-se a uma guerra de guerrilhas, isto é, infinitas estratégias teóricas que visam minar os alicerces da fortaleza do dogmatismo jurídico. Um espaço teórico bastante fragmentado, nada monolítico e cheio de promessas". [...] "Os discursos críticos do Direito, assim entendidos, estão desvinculados do positivismo jurídico, do jusnaturalismo e do realismo sociológico, fazendo deles objetos de sua crítica [...]". PÊPE, Albano Marcos Bastos; WARAT, Luís Alberto. **Filosofia do direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996, p. 65.

⁹ A conotação deontológica, como ensinam Luís Alberto Warat e Albano Marcos Bastos Pêpe, decorre da investigação que visa esclarecer os valores supremos em relação aos quais se vincula o direito e dessa função nasce a filosofia do direito como teoria da justiça. *Ibidem*. p. 40.

¹⁰ Como ensinam também Warat e Albano Marcos, a função ontológica estuda o ser e a natureza fundamental do direito, com a preocupação de responder à pergunta sobre sua essência. *Ibidem*. p. 41.

¹¹ Esclarecem Warat e Albano Marcos que a função fenomenológica visa pensar o direito enquanto ação na realidade social. Op. cit., p. 43.

¹² Cf. Luís Alberto Warat e Albano Marcos Bastos Pêpe. *Ibidem*. p. 45.

¹³ *Ibidem*. p. 46.

¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 287-8.