

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**USO ALTERNATIVO DO DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO
DA JUSTIÇA**

Luís Fernando Amaral Apóstolo

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**USO ALTERNATIVO DO DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO
DA JUSTIÇA**

Luís Fernando Amaral Apóstolo

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. José Artur Teixeira Gonçalves

Presidente Prudente/SP
2015

645 Apóstolo, Luis Fernando.
USO ALTERNATIVO DO DIREITO COMO INSTRUMENTO
PARA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA / Luis Fernando Amaral Apóstolo.
Presidente Prudente – São Paulo, 2015.
93f.

Orientador: José Arthur Teixeira Gonçalves
Monografia de conclusão de Curso de Direito – Centro
Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” – Toledo: Presidente Prudente
– SP, 2015.

1. Dogmática Jurídica. 2. Direito Alternativo. 3. Justiça.
4. Poder Judiciário. 5. Uso Alternativo do Direito. I. Título.

USO ALTERNATIVO DO DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

José Artur Teixeira Gonçalves

Sandro Marcos Godoy

Pedro Augusto de Souza Brambilla

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2015

“A justiça é o pão do povo.
Às vezes bastante, às vezes pouco.
Às vezes de gosto bom, às vezes de
gosto ruim.
Quando o pão é pouco, há fome.
Quando o pão é ruim, há
descontentamento”

(Brecht, *Poemas*, O Pão do Povo, 2ª
edição, Brasiliense, p. 309)

Louvores a todos os juristas críticos que
fazem do Direito um instrumento de
transformação da sociedade brasileira,
conferindo às classes oprimidas um
amparo, ainda que mínimo, na luta contra
o sistema capitalista implacável e contra
os meios de dominação conservadores.

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me dado a vida e pela oportunidade de ter uma educação qualificada durante todas as fases da minha vida, condição que infelizmente nem todos os jovens podem desfrutar.

Agradeço imensamente aos meus pais Carlos Alberto Apóstolo e Lúcia Guimarães Amaral Apóstolo por serem responsáveis pela pessoa que me tornei. Sempre me corrigindo nas atitudes erradas e me motivando quando estou trilhando um caminho correto, nunca poderei reclamar deles a falta de apoio ou de amor.

Agradeço também aos meus irmãos Marcos Vinicius Amaral Apóstolo e Paulo Vitor Amaral Apóstolo, fontes inesgotáveis de alegrias, carinho e paciência durante toda a minha vida, principalmente, nos momentos em que estive no curso de Direito.

Sou grato a todos os meus amigos e parentes. Queria destacar cada um deles que muito me ajudaram a ultrapassar mais essa etapa em minha vida. Não os citarei nominalmente, pelo receio de que, injustamente, possa me esquecer de algum deles, erro que jamais me perdoaria.

Sou grato, ainda e especialmente, a todos os professores que tive durante toda a trajetória escolar. Destaco o professor José Artur Teixeira Gonçalves, pessoa muito carismática, por ter me apresentado, durante as aulas de Sociologia Jurídica, o tema Direito Alternativo. Foi imensa minha alegria quando ele aceitou o convite para me orientar em minha monografia.

RESUMO

Este trabalho busca analisar o *uso alternativo do Direito*, abordando, a crise da dogmática jurídica, passando pelo conceito de Direito Alternativo, sendo exposta suas vertentes - *Direito Alternativo em sentido Estrito* ou *Pluralismo Jurídico*, *Positividade Combativa* e o *Uso Alternativo do Direito* - constatando a seguir se o *uso alternativo do direito* promove a justiça ou causa insegurança jurídica e ainda, a análise da ideologia do magistrado durante a evolução da cultura jurídica ocidental e, por fim, a análise da aplicação de cada uma das formas de atuação pelos magistrados ao caso concreto. No primeiro capítulo, será tratada a crise da dogmática jurídica (positivista-legalista), que se expressa na instrumentalização econômica do Poder Legislativo e a Politização do Poder Judiciário. No segundo capítulo, será abordado o conceito de Direito Alternativo, sua classificação e suas propostas, sendo feita a análise do movimento no contexto Latino-Americano, local onde teve seu maior desenvolvimento ante as situações de crise, sendo ainda, analisadas suas vertentes (ou formas de atuação) sendo elas: o *Direito Alternativo em sentido estrito ou Pluralismo Jurídico*, a *Positividade Combativa* e, em especial, o *Uso Alternativo do Direito*, sendo feita nesta a abordagem histórica e teórica. No terceiro capítulo, será feita a importante análise, a de se o *Uso Alternativo do Direito* promove justiça ou causa insegurança jurídica, sendo feitas considerações gerais sobre Justiça e Segurança jurídica para amparar a resolução desta polêmica. E finalmente, no quarto capítulo, será analisado a evolução ideológica do magistrado durante toda a cultura jurídica ocidental, com destaque para atuação do magistrado alternativista, sendo feita ainda, a análise da aplicação de cada uma das formas de atuação do Direito Alternativo ao caso concreto.

Palavras-chave: Dogmática Jurídica. Direito Alternativo. Justiça. Poder Judiciário. Uso Alternativo do Direito.

ABSTRACT

This work seeks to analyze the alternative use of law, addressing the crisis of legal Dogmatics, passing by the concept of Alternative Law, being exposed aspects (Alternative Law in the strict sense or Legal Pluralism, Combative and Positivity alternative use of duty), noting the following the alternative use of law promotes justice or cause legal uncertainty and the analysis of ideology of the magistrate during the evolution of Western legal culture and Finally, the analysis of the application of each of the form of action by magistrates to the case. In the first chapter, will be treated to the crisis legal Dogmatics (positista-loyalist), which is expressed in economic instrumentalization of the legislature and the politicization of Judiciary Power. In the second chapter, will be addressed the concept of Alternative Law, its classification and its proposals, being made the analysis of the movement in the Latin American context, where it had its greatest development in view of the the crisis situations, being still, analyzed its strands (or forms of activity) namely: the right alternative in the strict sense or Legal Pluralism, the Combative and Positivity, in particular , the alternative use of the law, being made in this historical approach and his theory). In the third chapter, will be made the important analysis, if the alternative use of law promotes justice or cause legal uncertainty, being made general considerations about justice and legal certainty to support the resolution of this controversy. And finally, in the fourth chapter, will be analyzed the ideological evolution of the magistrate throughout the Western legal culture, with emphasis on role of the Magister alternativista, being carried out, the analysis of the application of each of the forms of performance of alternative case Law.

Keywords: Alternative Law. Alternative use of law. Judiciary. Justice. Legal Dogmatic. Magistracy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EXPRESSÕES DA CRISE DA DOGMÁTICA: INSTRUMENTALIZAÇÃO ECONÔMICA DO LEGISLATIVO E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO	14
2.1 Crise da Dogmática Jurídica	14
2.1.1 Instrumentalização econômica do Poder Legislativo	18
2.1.2 Politização do Poder Judiciário	25
3 DIREITO ALTERNATIVO: CONCEITO, MOVIMENTO ESSENCIALMENTE LATINO-AMERICANO E FORMAS DE ATUAÇÃO	28
3.1 Conceito	28
3.2 Movimento Essencialmente Latino-Americano	29
3.3 Formas de Atuação	31
3.3.1 Direito alternativo em sentido estrito ou pluralismo jurídico	31
3.3.1.1 Paradigma jurídico monista	32
3.3.1.2 Pluralismo jurídico	33
3.3.1.1.1 Trajetória Histórica do Pluralismo Jurídico e Principais Doutrinadores	34
3.3.1.1.2 Pluralismo Jurídico: questões nucleares	36
3.3.1.1.2.1 Conceito	37
3.3.1.1.2.2 Classificação	37
3.3.1.1.2.3 Objetivos	38
3.3.1.1.2.4 Objeções	38
3.3.1.1.2.5 Limites	40
3.3.2 Positividade combativa	40
3.3.3 Uso alternativo do direito	44
3.3.3.1 Histórico	44
3.3.3.1.1 Uso alternativo do direito na Itália	45
3.3.3.1.2 Uso alternativo do direito no Brasil	51
3.3.3.2 Teoria do uso alternativo do direito	55
4 USO ALTERNATIVO DO DIREITO: PROMOVE A JUSTIÇA OU CAUSA INSEGURANÇA JURÍDICA?	60
4.1 Considerações gerais sobre Justiça	60
4.2 Considerações gerais sobre Segurança Jurídica	62
4.3 Solução à Questão Polêmica	63
5 MAGISTRADO ALTERNATIVISTA: IDEOLOGIA E JURISPRUDÊNCIA	66
5.1 Transição Ideológica do Magistrado	66
5.1.1 Magistrado como mero aplicador da legislação estatal	66
5.1.2 Ideologia do magistrado alternativista	71
5.2 Jurisprudência Alternativa	74
5.2.1 Aplicação do direito alternativo em sentido estrito ou pluralismo jurídico ao caso concreto	74
5.2.2 Aplicação da positividade combativa ao caso concreto	75
5.2.3 Aplicação do uso alternativo do direito ao caso concreto	78

6 CONCLUSÃO	82
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87

1 INTRODUÇÃO

Com a Revolução Francesa, houve a ascensão de uma nova classe social, a burguesia mercantil, que veio a substituir a nobreza e o clero (ambos ligados ao período feudal).

A burguesia mercantil, com o objetivo de manter e otimizar as condições benéficas para o exercício da atividade econômica, necessitava de um Estado fortalecido, legítimo, capaz de estruturar uma ordem jurídica, papel que coube ao Estado Moderno ou, Estado liberal capitalista.

Ao Estado Moderno, foi então atribuído exclusivamente o poder de criar normas (Poder Legislativo), bem como, o de aplicá-las (Poder Judiciário), tendo como fonte legitimadora o fato de terem sido produzidas em consonância com os métodos processuais oficiais, serem munidos de caráter punitivo e oriundas do poder estatal.

No entanto, o modelo estatal de produção jurídica, estabelece um sistema normativo produzido por uma organização política unitária, que se mostra conveniente apenas aos interesses econômicos da burguesia. Ainda que haja o discurso de que a norma estatal, seja generalizada, abstrata e impessoal, sua estrutura e conteúdo acaba por acobertar todas as contradições sociais, vez que não é feita no interesse de todos.

Desse modo, o direito estatal, se tornou insuficiente face aos fenômenos sociais ocorridos nas sociedades capitalistas, principalmente após a Revolução Industrial, e pior, desconsiderou qualquer direito insurgente no meio social, o que agravou ainda mais os conflitos sociais, a luta de classes, promovendo assim, uma desordem social.

Apesar de constatado o seu evidente esgotamento, a dogmática positivista-legalista continua sendo a regra na cultura jurídica ocidental, principalmente no Brasil, sendo esta cultuada pelos juristas tradicionais. Esses sob o argumento da segurança jurídica, da certeza, da lógica formal, da neutralidade da lei, adotam uma postura conservadora colocando a legislação estatal acima de qualquer preceito moral, político e das conjunturas sociais e econômicas.

Ao jurista tradicional comprometido com o velho sistema de dominação, cabe apenas aprender e a aplicar as normas estabelecidas pelos dominadores. No

entanto, este jurista não tem consciência de que, ao adotar essa postura tradicional e conservadora, promove a manutenção do sistema posto pelas classes elitistas, acentuando ainda mais as injustiças sociais.

Felizmente, houve uma quebra do conservadorismo, a partir do século XX, quando movimentos de juristas críticos no mundo todo passaram a expressar seu desconforto com a postura de submissão às leis e, conseqüentemente, aos detentores do poder político e econômico, passando a condenar a mentalidade positivista-legalista secular em que está inserido o Poder Judiciário. É neste contexto de desilusão que surge o Direito Alternativo.

Os alternativistas fazem duras críticas ao sistema positivista instituído e, como forma de oposição, adotam uma postura política, ideológica, parcial, não atrelada ao fetichismo legal, desempenhando um papel ativo na transformação da sociedade em um ambiente mais justo e igualitário.

O Movimento do Direito Alternativo assim, em oposição às concepções positivistas, se ampara nas seguintes formas de atuação: *Pluralismo Jurídico* ou *Direito Alternativo em sentido estrito*: forma de atuação pautada no reconhecimento, dentro de certos parâmetros, do direito extraoficial, achado na rua, que insurge na própria sociedade capitalista e, que está antenado aos fenômenos que ocorrem no seio desta; *Positividade Combativa*: luta pela aplicabilidade das leis de cunho social, fruto das conquistas históricas das classes oprimidas que, em geral, são sonegadas pelo aparato Estatal e; *Uso Alternativo de Direito*: trata-se de um combate travado dentro do sistema normativo positivado. Neste plano, os juristas alternativos reconhecem o poder que a argumentação e a hermenêutica tem na produção de uma decisão judicial, para conferir um caráter emancipador à norma estatal.

É nesta última vertente, que o presente trabalho concentrará sua atenção, pois é reconhecida a possibilidade de o magistrado se valer da argumentação e da teoria da interpretação, para conferir a uma norma, a princípio criada para atender as classes dominantes, um caráter libertador, capaz de ampliar os espaços democráticos.

Destaca-se então a importante função do magistrado neste momento, pois se este simplesmente atuar como um jurista tradicional, no sentido de aplicar a norma de forma neutra e acrítica, sem analisar seus fins, suas origens e os beneficiados, agravará ainda mais os conflitos sociais existentes. O que se exige dele então, é uma postura inovadora de recusa ao legalismo tradicional causador de

injustiças sociais, cabe-lhe ser um magistrado político, cidadão, antenado aos fenômenos sociais, sempre buscando em sua atuação promover a dignidade humana, a igualdade entre os indivíduos ainda que proporcional e a justiça material.

Diante do exposto, este trabalho teve como objetivo analisar o *Uso Alternativo do Direito*, demonstrando todo o seu contexto histórico que remonta a Magistratura Democrática surgida na década de sessenta na Itália, que veio a influenciar o movimento de juristas brasileiros na década de noventa. Sendo ainda analisado a teoria do *Uso Alternativo do Direito* em que se ampara o magistrado alternativista em sua atuação, sendo discutida se esta foi realmente capaz de ampliar os espaços democráticos.

No entanto, para que se tenha autonomia e segurança para analisar o *Uso Alternativo do Direito*, se fez necessário analisar a crise da dogmática jurídica tradicional, que se expressa na instrumentalização econômica do Poder Legislativo e pela politização do Poder Judiciário, o que foi feito no primeiro capítulo.

No segundo capítulo, foi abordada a oposição a esta dogmática jurídica, momento em que entra em cena o Direito Alternativo, discorrendo-se sobre sua classificação, seu conceito e o seu desenvolvimento em meio as crises Latino Americanas. Foi analisado, em seguida, as suas formas de atuação, quais sejam: *Direito Alternativo em sentido estrito* ou *Pluralismo Jurídico*; *Positividade Combativa* e, por fim; o *Uso Alternativo do Direito*, que por ser o tema central deste trabalho, foi analisado com maior atenção, sendo exposto seu histórico e a sua teoria, com destaque para o importante papel do magistrado.

No terceiro capítulo, foram tecidas considerações gerais sobre a Justiça e a Segurança Jurídica, discutindo-se a seguir, se o *Uso Alternativo do Direito* a promove a justiça ou se causa insegurança jurídica.

No quarto e último capítulo, foi feita uma análise da atuação magistrado alternativista, tratando sobre sua ideologia e os seus julgados. Neste capítulo foi em princípio, analisada a transição ideológica do magistrado, citando todas as escolas de interpretação, desde o tradicional, que tem apego irrestrito à lei, até o magistrado alternativista, crítico, político, que busca em sua função transformar o meio social em um ambiente justo e igualitário. Sendo feito em um último momento, uma análise de julgados em que os magistrados alternativos decidiram, aplicando ao caso concreto, o ideário oriundo das vertentes do Direito Alternativo.

Por fim, serão abordadas as conclusões acerca do Direito Alternativo, e ainda, modestamente, expostas algumas sugestões para o aperfeiçoamento do movimento.

Para elaboração desta monografia, foi utilizado os métodos “dialético”, conjuntamente com o “histórico” e o “comparativo”.

2 EXPRESSÕES DA CRISE DA DOGMÁTICA: INSTRUMENTALIZAÇÃO ECONÔMICA DO LEGISLATIVO E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Neste primeiro capítulo serão analisadas as dimensões da crise da dogmática jurídica no Brasil, crise que se expressa, principalmente, no Poder Legislativo (instrumentalizado pelo poder econômico), tendo sua outra faceta, no ativismo do Poder Judiciário.

2.1 Crise da Dogmática Jurídica

Não é novidade para quem milita no meio jurídico que existe nesse ambiente demasiado apego ao formalismo legal, situação que não raras vezes reverte em prejuízo da própria justiça. Tal atitude é uma herança da dogmática jurídica positivista.

Com o advento das revoluções burguesas nos séculos dezessete e dezoito e a conseqüente queda do regime absolutista, o legalismo, neste contexto, foi posto como símbolo máximo do novo Estado liberal burguês, um meio de defesa contra os atos de arbítrio.

Contemporâneo desse período de revoluções, o filósofo Montesquieu (2000, p. 11-13), em “O espírito das leis”, já descrevia a importância das leis e, sua intrínseca e necessária relação com o homem social:

As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, neste sentido, todos os seres têm suas leis; a Divindade possui suas leis, o mundo material possui suas leis, as inteligências superiores ao homem possuem suas leis, os animais possuem suas leis, o homem possui suas leis.

Todavia, para Montesquieu (2000, p. 16-17), as leis deveriam ser próprias, naturais, afeiçoadas a determinado povo, levando em conta sua cultura, relações sociais, o território em que habita, seus interesses, sua organização política e estatal, entre outros fatores, como esclarece:

[...]. Devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra. Devem estar em relação com a natureza e com o princípio do governo que foi estabelecido, ou que se pretende estabelecer; quer se elas o formam,

como é o caso das leis políticas; quer se o mantêm, como é o caso das leis civis.

Devem ser relativas ao físico do país; ao clima gélido, escaldante ou temperado; à qualidade do terreno, sua situação e grandeza; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores; devem estar em relação com o grau de liberdade que sua constituição pode suportar; com a religião de seus habitantes, com suas inclinações, com suas riquezas, com seu número, com seu comércio, com seus costumes, com seus modos.

O que se observou, entretanto, nos séculos seguintes, foi a prevalência da lei formal, criada artificialmente pelo Poder Legislativo, sem qualquer preocupação com as peculiaridades do Estado, com os interesses sociais e, especialmente, com a prevalência da justiça.

Esse legalismo formal agravou-se, ganhando ainda mais força, com o surgimento e adoção, praticamente sem reservas nos meios jurídicos, da doutrina do jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973).

Com o intuito de depurar e compartimentalizar o pensamento jurídico das influências filosóficas e da então crescente “sociologia”, Kelsen formulou sua “Teoria Pura do Direito”, que reduz a visão do Direito à ciência jurídica que é, delimita os seus limites especificamente ao seu objeto, negando, na prática, sua conexão com outras ciências.

Neste sentido, para Kelsen (1999, p. 1):

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.

O jurista Dallari (2007, p. 87), tece duras críticas a essa linha de pensamento:

Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda América Latina. Desse modo, a procura do justo foi eliminada e o que sobrou, foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha.

Na América Latina, a doutrina kelseniana foi cultuada por juristas e outros profissionais do direito, principalmente, sua concepção normativista do direito.

Ocorre que o sistema jurídico-positivista, conforme se pretende demonstrar ao longo deste trabalho, pode se tornar insuficiente e falho diante dos conflitos sociais e das transformações que ocorrem nos macros grupos societários latino-americanos.

Caminha no mesmo sentido de Dallari o pensamento de Gomes Neto para quem (2003, p. 138), deve prevalecer no ambiente jurídico o paradigma racionalista de ciência multidisciplinar e, assim, a investigação sobre fenômeno do Direito deve ser dividida em três facetas, cada uma delas praticamente uma ciência autônoma, que seriam: “ciência formal do direito”; “ciência social do direito” e; “ciência filosófica do direito”.

Assim, o dogmatismo jurídico (ciência formal do direito), expressão máxima do racionalismo moderno, se manifesta por meio de um rigoroso formalismo normativo, que não admite em suas bases, qualquer forma de investigação social ou axiológica sobre o fenômeno jurídico. Todos os fenômenos sociais, na perspectiva do operador do direito, seriam solucionados pelo próprio sistema jurídico considerado “autossuficiente”, que opera através de normas gerais e impessoais e por meio da sanção.

O dogmatismo jurídico estaria representado na faceta “ciência formal do direito” e se constituiria na expressão máxima do racionalismo moderno, manifestando-se por meio de rigoroso formalismo normativo, que não admite em suas bases, qualquer forma de investigação social ou axiológica sobre o fenômeno jurídico.

Tal qual sustentava Kelsen, nessa linha, todos os fenômenos sociais, na perspectiva do operador do direito, seriam solucionados pelo próprio sistema jurídico, considerado sempre “autossuficiente”, que é operado através de normas gerais e impessoais e por meio da sanção.

Essa forma de manifestação do dogmatismo jurídico, foi brilhantemente captada por Gomes Neto (2003, p. 140), que faz comentários sobre o tema:

Assim se postou a crença na auto-suficiência dos sistemas jurídicos para lidarem com os fenômenos do social: todas as situações comportamentais seriam absorvidas pela tríade lógica do tipo (proibido, permitido e obrigado) e pelo processo de subsunção, sendo irrelevantes quaisquer desvios, por

integrarem montante tolerável e combatido pela mera aplicação da sanção – apresentada como representação do poder.

Nas últimas décadas, porém, os juristas críticos vêm se deparando com a insuficiência do modelo normativo preconizado pelo sistema positivista-legalista, em virtude de que, ao priorizar a metodologia sistêmica e ignorar as manifestações normativas decorrentes dos corpos sociais não estatais, tal dogmática passa a ser omissa diante dos fenômenos e situações particulares.

Referido modelo normativo, segundo o jus-sociólogo Gomes Neto (2003, p. 42), viveria verdadeira crise, a qual:

[...] vem atingir as estruturas sistêmicas da ciência: o mito da coerência lógica necessária do racional com o real sucumbe diante das lacunas do sistema, antes artificialmente desprezadas, e a universalidade cai ao se deparar com novas questões para as quais o sistema não obtém resposta em si mesmo.

Dentro da linha de argumentação do autor, a dogmática positivista-legalista (ciência formal do direito) entra em crise no momento em que reduz a concepção de direito às normas positivadas, atribuindo a elas um caráter coerente, universalista e pleno, mas essa mesma norma positivada, por muitas vezes, representa um direito que não se serve a atender as necessidades sociais que emanam da complexa sociedade capitalista periférica.

As normas positivadas, fruto da criação do legislador, tem preceituação genérica, não encontra respaldo na sociedade, por não observar os diversos fenômenos sociais que nesta ocorrem, acaba por promover situações de flagrante injustiça, tornando mais grave os conflitos sociais.

O jus-sociólogo Carvalho (2005, p. 30) vai além, e questiona: “[...], Mas quem é este legislador?”. Ele mesmo responde afirmando que “a nossa história demonstra que ele está a serviço da classe dominante (donos do capital): busca manter a opressão da maioria”.

Uma análise mais profunda da resposta de Amilton Bueno de Carvalho, terá lugar na próxima seção deste trabalho, onde será analisado o Poder Legislativo, ali mostrando que essa esfera do poder se utiliza do controle social inerente à norma, não para estabelecer políticas sociais que atenderiam às classes carentes, mas sim, para manter e implementar o poder das elites.

2.1.1 Instrumentalização econômica do Poder Legislativo

Existe uma crença, cultuada pelos defensores do positivismo, desde o período da Revolução Francesa, segundo o qual as leis que emanam do Poder Legislativo servem para atender e propiciar as ideias de “*justiça, liberdade e igualdade*” a toda a população, vez que, os parlamentares são eleitos e estão a serviço desta. Todavia, na prática, pode-se verificar que os ideais em questão não passam de palavras vazias, sem significado, utópicas já que o que prevalece, de forma camuflada, é a vontade do poder econômico, que instrumentalizado em poder político mantém e implementa uma ordem legal e jurídica para atender seus interesses.

O jus-sociólogo Souto (1997, p. 92), de forma impecável, observa essa manifestação do poder econômico quando da confecção das leis estatais, afirma:

Dessa maneira, afinal se reduzia direito a poder: e, dentro dessa redução fundamental, uma linguagem moderna sofisticada apresentava uma teoria e uma prática “jurídicas” cujo conteúdo continuava sendo essencialmente, como já o era nos primórdios do homem, o poder do mais forte. Poder este mal disfarçado pelas referências a justiça, liberdade e igualdade, que são mantidas em conotação tão formal, e, pois, tão vazia, que não podem descaracterizar o poderio efetivo e avassalador dos donos da hegemonia econômica e política.

O problema reside justamente na convicção de que os parlamentares por terem sido eleitos pelo povo, agiriam somente no interesse deste. Na verdade, não é o que ocorre. Ora ainda que sejam eleitos pelo voto popular, para angariar votos lançam mão de campanhas eleitorais que, via de regra, requerem cifras milionárias destinadas a cobrir gastos com publicidade. É certo que este investimento pode advir do próprio patrimônio do candidato, nos casos em que este já faz parte de uma classe elitista, no entanto, aqueles que não dispõem de grande patrimônio particular, veem-se obrigados a se socorrer das classes ricas (empresários, agricultores, planos de saúde etc.) para obter financiamento, no entanto referido investimento, fica condicionado à defesa dos interesses dessa elite no momento em que se torna um parlamentar.

O jus-sociólogo Andrade (1996, p. 88), expõe a reciprocidade de interesses existentes entre os legisladores e aqueles que os ajudaram a ingressar no Poder Legislativo, afirmando que:

[...] os legisladores são oriundos e/ou financiados, em grande maioria, pelas classes ricas e, por isto, legislam atendendo aos desejos destas, distanciados dos interesses das camadas populares. Não é sem motivo a inversão de milhares de dólares nos processos eleitorais. Esta noção é importante, para se entender o caráter elitista de boa parte da legislação.

O Congresso Nacional brasileiro, a título de exemplo, ao outorgar posse aos 513 Deputados Federais e 81 Senadores Federais, observa a formação de bancadas suprapartidárias, também chamado de bancadas informais, nas quais estão organizados grupos de parlamentares dos mais diversos partidos para atender os interesses particulares de uma classe ou grupo.

Essas bancadas suprapartidárias, exercem grande influência e pressão para que os temas de maior interesse venham a ser colocadas em pauta para votação. Na legislatura que tomou posse no Brasil em fevereiro de 2015, pode-se conferir destaque a duas bancadas informais, que mais representam o caráter elitista do Congresso Nacional. A bancada empresarial e ruralista.

A bancada empresarial é constituída por 251 congressistas (221 na Câmara dos Deputados e 30 no Senado Federal) (DEPARTAMENTO, 2014, p. 99). O grande interesse da bancada empresarial é colocar em pauta para votação mais de 101 projetos de lei que tratam de temas relacionados à legislação tributária, bem como, outras de ordem trabalhista (DEPARTAMENTO, 2014, p. 99).

Pode-se citar como destaque o projeto de lei 4330/2004, que regulamenta a terceirização. Os parlamentares favoráveis à proposta que permite a terceirização da atividade-fim, tanto no âmbito privado, como na administração pública, defendem a aprovação da lei sob argumento de que ela vai proteger e regulamentar a atividade de 12,7 milhões de trabalhadores que hoje se encontravam em situação precária.

Todavia, apesar de criar a sensação de que o projeto de lei foi idealizado em prol da classe trabalhadora, uma análise mais apurada dele, na verdade, demonstra ter um caráter explicitamente patronal.

Com efeito, um estudo realizado pela CUT – Central Única dos Trabalhadores (2014, p. 13-15), demonstrou, entre outros dados, que a remuneração percebida pelos trabalhadores em regime de terceirização chega a ser 24,1% menor em relação aos trabalhadores contratados diretamente. Além disso, a jornada semanal de trabalho do empregado terceirizado é superior em três horas em

relação àqueles empregados contratados de forma direta. Uma outra disparidade alarmante se constata, no âmbito do setor elétrico e petrolífero, quando é analisado o número de fatalidades que envolvem empregados terceirizados em comparação com os empregados diretos, segundo a CUT – Central Única dos Trabalhadores (2004, p. 24-44):

O setor elétrico também apresenta altos índices de acidentes e mortes no trabalho entre os trabalhadores terceirizados. [...] os trabalhadores terceirizados morrem 3,4 vezes mais do que os efetivos nas distribuidoras, geradoras e transmissoras da área de energia elétrica.

[...]

[Na Petrobras] são mais de 300 vidas ceifadas por acidentes de trabalho [...]. Mais de 80% das vítimas (249) eram trabalhadores terceirizados, contra 61 próprios.

Ora, conforme se observa nos dados apresentados pelo estudo da CUT - Central Única dos Trabalhadores, pode-se dizer que os únicos que não são beneficiados por esse tipo de regulamentação, que amplia os parâmetros da terceirização inclusive para a atividade-fim, são os próprios empregados terceirizados, face à manifesta violação de direitos a quais estão expostos.

Outra questão polêmica diz respeito ao projeto de lei 4193/2012, assinado por Irajá Abreu (empresário e produtor rural). O referido projeto de lei, tanto almejado pelo setor empresarial, estabelece no plano trabalhista a predominância do “negociado sobre o legislado”.

Hoje existe no Brasil, no âmbito trabalhista, a vigência da supremacia da lei, ou seja, a iniciativa privada não pode suprimir a vontade estatal, salvo quando há autorização da própria lei. No entanto, nos últimos anos vem ganhando força as medidas que buscam flexibilizar a lei trabalhista, como reconhece Silva (1998, p. 51-52):

[...] é possível afirmar que a Constituição e a lei, no Brasil, sempre tiveram um papel de garantia das mínimas condições de trabalho. No entanto, essa função vem sendo abrandada, de forma, [...], a permitir que a contratação coletiva altere alguns dispositivos, de maneira a fazer com que as fontes estatais somente prevaleçam em relação aos aspectos de ordem pública, por elas regulados.

A lei em questão, caso aprovada com a redação proposta pelo parlamentar Irajá Abreu passaria a ter caráter supletivo e, não mais imperativo,

papel a ser atribuído as negociações firmadas no âmbito das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Ao se observar o texto do projeto de lei, fica evidenciado mais uma demonstração do poder dos detentores do capital (empresariado), vez que nenhum benefício traz a classe trabalhadora que compõe a maioria da população, que já convive diariamente com outros tipos de violações em esferas de direito trabalhistas, sendo que a única arma de que dispõem para garantir o mínimo de isonomia na relação empregatícia é a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Já no que concerne a matérias contrárias à bandeira empresarial, está o projeto de emenda constitucional 231/1995, que prevê a redução da jornada de trabalho semanal para 40 horas diárias. No entanto, segundo analistas do DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, os parlamentares favoráveis na aprovação da lei terão uma difícil tarefa para angariar votos. Com efeito, destaca o referido Departamento (2014, p. 99):

No rol de propostas contrárias às bandeiras do setor empresarial, o destaque é a PEC 231/1995, que prevê a redução da jornada de trabalho para 40 horas semanais. Essa discussão ocorre desde a Constituinte, mas não encontra o consenso necessário para sua apreciação. Para aprovar a proposta, é preciso reunir 308 votos favoráveis. Nesse cenário, o setor patronal está em vantagem ao contar com um número significativo de deputados para impedir a votação.

A bancada ruralista, é outra marcada pela forte instrumentalização do poder econômico. Na legislatura de 2015, será constituída por 126 parlamentares (109 deputados e 17 senadores), número este, que pode se acentuar conforme acordos firmados com outros grupos políticos (DEPARTAMENTO, 2014, p. 129). A maior parte dos membros da bancada ruralista são proprietários de terras, latifundiários e empresários do agronegócio, como no caso do senador Blairo Maggi (PR-MT) conhecido como “Rei da Soja”.

A bancada ruralista tem forte apoio político no Congresso Nacional, de modo que obteve nas últimas legislaturas, período em que tinha um efetivo maior de parlamentares, sucessivas vitórias para o setor, em que pode-se destacar o Novo Código Florestal (Lei 12.651 de 2012), aprovado no Congresso Nacional com diversos pontos polêmicos, como o fato de diminuir as áreas de florestas desmatadas irregularmente que devam ser restauradas, bem como, isentar de

quaisquer sanções e multas previstas na lei em vigor, aqueles produtores rurais que utilizaram irregularmente as áreas protegidas até a data de 22 de janeiro de 2008.

No que concerne à legislatura de 2015, a bancada ruralista pretende aprovar a proposta de emenda constitucional 215/2000, que altera os art. 49 e 231 da Constituição Federal, que inclui entre as competências do Poder Legislativo a demarcação de terras indígenas, bem como, a ratificação de terras já demarcadas.

Existe no Brasil há séculos, um grave conflito por terras envolvendo ruralistas, fundos de investimentos, empresas e os índios. Nesse entrave muitas das vezes sangrento, os índios despossuídos e sem deter o poder político e econômico da outra parte, acabam tendo suas terras e tradições suprimidas pelo agronegócio.

Este cenário, se aprovada a emenda constitucional em questão, pode agravar-se ainda mais, pois sabendo como o poder econômico age através do Poder Legislativo e tendo conhecimento da força da bancada ruralista, a implementação da nova orientação constitucional será, ainda mais, devastadora para a cultura indígena, pois a demarcação não será feita observando um critério igualitário ou histórico, mas sim, observados os interesses das classes que dominam o agronegócio nacional e faturam bilhões por ano.

Assim, como a bancada empresarial, os ruralistas também visam à flexibilização da legislação trabalhista. Por essa razão, tentam barrar a aprovação do projeto de decreto legislativo (PDC) 2351/2006, oriunda da Convenção 184 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A referida convenção trata de normas internacionais de segurança e saúde do trabalhador rural.

Como se observa, este é mais um caso em que os representantes do povo, que supostamente, deveriam defendem medidas para o bem da população em geral, atua de maneira casuística, só no seu próprio interesse, tentando rejeitar uma proposta de lei que oferece mais direitos e segurança para o trabalhador rural.

Outra matéria que tem incomodado a bancada ruralista é a Emenda Constitucional 81/2013, que alterou o art. 243 da Constituição Federal, o qual passou a dispor que:

Art. 243: As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer

indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Essa emenda constitucional, promulgada em 2014, traz um grande avanço na luta contra o trabalho escravo, vez que, aqueles responsáveis por manterem os trabalhadores em situações análogas à escravidão, poderão ser submetidos a expropriação de suas propriedades urbanas ou rurais, além de outras, punições previstas em lei.

No entanto, há no Senado Federal a tramitação do projeto de lei 432/2013, de autoria do senador Romero Jucá (PMDB-RR) que, a pretexto de regulamentar o parágrafo único do art. 243, da Constituição Federal, dispõe sobre o conceito de trabalho escravo, reduzindo este às hipóteses de trabalho forçado, servidão por dívida e restrição no direito de ir e vir, como se vê do teor do parágrafo primeiro do art. 1º, do projeto de lei, reproduzido a seguir:

§ 1º Para fins desta Lei, considera-se trabalho escravo:

I – a submissão a trabalho forçado, exigido sob ameaça de punição, com uso de coação ou com restrição da liberdade pessoal;

II – o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

III – a manutenção de vigilância ostensiva no local de trabalho ou a apropriação de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; e

IV – a restrição, por qualquer meio, da locomoção do trabalhador em razão de dívida contraída com empregador ou preposto.

§ 2º O descumprimento da legislação trabalhista não se enquadra no disposto no § 1º.

A bancada ruralista almeja a regulamentação do conceito de trabalho escravo, tal como definiu o senador Romero Juca e, por conseguinte, defende a aprovação do projeto de lei em referência, temendo que se aplique por analogia a regulamentação existente no Direito Penal e na Legislação Trabalhista, cujos conceitos são bem mais amplos, pois tratam de um tipo moderno de violação da dignidade da pessoa humana como nos casos observados nas lavouras de cana, carvoarias, pedreiros em grandes obras urbanas e com os imigrantes latinos, asiáticos e africanos.

Essa nova definição de trabalho escravo proposta pelo projeto de lei 432/2013, defendida pela bancada ruralista, representa um grande retrocesso às vitórias obtidas em termos de legislação no passado, vez que passarão a ser raras as punições aos responsáveis por manter os trabalhadores em situação análoga à escravidão. É que o conceito proposto pelo projeto de lei, se trata de uma concepção clássica, que se remete ao período anterior à abolição da escravatura e que dificilmente se observa na prática.

Vale destacar neste caso, mais uma vez, a força do poder econômico no sentido de determinar a conduta dos deputados e senadores, já que uma parcela das doações eleitorais a candidatos advém de pessoas físicas ou jurídicas que mantêm seus trabalhadores em situação análoga à escravidão, muito deles inseridos na “lista suja”¹ do Ministério Público do Trabalho.

Para se ter uma ideia da dimensão que pode atingir o problema, segundo relata a pesquisadora da organização Transparência Brasil, Schoenster (2014, p. 3-4):

Sessenta e um candidatos aptos nas eleições deste ano receberam, entre 2002 e 2014 (considerando as segundas prestações de contas parciais, com dados de setembro), R\$ 21,1 milhões de 39 pessoas físicas ou jurídicas da chamada “lista suja”.

A bancada ruralista, tem ainda, grande atuação no Poder Executivo, como mostra o fato de a senadora Kátia Abreu (PSD-TO) da bancada ruralista, ter sido nomeada pela presidente Dilma Rousseff, em seu segundo mandato, para comandar o Ministério da Agricultura. Além disso, uma série de medidas foram tomadas no Poder Executivo no sentido de prorrogar o pagamento de dívidas rurais, reduzir as taxas de juros e aumentar a linha de crédito.

Por fim, ao analisar as bancadas empresarial e ruralista, constata-se a impossibilidade de elaborar no Brasil uma legislação social, pois nas palavras de Andrade (1996, p. 90-91), o que se observa é que:

(...) A maioria dos deputados, ou faz parte, ou está identificada com as classes ricas e, portanto, obrará para transformar em norma jurídica obrigatória a toda sociedade, os interesses de seus pares e/ou financiadores.

¹ Trata-se do cadastro do Ministério Público do Trabalho (MPT) de empregados flagrados servindo-se de mão de obra em situações análogas à escravidão.

Nessa linha, seria ingenuidade acreditar que os parlamentares, integrando o poder econômico ou sendo financiados por ele, iriam legislar de forma isenta, contrária aos seus interesses.

2.1.2 Politização do Poder Judiciário

Neste tópico, tratar-se-á de uma outra face da crise da dogmática jurídica.

Tem-se o entendimento no Brasil de que os Poderes Executivo e Legislativo não foram suficientemente capazes de atender as demandas da população por justiça social.

Surgiu, por isso, um fenômeno por meio do qual os vários movimentos sociais, sindicatos, associações populares, entre outros setores da sociedade civil, começaram a se amparar no Poder Judiciário em busca de composição para os conflitos gerais da sociedade.

Verifica-se, com efeito, um crescente processo de judicialização do Poder Judiciário, fenômeno esse que o professor Vianna (2013, p. 207-214), assim define:

[...]. O legislador, incapaz de antecipar os resultados de processos ainda em curso, mas sobre os quais é dever impor sua regulação, produz leis de caráter temporário e com cláusulas abertas. Nessas condições, confia-se ao Judiciário o papel de “legislador implícito” [...] incluindo em seu elenco uma agenda substantiva – a sua modalidade “forte” – os direitos sociais [...], uma vez que a ele, diante do caso concreto, cabe completar o sentido da lei.

Segundo Lédio Rosa de Andrade (1996, p. 97-98), pode-se citar como exemplo dos novos tipos de demandas jurídicas, os seguintes casos:

[...] lides envolvendo invasão de terra, ocupações de edifícios públicos e privados, estando de um lado os proprietários, defendendo seus interesses com base em um título legal e, do outro, os posseiros, reivindicando a função social da propriedade e a prevalência da posse coletiva contra um documento formal; mutuários contra o sistema financeiro de habitação; inquilinos contra os proprietários, discutindo os aumentos de aluguéis e ações de despejo; segurados contra seguradoras; correntistas contra bancos; consorciados contra empresas de consórcios (todas estas empresas se beneficiam de inúmeras leis protecionistas do capital, que permitem, entre outras coisas, a cobrança de juros usurários, o aumento

desproporcional das prestações, etc.); devedores vítimas do desemprego, dos aumentos abusivos de preço nas compras a crédito, das mais variadas políticas econômicas do governo, contra os credores; ações de empresários contra trabalhadores para evitar greve, comícios, piquetes e outras atividades de interesse da classe obreira; pais de alunos contestando os valores das mensalidades escolares, fixadas pelas escolas particulares; causas em defesa da ecologia; associações defensoras dos direitos humanos exigindo respeito aos presos; institutos jurídicos como o mandado de segurança individual e coletivo, a ação popular, a ação civil pública, o *habeas-corpus*, o *habeas-data*, entre outros, foram usados massivamente; e tantas outras poderiam ser mencionadas.

Como decorrência do crescente processo de judicialização do Poder Judiciário, se antes aceitava-se dos magistrados e tribunais simplesmente a concretização ou a aplicação da lei, o que a sociedade passou a exigir dos juízes foi uma atitude política para resolver os graves problemas sociais, atuação essa que se afasta do formalismo-legalista.

Sendo assim, o Poder Judiciário foi obrigado a assumir um papel de ativismo, de participar da construção de um Brasil realmente democrático e envolvido com as causas sociais, para pôr fim à desigualdade social e a igualdade formal existente entre os cidadãos, buscando implementar a justiça distributiva.

Observou-se, desde logo, uma barreira no próprio seio do Judiciário, vez que a maior parte dos julgadores, em nome da neutralidade do Poder, da segurança jurídica e da certeza do Direito, não adotaram a posição política almejada pela sociedade, ao contrário, muitos magistrados, desembargadores e ministros preferiram assumir uma posição cômoda e mantiveram a posição formalista-legalista.

A esse respeito, Andrade (1996, p. 103), aponta que:

[...] a reação do Poder Judiciário aos conflitos sociais, aos novos movimentos sociais e associações, foi o de continuar a manter tradicional postura, não aceitar sua participação nestas polêmicas e negar sua responsabilidade pela situação socioeconômica do país.

No entanto, alguns juízes, bem como, advogados, promotores, entre outros operadores do Direito, adotaram em seus ofícios diários uma postura moderna, privilegiando a igualdade de fato, a justiça distributiva e real, sempre em consonância com mudanças sociais ocorridas no seio da sociedade periférica, com ênfase para a parcela carente da população.

Nas palavras de Souto (1997, p. 95), se faz necessária, ante as expressões da crise da dogmática:

[...] a alternativa ao dogmatismo que venha dos poderes legislativo e judiciário: alternativa que, devidamente aprofundada no plano teórico e no prático, se poderá erguer no benefício de todos, e nem mesmo apenas em nome de uma minoria. E essa alternativa – que seria a ideia de um “direito alternativo” em face a leis vigentes que privilegiam os donos minoritários dos poderes econômico e político [...].

É nesse contexto, assim, que surge o “Direito Alternativo” em contraposição ao sistema jurídico instituído.

3 DIREITO ALTERNATIVO: CONCEITO, MOVIMENTO ESSENCIALMENTE LATINO-AMERICANO E FORMAS DE ATUAÇÃO

3.1 Conceito

O estudo do Direito Alternativo é bastante complexo, sendo que a tarefa de o definir, não foge a esta regra, sendo objeto de diversas divergências, tendo uns o considerado como uma nova “teoria do Direito” (COELHO, 2003, p. 325-340) e, outros, uma corrente de pensamento crítico (WOLKMER, 2004, p. 33). Tendo ainda se falado em um novo ramo da Ciência Jurídica, bem como, um novo fenômeno jurídico.

No entanto, quando se analisa no final do capítulo anterior, observa-se que o Direito Alternativo surge como um “movimento” de magistrados, promotores, advogados, entre outros operadores do direito, que almejam em suas práticas diárias a emancipação do cidadão e a promoção da justiça social.

Essa definição, que julga ser o Direito Alternativo um movimento, é a defendida por Carvalho (1998, p. 49) para quem “estamos frente a um movimento denominado Direito Alternativo. Não é uma teoria, ainda por agora, que procure dar conta do fenômeno jurídico”.

Sendo um movimento, o Direito alternativo pode ser definido, segundo o eminente desembargador Carvalho (1998, p. 50), como sendo a:

[...] busca (desesperada e urgente) de um instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática. Uma atividade comprometida com a utópica vida digna para todos, com a abertura de espaços visando à emancipação do cidadão, tornando o direito em instrumento de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação.

O desembargador catarinense Andrade (s.d, s.p), no mesmo sentido, afirma que:

O Direito Alternativo ou Movimento do Direito Alternativo é um movimento de juristas, ou seja, um grupo de pessoas com certos objetivos comuns que se organizaram, no Brasil, para produzir uma nova forma de ver, praticar e ler o Direito [...].

O jus-sociólogo Andrade (s.d, s.p), ao conjugar toda doutrina estabelecida pelos membros do movimento, estabelece como proposta do Direito Alternativo:

1) não aceitação do sistema capitalista como modelo econômico; 2) combate ao liberalismo burguês como sistema sociopolítico; 3) combate irrestrito à miséria da grande parte da população brasileira e luta por democracia, entendida como a concretização das liberdades individuais e materialização de igualdade de oportunidades e condição mínima e digna de vida a todos; 4) uma certa simpatia de seus membros em relação à teoria crítica do Direito. Há uma unanimidade de crítica ao positivismo jurídico (paradigma liberal-legal), entendido como uma postura jurídica técnica formal-legalista, de aparente apego irrestrito à lei e de aplicação de uma pseudo interpretação lógica dedutiva, somada a um discurso apregoador: a) da *neutralidade* ou a valoratividade; b) do *formalismo jurídico* ou anti ideológica do Direito; c) da *coerência* e *completude* do ordenamento jurídico; d) da *fonte única* do Direito e da *interpretação mecanicista* das normas efetuada através de um método hermenêutico formal/lógico/técnico/dedutivo.

O Movimento do Direito Alternativo condena, assim, o positivismo jurídico e a sua postura jurídica lógico-formal, que serve para atender os interesses dos detentores do poder no sistema capitalista.

3.2 Movimento Essencialmente Latino-Americano

Apesar de o movimento ter nascido na Europa, tema a ser abordado na próxima seção, a alternatividade jurídica, teve uma atuação efetiva nas sociedades capitalistas periféricas, de Terceiro Mundo, subdesenvolvidas, característica dos países Latino-Americanos no momento da implantação do Direito Alternativo no subcontinente

A jus-socióloga Santos (2003, p. 52), descreve o cenário que impulsionou o movimento na América Latina:

[...] não se pode estranhar que a teoria do direito alternativo, embora sua origem embrionária remonte ao europeu “uso alternativo do direito”, tenha se desenvolvido, fundamentalmente, em países latino-americanos, entre os fins da década de 60 e início de 70, durante as condições criadas pelos regimes militares, que desencadearam torturas, mortes, desaparecimentos, miséria, marginalidade, fome e necessidades vitais com relação a saúde, educação, habitação [...].

Como se observa, nos países latino-americanos o movimento teve como força motora a constatação das crises. O professor Edmundo Lima de Arruda

Júnior (1992, p. 74) enumera três situações de crise fundamentais para o desenvolvimento do Direito Alternativo: “a crise na órbita capitalista [...]; a crise na periferia [...]; crise nos agentes jurídicos (instituições e operadores jurídicos)”, este último tratado no capítulo anterior.

Ocorre que na sociedade latino-americana envolvida em uma luta de classes, assim como nos primórdios da humanidade, o poder do mais forte vence. Há assim um contraste entre aqueles que detêm além do supérfluo (minorias) e aqueles excluídos (maioria), que não tem assegurado pelo Estado as condições mínimas para uma sobrevivência de forma digna.

O Direito Alternativo, enquanto direito insurgente, que se opõe ao *status quo* da juridicidade estatal, desviante e comprometido com as questões sociais, no contexto latino-americano, serve como um instrumento de combate a todas formas de dominação, que recaem principalmente sobre as minorias (homossexuais, os imigrantes, os negros etc.) e às classes oprimidas social e economicamente.

A instrumentalização do Direito Alternativo também foi constatada pelo jurista Carvalho (1998, p. 50), segundo o qual:

Na América Latina, encontram-se as raízes do movimento na luta pela concretização dos direitos humanos e como forma de resistência aos regimes ditatoriais. Hoje, com a incipiente democratização, entende-se que o direito é instrumental importante que a população dispõe para resistir a dominação (seja de qual origem e emergente de qualquer classe - ou dentro de determinada classe) que se lhe impõe [...].

Assim sendo, diante deste viés social, almeja-se uma sociedade, libertária, justa e igualitária, empregando o direito para alcançar esta meta. Os alternativistas lutam pelo cumprimento de leis que tenham um cunho social, mas que não são aplicadas no contexto fático. Reconhecendo como legítimo, em determinadas situações, o direito achado na rua, insurgente, paralelo ao estatal. Além disso, se baseiam de novos métodos de interpretação das leis existentes, utilizando-se da hermenêutica alternativa.

3.3 Formas de Atuação

A tipologia a ser proposta do Direito Alternativo, assim como a definição, é eivada de divergências. Entretanto, não se pode abordar esse tema sem citar a doutrina de dois grandes teóricos do Direito Alternativo, sendo eles o desembargador Amilton Bueno de Carvalho e o professor Edmundo Lima de Arruda Júnior.

O desembargador Amilton Bueno de Carvalho (1998, p. 55-61), dispõe que o Movimento de Direito Alternativo, está pautado em três “formas de atuação”: a) “*Uso Alternativo do Direito*”; b) “*Positividade Combativa* ou *Positivismo de Combate*” e; c) “*Direito Alternativo em sentido estrito* ou *Pluralismo Jurídico*”.

Já o professor Edmundo Lima de Arruda Júnior (1993, p. 184-185), dispõe que os “usos do direito” se dão no: a) “Plano Instituído sonogado”; b) “Plano instituído relido” e; c) “Plano do Instituinte negado”.

Apesar das formas de atuação serem classificadas de forma diferente por um ou outro teórico, essas possuem o mesmo significado, sendo a terminologia usada o fator variante.

Dessa forma, pode-se afirmar que: a) positivismo de combate ou *positividade combativa* corresponde ao plano instituído sonogado; b) o *direito alternativo em sentido estrito* ou *pluralismo jurídico* corresponde ao instituinte negado e por fim; c) o *uso alternativo do direito* refere-se ao uso do direito no plano instituído relido.

Nas próximas seções, será analisada cada uma das vertentes do Direito Alternativo, no entanto, com o fim de delimitar o conteúdo da presente monografia com o tema proposto, será analisado de forma mais ampla o *uso alternativo do direito*.

3.3.1 Direito alternativo em sentido estrito ou pluralismo jurídico

O *Direito Alternativo em Sentido Estrito* ou *Pluralismo Jurídico* parte da constatação de um direito paralelo, extraoficial, achado na rua. Ele vem a substituir o paradigma jurídico monista, que se manteve por três séculos (sec. XVIII a XX) como o sistema jurídico ocidental.

Para a exposição desta vertente do Direito Alternativo, será de grande valia as ideias do jus-sociólogo Antonio Carlos Wolkmer

3.3.1.1 Paradigma jurídico monista

Conforme abordado no segundo capítulo (2.1). A doutrina monista estatal dispõe que o Poder Estatal e o Direito se integram em uma única perspectiva e universo. Para esta corrente só há o Direito advindo do Estado, não se acolhendo a existência de regra jurídica diversa. Decorre daí que, o Direito tem como única fonte o próprio Estado, sendo este que lhe dá a vida através de sua legitimidade e coerção.

Tal doutrina, é brilhantemente exposta pelo historiador jurídico Wolkmer (1997, p. 40), para quem:

Tal concepção atribui ao Estado Moderno, o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sócias que vão se impondo.

No entanto, o projeto de um Direito Estatal inspirado pelo Iluminismo político, de formar um Direito igualitário e justo, tendo como aspiração o direito universal dos homens, a proteção do indivíduo perante o Direito, da harmonia e divisão dos poderes constituídos, o sistema representativo como símbolo democrático e a libertação política e social do homem se mostrou infrutífera, uma vez que, não se conseguiu realizar a libertação e emancipação do mesmo.

O paradigma monista, adentra em uma profunda crise, vez que, nas sociedades de massa tanto nos países do centro (desenvolvidos) como nos países periféricos (subdesenvolvidos ou emergentes), principalmente nestes últimos, o sistema jurídico tradicional escrito e oriundo somente da atividade estatal, nascido para atender apenas o interesse de alguns, não tem condições abarcar todos os fenômenos, contradições e instabilidades ocorridas em tais sociedades e, mais grave ainda, despreza e se omite diante de qualquer manifestação dos novos grupos sociais que trabalham para resolver tais contradições e instabilidades.

É o que ensina Wolkmer (1997, p. 75), para quem:

[...] a Dogmática Jurídica concebida enquanto saber começa a vivenciar uma profunda crise, por permanecer rigorosamente presa à legalidade formal escrita, ao tecnicismo de um conhecimento abstrato e estático e ao monopólio da produção normativa estatal, afastando-se das práticas sociais cotidianas, desconsiderando a pluralidade dos novos conflitos coletivos de massas, desprezando-se as emergentes manifestações extra legislativas, revelando-se desajustado às novas e flexíveis formas do sistema produtivo representado pelo Capitalismo globalizado, dando pouca atenção às contradições das sociedades liberal-burguesas (principalmente aquelas provenientes de necessidades materiais dos polos periféricos) e, finalmente, sendo omissa e descompromissada com as mais recentes investigações interdisciplinares.

O modelo jurídico monista torna-se assim, desajustado e ineficaz, vez que não consegue resolver conflitos nem apresentar soluções e diretrizes satisfatórios para harmonizar a convivência social, a própria finalidade do Direito. Em virtude disto, o próprio sistema jurídico que surge para promover a paz e a ordem social se torna fonte de crises e de turbulências.

3.3.1.2 Pluralismo jurídico

Uma vez constatado o esgotamento da concepção legalista e estatal do Direito, fazer-se necessário uma transformação, que passa pela adoção de um novo paradigma jurídico capaz de reconhecer a validade e a legitimidade de um Direito extraestatal criado por diversos grupos sociais em face das carências socioeconômicas e dos frequentes conflitos que os cercam.

O novo paradigma, exposto no parágrafo acima, trata-se do *pluralismo jurídico*, no entanto, somente tem-se interesse pelo pluralismo progressista ou comunitário, de base democrática, em que se privilegia a participação dos sujeitos sociais na organização e regulação das instituições envolvidas na maioria dos conflitos.

Assim sendo, busca-se afastar qualquer pluralismo de caráter conservador, no qual tem interesse somente os grupos centrais selvagens e egocêntricos, que defendem a privatização e o livre mercado sem qualquer regulamentação, geradores de conflitos e crises socioeconômicas.

A construção desse novo paradigma de normatividade deverá ser capaz de abrir e traçar caminho, ultrapassando qualquer barreira imposta pelas formas de dominação presentes na modernidade capitalista e sua racionalidade

estática, formal e opressora. Essa nova racionalidade, não pode ser uniforme e imutável, devendo sempre se renovar a partir das transformações políticas, econômicas, sociais e culturais pelo quais passam a sociedade, principalmente a capitalista periférica, legitimando-se esta, no papel de criadora de sistemas normativos difusos e informais.

O *pluralismo jurídico* teve assim, o papel de buscar uma outra direção epistemológica capaz de atender as necessidades da modernidade no fim do século XX, tornando-se então, um símbolo de rompimento e denúncia ao monismo jurídico como um mito sacralizado e ainda, como um símbolo das reais exigências e interesses das sociedades periféricas.

3.3.1.1.1 Trajetória Histórica do Pluralismo Jurídico e Principais Doutrinadores

Um fato interessante é que, o *pluralismo jurídico* não se trata apenas de um movimento contemporâneo, deve-se relatar que antes de o Direito se submeter ao controle hegemônico do Estado soberano controlado pela burguesia, houve na história uma longa trajetória de práticas emancipadas de produção legal comunitária.

Tal constatação pode ser feita ao analisar no mundo clássico antigo as primeiras formas de elaboração legal espontânea e independente difundida por toda sociedade, sem a predominância de nenhum poder político centralizador.

A primeira constatação, segundo Wolkmer (1997), se dá no Império Romano, em que se pode observar a ocorrência de dois fenômenos. O primeiro é que os romanos não impuseram o seu Direito às populações conquistadas e, por consequência, os povos conquistados tiveram liberdade para continuar aplicando seu Direito. Aliás vale relatar que, os romanos acabaram por introduzir ao seu ordenamento normativo o Direito alienígena. O segundo fenômeno é a incorporação e utilização pelos romanos de direito não-estatais, sendo estes predominantemente baseados em costumes (Direito Consuetudinário).

Em seguida, o jus-sociólogo Wolkmer (1997), expõe que na Idade Média, em face da fragmentação territorial e, por consequência, a descentralização dos centros de poder, pode-se observar que em cada feudo havia diversas ordens normativas concorrentes, constituídas por: costumes locais, o Direito Canônico, os

foros municipais, o Direito Romano, as regras das corporações de ofício e os ditames reais.

Essa diversidade de ordens normativas, segundo Wolkmer (1997), pode ser explicada pela desconstituição do Império Romano do Ocidente e, com a seguinte, domínio dos povos nórdicos, que sedimentou a ideia de que a cada pessoa seria aplicado o Direito de sua comunidade.

A partir do século XVII e XVIII, segundo Wolkmer (1997), inicia-se a ascensão do absolutismo monárquico apoiada pela burguesia, que acabou por desencadear um processo de centralização burocrática e política eliminando totalmente a organização corporativista e fragmentada, característica do período medieval afetando, assim, por consequência, o *pluralismo jurídico* e legal existente nesse período.

A solidificação do monismo como paradigma jurídico, conforme Wolkmer (1997), tem sua eclosão com a edição do Código Napoleônico, em que o Estado acabava por regulamentar todas as relações sociais ocorridas no âmbito da sociedade, quando começa a afirmar-se o “mito” em que baseasse o monismo, o de que para toda a sociedade basta um único Direito oriundo do Estado.

Segundo Wolkmer (1997), em fins do século XIX e início do século XX, momento de apogeu da sociedade burguesa, do máximo desenvolvimento do pensamento individualista, do liberalismo político e econômico e da centralização jurídica estatal, há o início da reação das doutrinas pluralistas, que constataram as mazelas e as contradições sociais nascidas na sociedade burguesa e a omissão do Estado em face das manifestações e conflitos ocorridos em seu interior.

Nas palavras de Bobbio (1980) apud Wolkmer (1997, p. 171) o sucesso do fenômeno pluralista, está ligada ao fato que esta incorporava:

(...) uma representação mais satisfatória da realidade social, precisamente no momento em que a ebulição das forças sociais, consequência da pressão da ‘questão social’, ameaçava fazer saltar – e em alguns países este salto já havia sido produzido – o aparato protetor do Estado.

Pode-se citar como precursores do *pluralismo jurídico* os filósofos jurídicos Hauriou, Gierke, Santi Romano e Del Vecchio, os sociólogos do direito Gurvitch e Ehrlich e os antropólogos jurídicos Falk Moore, J. Griffiths e Pospisil, com destaque para o filósofo alemão Otto Von Gierke, o principal representante da

doutrina pluralista ao findar do século XIX. A doutrina, de forma geral, dos precursores do pluralismo estabelecia que a fonte verdadeira e legítima do Direito não é o Estado (ainda que seja a mais importante), mas sim a própria atividade humana por meio de suas corporações, grupos e comunidades. De modo que, a sociedade humana é dotada de inúmeros grupos autênticos personificados, com consciência e vontade própria, podendo, cada uma delas formular e criar direitos. Tanto o Estado como o Direito, não são responsáveis pela criação das personalidades corporativas, tendo o papel de somente reconhecê-las como legítimas representantes da vontade dos indivíduos.

Já a trajetória histórica da cultura pluralista no Brasil, se deu no século XVII e XVIII, com as comunidades quilombolas compostos por ex-escravos, além das comunidades missionárias. Já durante o Período Monárquico, no século XIX, havia alguns traços do *pluralismo jurídico*, sendo este, de caráter conservador e elitista.

Entre os principais doutrinadores nacionais que discorreram sobre o *pluralismo jurídico* em suas obras podemos citar, Luiz José de Mesquita (“Direito Disciplinar do Trabalho”), André Franco Montoro (“Introdução a Ciência do Direito”), F. A. Miranda Rosa (“Sociologia do Direito”), Joaquim de Arruda Falcão (“Conflito de direito de propriedade – invasões urbanas”), Roberto Lyra Filho (“O que é direito”), José Geraldo de Souza Júnior (“Para uma crítica da eficácia do Direito”) e Luiz Fernando Coelho (“Lógica jurídica e interpretação das leis”) e Antônio Carlos Wolkmer (*Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*), sendo os três últimos Souza Júnior, Coelho e Wolkmer, os doutrinadores que tiveram maior êxito ao tratar da questão do *pluralismo jurídico*.

3.3.1.1.2 Pluralismo Jurídico: questões nucleares

Uma vez exposta a trajetória histórica jurídica do pluralismo dentro e fora do Brasil e citar os principais precursores e doutrinadores dessa vertente do Direito, cabe agora tratar das questões nucleares e delimitadoras do paradigma jurídico, sendo elas: a) conceito; b) classificação; c) objetivos; d) objeções e; e) limites.

3.3.1.1.2.1 Conceito

Como ponto de partida, será estabelecido o conceito de *pluralismo jurídico*, no entanto, está não é uma das tarefas mais fáceis, uma vez que, o pluralismo legal abrange uma multiplicidade de fenômenos, podendo abarcar aspectos de cunho sociológico, jus-filosófico e antropológico.

No entanto, este trabalho mantém-se fiel às duas premissas essenciais até aqui destacadas como elementares do pluralismo: a) em uma sociedade de massa moldada pelo capitalismo há inúmeras formas, consensuais ou conflitantes, de manifestação da juridicidade e; b) o Direito não é produção exclusiva do Estado.

Dentre vários conceitos atribuídos ao *pluralismo jurídico*, pode-se ressaltar o apresentado por Wolkmer (1997, p. 95), no qual define o *pluralismo jurídico* como a:

[...] multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.

Para o referido autor, portanto, o pluralismo jurídico implica na existência de dois ou mais sistemas jurídicos, que coabitam em um mesmo espaço social e político, numa mesma época, sendo que ambos são dotados de eficácia e legitimidade.

3.3.1.1.2.2 Classificação

Assim como no caso da conceituação, existe uma diversidade de classificações no que diz respeito ao *pluralismo jurídico*, todavia, para maior objetividade e simplicidade será, será acolhida aquela que estabelece uma dualidade entre o pluralismo jurídico estatal e o pluralismo jurídico comunitário.

O primeiro, *pluralismo jurídico* estatal, refere-se aquele modelo controlado, permitido e reconhecido pelo Estado. Nele admite-se a existência de múltiplos campos sociais autônomos relacionando-se com o poder estatal centralizador. Existe ainda inúmeros sistemas jurídicos estruturados

hierarquicamente de forma vertical e horizontal com base nos graus de eficácia de cada um, sendo neste caso, atribuído a ordem normativa estatal uma positividade superior. Para essa vertente os não estatais, podem assumir uma função complementar e residual, podendo ser incorporada ou minimizada pela legislação estatal.

No que diz respeito ao pluralismo jurídico comunitário, este tem sua atuação vinculada a determinadas forças sociais com autonomia e identidade próprias, que subsistem de forma independente ao controle estatal.

3.3.1.1.2.3 Objetivos

No que diz respeito aos objetivos do *pluralismo jurídico*, cabe afirmar que esse novo paradigma jurídico não intenta aniquilar o Direito Estatal, mas sim também reconhecer como legítimas as inúmeras formas jurídicas que possam surgir na sociedade.

A pluralidade, envolve assim, a inter-relação de ordens jurídicas distintas, sendo elas oficiais ou não, podendo abranger aquelas autênticas e autônomas, nascidas de forças sociais, bem como, as geradas pelos movimentos legais complementares e legais, incorporadas, reconhecidas e controladas pelo Estado.

3.3.1.1.2.4 Objeções

Já no que concerne às objeções, deve-se observar que o *pluralismo jurídico* não pode imiscuir-se em todas situações, sob o pressuposto de omissão do Estado, uma vez que, certas funções estatais não podem ser desempenhadas por indivíduos ou por grupos sociais particulares, sob pena de grave risco para a ordem pública e para a própria existência do Estado. Sob essa ótica, a título de exemplo, pode-se mencionar as seguintes funções essenciais, que são inerentes à própria soberania do Estado: as relacionadas com a defesa do território nacional, as relacionadas a jurisdição e legislação e as responsáveis pela segurança interna. Esta pode ser considerada a primeira objeção.

Uma segunda objeção a ser observada, é o lado maléfico que o fenômeno do *pluralismo jurídico* pode apresentar. Ora, o *pluralismo jurídico* na medida em que estabelece uma revolução ideológica na ordem normativa, capaz de promover uma progressiva liberdade dos grupos e sujeitos oprimidos pelo Estado, pode também gerar um efeito desastroso, apto a gerar uma revolução reacionária que poderá ocasionar a substituição ou a desagregação do Estado, podendo evoluir para um quadro de anarquia.

A terceira e última objeção, diz respeito aos riscos da adoção de um direito não estatal, insurgente, capaz de lesar direitos e garantias fundamentais. Ora, uma vez considerado o movimento do *pluralismo jurídico* como aquele que legitima os direitos oriundos de setores oprimidos da sociedade, afastando assim a concepção de exclusividade do Estado como produtor do Direito, abre-se também, conseqüentemente, espaço para a insurgência do Direito achado na rua, extraoficial que atenta contra os princípios e direitos fundamentais, bem como que violam a dignidade da pessoa humana. Podemos citar, como exemplo, o caso de áreas urbanas dominadas pelo tráfico de drogas, em que muitas vezes têm vigência nessas localidades a lei do traficante, que apresenta um caráter tirano e perverso, aplicando-se em algumas situações até a pena capital.

Nesses casos, a doutrina alternativista não reconhece a vigência do Direito praticado por esses grupos, bem como qualquer outro Direito insurgente que se utiliza da repressão, violação dos princípios e direitos humanos e de tirania para manter sua existência.

O jus-sociólogo Souto (1997, p. 99-100), a respeito desta objeção, faz uma advertência:

Uma legalidade popular, paralela à estatal e por vezes em oposição a ela, não pode então, só porque é popular, ser sempre critério de uma opção racional. A alternativa popular não será pois, sempre jurídica, se pelo jurídico entendermos algo de necessariamente racional e razoável.

Não se poderá pensar em regime político onde as pessoas em geral sintam melhor que naquele onde o poder deflue do majoritário-popular, se respeitadas as minorias – sobretudo se a democracia política se complete por uma democracia econômica. Mas nem por isso o majoritário – popular será fatalmente critério de uma moralidade menos retrógrada.

Ao contrário: não raro ocorre que a moralidade popular, que nas comunidades interioranas, quer nas cosmopolitamente urbanas, reflita uma mentalidade defasada no tempo e contemporânea ao Antigo Testamento e da lei mosaica. É moralidade e a “juridicidade” em que homem e mulher tem desigualdade de direitos, pois que o machismo, não raro o machismo violento, prevalece; em que, além disso, se consideram justificados a

vingança privada, o “olho por olho, dente por dente” e os linchamentos sumários, sem maior averiguação da culpa.

Decerto isso é uma alternativa popular à legislação estatal; mas poderíamos chamá-la de *direito* alternativo? Só se preferirmos o “popular” ao racional, razoável e objetivo.

No que concerne às objeções ao *pluralismo jurídico*, será um erro afirmar que ao se adotar aquele direito insurgente, extraestatal ter-se-á a certeza do bom e do permanente.

3.3.1.1.2.5 Limites

Por fim, cabe tratar agora dos limites do *pluralismo jurídico*, sendo esses limites, fatores capazes de ocasionar a redução, a atenuação e até o desaparecimento do pluralismo. Essas limitações, capazes de pulverizar o *pluralismo jurídico*, ocorrem basicamente em duas situações.

A primeira situação de limitação ocorre quando há por parte de órgão centralizador a imposição de uma unidade, de modo que o Direito paralelo deve se incorporar e integrar a ordem oficial.

Esse fenômeno, pode ser observado em casos nos quais as reivindicações e contestações populares por Direitos são englobadas e apreciadas pelo Direito Oficial.

A segunda situação de limitação ocorre quando o *pluralismo jurídico* é usado como um instrumento para determinados grupos sociais hegemônicos, de caráter conservador, busquem usufruir de vantagens de econômicas.

No que concerne ao último caso, vale ressaltar que, somente o pluralismo progressista, no qual vigora um plano democrático de integração que busca promover a participação das massas e dos grupos coletivos, é capaz de promover a transformação e a organização da vida social (a nível político, cultural, econômico etc.).

3.3.2 Positividade combativa

É a segunda forma de atuação adotada pelos membros do Movimento do Direito Alternativo. Trata-se da luta no plano instituído, para que sejam aplicados

os princípios, garantias e direitos fundamentais de cunho social, frutos de reivindicações históricas das classes oprimidas, mas que não são cumpridas de fato.

Para o desembargador Carvalho (1998, p. 57), existe no plano instituído:

[...] autêntica guerrilha, tanto no campo jurídico como na própria sociedade, para que as conquistas democráticas que já foram erigidas à condição de lei tenham efetiva concretização, ante a crescente tendência do descumprimento das normas que representam vitórias populares (aqui a grande contradição de muitos que se dizem positivistas, mas mesmo assim operam seleção de normas que aplicam, com negativa, às escondidas, de determinadas outras). É que a efetivação da norma é o momento posterior ao da sua promulgação e depende da correlação de forças entre diversos segmentos da sociedade. Aqui, além da atividade do operador jurídico, necessária, muita vez, mobilização popular. Além da concretização, a luta implica não permitir retrocesso na busca permanente e renovável da utópica vida em abundância para todos.

Essa concepção quebra o grande mito propagado por aqueles que criticam o Movimento do Direito Alternativo, de que seus membros se opõem completamente ao direito positivo, ou que promovem a generalizada negativa à lei. Ao contrário, o que se verifica nessa forma de atuação, é o reconhecimento pelos alternativistas de um Direito positivado que tem em seu conteúdo a promoção das questões sociais conquistadas por meio de uma histórica luta de classes. O campo de normas positivadas serve, na verdade, como instrumento de combate contra a sonegação das leis que traduzem essas conquistas históricas.

Nessa linha, o alternativista Carvalho (1998, p. 57), destaca as vantagens da positivação:

Tem-se claro, pois, que a positivação carrega vantagens e é conquista desde que tenha de pôr fim a concretização dos princípios, desde que instrumentalize a aplicação das conquistas da humanidade, que são criados e renovados e destruídos pela sociedade civil na sua caminhada histórica na busca de vida digna para todos.

Pode-se citar, como exemplo, a luta para que os direitos trabalhistas, as garantias penais e as normas do Código de Defesa do Consumidor, promovam uma justiça material e não apenas formal.

Por ilustração, temos o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que foi criado para conferir uma maior proteção ao consumidor (hipossuficiente em termos técnicos, sociais e econômicos), de modo que se

estabeleça uma mínima isonomia na relação negocial de consumo com o fornecedor de produtos e serviços.

No entanto, tem havido um retrocesso no que diz respeito ao resguardo do consumidor, afirmação que pode ser ratificada pelas recentes jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça. Um caso especial é a súmula nº 381, que vem promovendo irreversíveis prejuízos ao consumidor e fortalecendo ainda mais as poderosas instituições financeiras.

O enunciado da súmula nº 381 do STJ prevê que: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

A respectiva súmula vai de encontro ao art. 51, caput² do Código de Defesa do Consumidor, já que o magistrado, no caso *in concreto*, não pode mais realizar um pronunciamento, sem manifestação das partes, no sentido de declarar nula as cláusulas abusivas previstas nos contratos bancários, o que antes, em tese, lhe era facultado.

Ora, no momento de contratar, as instituições financeiras inserem várias cláusulas contratuais abusivas (como por exemplo, juros altos, valores, indexadores, etc.) e o indivíduo, num primeiro momento, até tem conhecimento do teor de tais cláusulas. Ocorre, todavia, que, premido, por circunstâncias pessoais (dívidas, questões urgentes etc.) o consumidor acaba por firmar o contrato.

Em tais casos, ainda que tenha havido a livre manifestação de vontade das partes, prevalecem as regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor, como a boa-fé e o equilíbrio nas relações de consumo, em face do disposto no art. 51, nada impediria que o magistrado de ofício, declarasse a nulidade. Mas tal faculdade, pelo menos nos casos dos contratos bancários, foi vedada pela referida súmula.

Um caso mais flagrante é descumprimento dos princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, sem mencionar os Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto San Jose da Costa Rica).

Embora detenha uma das constituições mais humanitárias (denominada constituição-cidadã), no Brasil, existem ainda dispositivos de

² Art. 51. São **nulas de pleno direito**, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] (g.n).

aplicabilidade limitada³ que não foram regulamentados por lei infraconstitucional. E, há ainda, bem como, aqueles dispositivos de aplicabilidade plena ou de incidência direta⁴ que, na prática, não tem aplicação concreta.

São contra as situações ora exemplificadas que a “alternatividade” se opõe, buscando, por meio da *positividade combativa*, concretizar as conquistas legais de modo a fazer com que os princípios ganhem efetividade na vida diária, impelindo o operador do direito a atuar nos parâmetros do comando positivado, mas sempre assegurando a justiça social.

Sobre o assunto, em interessante lição, em perspectiva com o exposto acima, o desembargador Carvalho (1998, p. 58-59), aponta qual atitude o jurista deve tomar nas hipóteses em que a lei colida com os princípios, ou quando sua aplicação está, de início, de acordo com os princípios, mas no caso *in concreto*, acaba por se atritar com eles:

[...]. Neste momento, e só nele, o operador jurídico – em especial o juiz – está autorizado a negar a vigência à lei: não se aplica a legalidade, mas sim o direito que é construído pela própria sociedade. Assim, o limite para violação das regras está nos princípios gerais e universais do direito. É que a lei que com eles atrita perde sua finalidade/legitimação. Implode, pois.

Uma questão a se destacar, é que diferentemente do *Direito Alternativo em Sentido Estrito* ou *Pluralismo Jurídico*, que condena a concepção de que o Direito tem como fonte única o Estado, pois tem seu surgimento viciado pelos interesses dos detentores do poder econômico e político e por não prever todos os fenômenos que ocorrem no seio da sociedade, os membros do Movimento de Direito Alternativo que tem sua atuação pautada no Positivismo de Combate, defendem a

³ Em relação às normas de aplicabilidade limitada ou programáticas, José Afonso da Silva (2006, p. 138), as define como: “Podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.

⁴ Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva (2001, p. 99), sobre as normas de eficácia plena: “Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados”.

aplicação integral das leis que promovem as conquistas democráticas históricas, salvo nas exceções acima explanadas

Tal situação, por outro lado, se assemelha ao *Uso Alternativo do Direito*, a ser analisado na próxima seção, onde a atuação do jurista está adstrita ao texto legal, mas este se utiliza da argumentação e da hermenêutica alternativa, com o objetivo de ampliar os espaços democráticos.

3.3.3 Uso alternativo do direito

Neste momento, após apontamentos introdutórios que, antes de tudo, tiveram por objetivo contextualizar o leitor acerca da temática adotada nesta monografia chega-se ao ápice do presente trabalho, ocasião em que será efetivamente discutido e delineado o *uso alternativo do Direito*, que se manifesta em uma luta de classes dentro do Direito positivo, estando o jurista alternativo, principalmente o magistrado, engajado no amparo das classes mais carentes.

Em primeiro momento, se faz necessária a análise histórica do *uso alternativo do direito*, sendo instrumento essencial para a consecução desta seção, expor as ideias do desembargador Lédio Rosa de Andrade.

O presente trabalho, a princípio, pela importância que este país teve na evolução do tema, concentrará seus estudos na Itália, onde esta concepção do uso do direito teve início, e cujas bases influenciaram o movimento dos juristas brasileiros, também abordada a seguir.

3.3.3.1 Histórico

Cabe neste momento fazer uma advertência, vez que ao se realizar a análise de Direito comparado deve-se considerar as diferenças de estrutura social, jurídica, política, econômica dos países estudados (Itália e Brasil).

O leitor deve ter em mente que a abordagem comparará o estágio do movimento em um país desenvolvido, com uma sólida sociedade civil, que superou os graves conflitos sociais por meio da inserção do Estado de Bem-Estar Social. Por outro lado, temos um país subdesenvolvido, capitalista periférico, onde as populações, em determinadas regiões, são desprovidas dos Direitos básicos.

3.3.3.1.1 Uso alternativo do direito na Itália

Antes da consolidação da *jurisprudência alternativa* ou *uso alternativo do Direito* na Itália, por meio da associação de magistrados (Magistratura Democrática), é prudente, segundo Andrade (1996, p. 236-237), citar dois fatores histórico ocorridos na Itália na década de sessenta do século XX:

Em primeiro lugar, é de ser recordada que, após a segunda guerra mundial, alguns países europeus, aí incluindo a Itália, tiveram um momento de expansão econômica, com o desenvolvimento da indústria, capaz de produzir na sociedade civil a convicção de que todas as necessidades básicas das pessoas poderiam ser atendidas pelos novos avanços na produção industrial, possibilitando, como resultado, uma convivência consensual, sem grandes reivindicações populares. Esperava-se que esse câmbio reduzisse o conflito social, cabendo ao jurista inserir-se, de forma espontânea, neste processo. Tal esperança não durou muito e terminou com a explosão de vários conflitos no biênio 1968/1969, realçando-se o promovido pelo movimento estudantil. Resultou desmentindo o modelo industrial-consensualista, ou seja, voltou-se à análise da sociedade com base nas divergências e nas tensões, e não no consenso.

Em segundo lugar, a estratégia de luta das forças de esquerda mudou completamente. A ideia da revolução armada para a tomada do poder, exportada pelos comunistas do leste europeu, foi abandonada e em seu lugar optou-se por um resgate das teorias de Antoni Gramsci, principalmente por sua tática de guerra de posição. Assim, o chamado eurocomunismo adaptou-se as condições socioeconômicas locais e como estratégia para chegar ao poder empenhou-se em conquistar posições não só na sociedade civil, mas, também, nas instituições estatais, aí incluindo-se o Direito, ou o aparato jurídico oficial.

Com base nesses dois fatores, o *uso alternativo do Direito*, na Itália, foi precedido, por uma base de trabalho que conjugou uma forte teoria jurídica, como também, uma teoria social, essas duas baseadas nos graves conflitos ocorridos no biênio de 1968/1969 entre as classes sociais.

Desse modo, diferentemente do que pensam os juristas brasileiros, os juristas italianos não só atuavam por meio hermenêutica buscando, além disso, transformar as instituições jurídicas, ampliar os espaços democráticos, modificar as relações sociais de produção e poder e, conseqüentemente, construir uma nova sociedade.

Segundo Andrade (1996, p. 243), os juristas italianos buscavam alcançar esses fins através da:

[...] crítica e do desgaste dos aparelhos de domínio burguês, bem como com a união externa do grupo com os demais movimentos sociais organizados. Para tanto buscavam, [...], introduzir os conflitos individuais nos conflitos gerais de classe. Tratava-se de conquistar espaços não só dentro da norma, mas na realidade social onde se pode construir um novo poder democrático.

No Brasil somente existem as organizações judiciárias previstas em legislação, sendo a Associação Nacional dos Magistrados (ANM – âmbito nacional) e a Associação Estadual dos Magistrados (AEM – âmbito estadual), estas que são muito criticadas pelo desembargador Lédio Rosa de Andrade (1996, p. 236), como se verifica abaixo:

[...] até bem pouco tempo, a Associação Nacional e as estaduais possuíam uma atividade gremial, preocupadas com as suas sedes balneárias, jantares festivos e alguns cursos de aperfeiçoamento profissional dentro da dogmática jurídica. Só ao final dos anos oitenta, após a troca do regime militar de governo por um civil, e frente a graves problemas salariais, foram tomadas algumas atitudes de caráter sindical, chegando-se à grave em alguns Estados. Contudo, somente na década de noventa, diante do descrédito do Poder Judiciário perante a sociedade civil, da perda de uma parcela do monopólio da função jurisdicional, principalmente nas camadas ricas e nas miseráveis, começaram a tratar de assuntos de interesse popular, como estender a justiça a população, agilizar os procedimentos jurídicos e desburocratizar o sistema de Justiça.

Já na Itália existe a liberdade de associação, e os juízes buscam associar-se naquela que represente seus interesses pessoais e ideológicos. Existe, por isso, diversas associações de magistrados com discursos divergentes sobre o Direito e as questões sociais.

No entanto, nem sempre houve essa liberdade. Num primeiro momento, era vedado aos magistrados italianos o exercício da associação. Com o fim do fascismo, os juízes voltaram a se reunir numa associação única, sendo reconstruída, em 1945, a Associação Nacional de Magistrados Italianos (ANMI).

Essa associação tinha caráter apolítico e sem nenhum viés sindical, tendo somente finalidades profissionais e corporativas.

Em virtude das divergências políticas, foi colocada em cheque a unidade da associação, ocorrendo sua cisão em 1961. Os juízes de segunda instância abandonaram a Associação Nacional de Magistrados Italianos e constituíram a União das Cortes e, logo em seguida, a denominaram União dos Magistrados Italianos (UMI), passando a aceitar também os magistrados de primeiro grau. Com base nos preceitos do liberalismo clássico, mantiveram a postura

apolítica, de louvor ao positivismo jurídico, defendendo a atuação do magistrado como só exegética, bem como, a estrutura hierárquica do Poder Judiciário, entre outras coisas.

No entanto, felizmente, havia aqueles membros que não estavam satisfeitos com a postura, ainda fascista dos magistrados e tribunais.

O ponto de ruptura ao pensamento dos membros da União dos Magistrados Italianos foi, segundo Ferrajoli (1976) apud Andrade (1996, p. 248):

el descubrimiento de que la aplicación de la ley al caso concreto no se reduce nunca al mero reconocimiento de um preexistente significado normativo textual y cierto y que el juez, <<bouche de la loi>>, es sólo um mito iluminista que el pensamiento jurídico moderno rechaza como falaz⁵.

Com a descoberta do lado político da função judicial e a renovação do quadro de magistrados, que não tinham vivenciado as ferocidades do fascismo, criou-se, em 1964, por juízes simpatizantes da esquerda, a Magistratura Democrática (MD), organizando-se, anos depois, o *uso alternativo do Direito*.

Essa associação de magistrados, teve um caráter progressista, de viés marxista, criticando o positivismo jurídico e seu distanciamento da população, tendo suas atividades jurídicas empenhadas em solucionar os problemas sociais, bem como, em promover as mudanças estruturais na sociedade e no poder. Segundo Andrade (1996, p. 249-250), a formação da Magistratura Democrática divide-se em duas etapas, assim dispostas:

1) em sua etapa inicial (1964-1968) prevaleceu uma linha política liberal-democrática, com uma pluralidade ideológica de seus membros. Entretanto, nesse período predominou uma orientação mais cultural e menos política. Frente ao reacionarismo fascista da jurisprudência dominante, o movimento buscou na constituição sua fonte legitimadora e efetuou uma prática de adequação da legislação ordinária aos preceitos constitucionais. Nesta fase conseguiu maioria no Conselho Superior de Magistratura e 2) numa segunda etapa (1968-1969), o movimento assumiu uma posição política mais concreta, de conteúdo socialista, sendo a primeira vez que num Estado burguês um grupo de magistrados se declara contrária ao grupo dominante. Foi uma reação aos graves conflitos desses dois.

Os membros da Magistratura Democrática levaram o debate sobre justiça a um patamar mais amplo, passando a envolver toda a sociedade civil, bem

⁵ A descoberta de que a aplicação da lei ao caso concreto nunca é reduzido a mero reconhecimento do significado normativo e textual e que o juiz, boca da lei, é só um mito iluminista que o pensamento jurídico moderno rejeita como falsa. (Tradução nossa).

como todos os movimentos sociais, recrutando os partidos políticos, sindicatos, organizações de massa e estudantes. Passaram a questionar ainda, a própria atuação dos magistrados e do Poder Judiciário.

Após anos de polêmicas sobre o Direito, por meio de uma reunião de juristas em Catânia, em 1972, surgiu a proposta do *uso alternativo do Direito* (“*Uso alternativo del diritto*”).

Neste período, a Itália vivenciava uma grave crise política e social, e em meio a esse contexto, a Magistratura Democrática começa a praticar o uso alternativo do Direito, com o objetivo de transformar o ato de julgar em um instrumento, não mais para garantir os interesses das classes ricas, mas sim, para promover as conquistas das classes populares. A hermenêutica alternativa foi colocada como objetivo principal.

Segundo Andrade (1996, p. 259), após a organização do *uso alternativo do Direito* ou *Jurisprudência Alternativa*:

O primeiro passo seguinte foi estabelecer uma nova fonte de legitimação à prática alternativa. Foram buscar nas antinomias internas do próprio ordenamento burguês esta legitimação. Para eles, as forças populares e os trabalhadores conseguiram arrancar da burguesia certos direitos e princípios, que foram introduzidas na Constituição Republicana e em algumas leis ordinárias. Entretanto, essas conquistas se constituíram em “letras mortas”, pois mesmo previstas, legalmente, não foram aplicadas, não possuíam efetividade, resultando uma profunda contradição no aparelho normativo burguês. Portanto, a legítima função do jurista não é a de desaplicar a lei e, isso sim, a de aplicar os princípios e Direitos emancipatórios já incluídos no arcabouço jurídico do Estado. Isto porque a aplicação real dessas normas, como, por exemplo, a igualdade real e substancial entre cidadãos, só se pode dar com uma (ou após a) transformação da estrutura capitalista da sociedade, para um sentido socialista.

No Congresso de Florença, em 1973, foram estabelecidas as principais metas do grupo, sendo: a) valorizar dos aspectos democráticos, libertários e igualitários da constituição; b) desmitificar a imagem tradicional do juiz neutro e reafirmar a independência da magistratura; c) adequar as ações políticas da Magistratura Democrática às conquistas históricas obtidas através da luta de classes, de modo a concretizá-las.

O jurista Costa (1990, p. 168), define a *alternatividade*, surgida na Itália, da seguinte maneira:

La 'alternativa' se define ante todo 'negativamente', como 'lo contrario de la interpretación evolutiva': ésta se inspira en el estereotipo de la adecuación de la norma a una 'realidad social' concebida como movimiento unitário, orgánicamente progresivo, y en consecuencia atribuye al juez el papel de 'mediador de los conflictos sociales'. Es a esta imagem de cambio y a su traducción político-jurídica a lo que la metajurisprudencia 'alternativa', si se me permite el juego de palabras, quiere ser precisamente alternativa: em cuanto comprometida no en um trabalho de adecuación o mediación sino em um intento de 'hacer explotar las contracciones inherentes a la relación capital-trabajo'.⁶

Já na concepção de Barcellona e Cotturi (1976, p. 254), o *uso alternativo do direito* é:

Entendido en el único sentido posible de esta fórmula, como prácticica jurídica em contradicción com el designio de desarrollo social expressado (también jurídicamente) por la clase dominante, sin plantearse igualmente el problema de una cultura jurídica alternativa, en el sentido de um análisis del sistema y de una elaboración de técnicas y categorías conceptuales divergentes de las que emplean los modelos culturales dominantes⁷.

Deste modo, pode-se chegar às seguintes conclusões acerca do programa ideológico da Magistratura Democrática: 1) pode o juiz de Direito, ainda que inserido em um Estado burguês, sem violar os princípios e regras fundamentais, tornar-se independente, não ser mais um instrumento de opressão pelas classes dominantes, de modo a conferir à sua atuação um caráter emancipatório. 2) é possível a existência de uma jurisprudência alternativa, crítica, não conservadora, sem que esta venha a ferir o ordenamento jurídico; 3) pode o juiz de Direito, pautar sua atuação nos movimentos populares, optando por uma postura política e cidadã, de amparo as classes carentes.

Após as considerações de caráter estratégico e político. Cabe discutir neste momento, o enfraquecimento da Magistratura Democrática e, a consequente, derrocada do *uso alternativo do direito*.

⁶ A "alternativa" é definida acima de tudo "negativamente" como "o oposto da interpretação evolutiva": é inspirado no estereótipo da adequação da norma a uma "realidade social" concebida como um movimento unitário, organicamente progressivo, que em consequência atribuiu ao juiz o papel de "mediador de conflito social". É esta troca de imagem e sua tradução político-legal que a metajurisprudência "alternativa", se me permite o jogo de palavras, quer ser precisamente alternativa: enquanto comprometida, não no trabalho de educação ou mediação, mas sim na intenção de 'fazer explorar as contradições inerentes à relação capital-trabalho'. (Tradução nossa)

⁷ Entendida no único sentido possível desta fórmula, como prática jurídica de oposição à concepção de desenvolvimento social expressado (também jurídicamente) pela classe dominante, sem considerar igualmente o problema da cultura jurídica alternativa, no sentido das análises do sistema e de uma elaboração de técnicas e categorias conceituais divergentes usadas pelos modelos culturais dominantes. (Tradução nossa)

Como se observou, a Magistratura Democrática, de viés marxista, almejava criar condições para a modificação da sociedade, tendo como estágio final, o socialismo.

O contexto histórico sofreu modificações profundas, principalmente com o terrorismo. A situação política italiana se tornou demasiadamente tensa e as forças dominantes, aproveitando-se desses fatores, iniciaram uma ofensiva contra os avanços democráticos e as demais conquistas populares. Este período foi conhecido como *emergência* (penal, laboral, das drogas e da máfia).

Essas situações emergenciais reclamaram atitudes drásticas por parte do Estado, as quais, todavia, restaram infrutíferas, não atingindo as situações emergenciais, mas sim, causando a supressão de direitos populares.

Quem sofreu os maiores prejuízos foram as forças de esquerda italiana, entre eles o Partido Comunista Italiano, que para frear o avanço das forças de direita e, por conseguinte, manter as posições conquistadas, adotaram novas estratégias políticas, passando a confrontar quaisquer movimentos sociais que propunham mudanças sociais radicais, entre as quais a Magistratura Democrática. Esta acabou por mudar o âmbito de atuação, o foco se tornou a defesa das instituições constituídas contra o iminente retrocesso imposto pelas forças de direita.

Andrade (1996, p. 272), comenta acerca da nova postura da Magistratura Democrática, naquele período:

No Congresso de Rimini, 1977, a M.D. debate todos esses temas e opta por mudar de estratégia, começando a praticar o *garantismo*, ou seja, garantir a constituição, as instituições democráticas e todas as liberdades e direitos conquistados. Dessa forma, não mais devia levar as contradições sociais, seus conflitos, para o Poder Judiciário. Agora necessitava neutralizá-los, para não aprofundar a crise e desestabilizar as instituições. Passou então, a exercer uma jurisprudência evolutiva e não mais alternativa.

Em seguida, o desembargador catarinense Andrade (1996, p. 273-297), com propriedade emitiu sua opinião sobre o que ocasionou o término da *jurisprudência alternativa* ou *uso alternativo do Direito*. Termina por criticar a postura garantista adotada:

Em realidade, o *uso alternativo do Direito*, terminou, não por ter sido derrotado por seus opositores e críticos, mas devido ao abandono de seus próprios integrantes, que seguiram os novos rumos da esquerda política, mais precisamente, do Partido Comunista Italiano, deixando a atividade jurídica transformadora.

Quem não tem força para mudar, dificilmente terá para garantir. Assim, essa postura, se entendida como uma tática momentânea de luta, pode ser aceita, mas como uma proposta política para a sociedade, não. Por falta de qualquer perspectiva de mudança, representaria a estagnação da própria história.

Concluindo, pode-se afirmar que o *uso alternativo do direito*, na Itália, teve no início ideais bastantes inovadoras à época, sendo teorizada posteriormente por magistrados, professores, entre outros, juristas. Todavia, esteve reduzida a determinado momento histórico, atrelada ao ativismo de um grupo de magistrados de ideologia de esquerda, membros da Magistratura Democrática.

Já no contexto brasileiro, o Movimento do Direito Alternativo, por ser constituído pelos mais diversos operadores do direito, em especial por magistrados, não concentrará seus esforços somente na atividade jurisdicional crítica. Amparados pela ideologia de esquerda, terão como finalidade modificar as relações sociais de poder.

3.3.3.1.2 Uso alternativo do direito no Brasil

No dia 25 de outubro de 1990, conforme relata Andrade (1996, p. 105) um jornal de grande circulação no país, o “Jornal da Tarde”, em São Paulo, publicou um artigo, de autoria de Luiz Maklouf, denominado “Juízes gaúchos colocam o direito acima da lei”.

Sua intenção, segundo Andrade (1996, p. 105), era desmoralizar um grupo de juízes de Direito, de viés crítico, do Rio Grande do Sul. Esse grupo de juízes, guiados pelo também magistrado Amilton Bueno de Carvalho, se reuniam periodicamente para discutir o Direito positivo sob uma nova perspectiva.

O referido artigo, entretanto, não atingiu seu fim de ridicularizar o grupo de magistrados, ao contrário, divulgou para todo o país a existência, no Rio Grande do Sul, de magistrados não-ortodoxos, com uma visão crítica do Direito, inconformados com o Poder Judiciário, bem como, com sua prestação jurisdicional no que diz respeito às questões sociais.

O desembargador Andrade (1996, pp. 106-107), estabelece os primeiros passos do movimento no Brasil:

Não é errado dizer ser o mês de outubro de 1990 o início do *Direito Alternativo*, ou do movimento de *Direito Alternativo*, hoje mais consolidado. Isso porque a notícia sobre a publicação do artigo mencionado, levando ao público conversas tidas em off – o repórter permaneceu em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, por três dias, sendo recebido informalmente, prática hospitaleira comum dos gaúchos, participando, nessa condição, de vários “bate-papos” descontraídos – foi recebida por telefone, quando Amilton e vários outros juristas críticos (Roberto Aguiar, José Geraldo de Souza, Miguel Baldez, Miguel Pressburger, José Reinaldo Lopes, Jackson Azevedo, Edmundo Lima de Arruda Júnior) estavam reunidos na casa da juíza laborista Ilce Marques de Carvalho, em Salvador, Bahia, quando da realização do III Encontro Nacional da “Nova Escola Jurídica”. Ali mesmo, após a chamada telefônica, decidiu-se fazer algo: o I Encontro Internacional de Direito Alternativo, em Florianópolis, Santa Catarina, de 04 a 07 de setembro de 1991. Além disso, já antes do congresso, foi publicado o livro “Lições de Direito Alternativo 1”. Assim nasceu o movimento de Direito Alternativo.

O mesmo desembargador (1996, p. 107), observa alguns fatores históricos, que influenciaram a imprensa nesta postura pessimista e desmoralizadora em face do movimento de magistrados:

Em 1964, como é de conhecimento histórico, instalou-se no Brasil, via golpe de Estado, um regime ditatorial militar. Os aparelhos de violência do Estado funcionaram incessantemente, matando, torturando e perseguindo pessoas, em especial intelectuais, militantes políticos, operários e estudantes contrários à ideologia imposta. Também os aparelhos ideológicos foram ativados com abundância, disseminando no seio da sociedade civil a doutrina da segurança nacional, base teórica legitimadora do regime militar. As faculdades de Direito, nesse período, foram mais positivistas do que nunca, cingindo-se a transmitir os conteúdos das normas postas, sem qualquer discussão ou, até mesmo, sem maiores problematizações hermenêuticas. O bom aluno era quem decorava as leis. Fora dessa prática, caía-se na subversão. Nesse contexto histórico, ressaltados os magistrados anteriores ao golpe, foram recrutados os julgadores das décadas seguintes, até o fim do regime de força, no ano de 1985.

Como se observa no período do regime militar, o ato de pensar era perigoso, quase um suicídio. No entanto, mesmo sob o terror, muitos operadores do direito, em especial, magistrados, não se sentiam confortáveis com seu ofício, uma vez que estavam a serviço daquele regime bárbaro, e o ajudavam a se manter e a propagar as injustiças sociais.

Com o fim do regime militar, houve a libertação. Em vários estados, houve encontros, onde se discutiam as propostas para a elaboração da nova Constituição (1988). Entre as propostas à Assembleia Constituinte, estavam a limitação dos ganhos econômicos, a reforma urbana e agrária, além de outras propostas com foco na justiça social.

Nesses debates, houve um fenômeno interessante, vez que os magistrados puderam expressar seu descontentamento, angústias, frustrações em relação à atividade jurídica, mas sempre pensaram ser um sentimento individual. Entretanto, ao mesmo tempo, encontraram outros magistrados em situação análoga. Tais desapontamentos, segundo Andrade (1996, p. 108), se deve:

1) ao anacrismo da legislação; 2) à rigidez processual e a conseqüente ineficácia social da prestação jurisdicional; 3) ao caráter, exclusivamente, exegético da cultura jurídica dominante, ficando, o julgador, totalmente vinculado à lei e à jurisprudência dos tribunais; 4) ao total descompasso entre realidade socioeconômica do Brasil e o discurso jurídico que, distante e alienado, permite (como ainda permite) o crescimento da injustiça social, tratando-a como problema alheio ao seu trabalho; 5) aos mais variados benefícios usufruídos pelos Tribunais de segunda e terceira instância como: o uso de carros oficiais para fins particulares, o empreguismo de parentes, isenções fiscais e muitas outras regalias; 6) o descrédito popular no Poder Judiciário, acarretando perda da legitimidade.

Esse cenário de denúncias ao sistema instituído no Poder Judiciário e no arcabouço jurídico brasileiro, causou tensão e animosidade entre um número expressivo de operadores do direito, especialmente magistrados, o que culminou na organização do Movimento do Direito Alternativo. O jurista Andrade (1996, pp. 244-245), afirma neste momento ter ocorrido a verdadeira transformação na vida jurídica do país:

A verdadeira transformação na vida jurídica do país, com capacidade de abalar as velhas e sólidas estruturas, com poder de alterar, em parte, o ensino jurídico e a prática forense, com importância para chamar a atenção da grande imprensa, deu-se quando um grupo de juizes de Direito, sem amparo em qualquer teoria jurídica nova, decidiu ir a público, para: 1) manifestar seu desacordo com a estrutura jurídica vigente no Brasil; 2) dizer que não mais iriam, passivamente, continuar a condenar pobres, negros e prostitutas no Direito Penal e a mediar conflitos da classe média e rica como o Direito Civil, Direito Comercial, etc. e 3) propugnar mudanças só não jurídicas, mas, também, políticas, econômicas e sociais.

Cabe observar que, ao contrário da Itália, o surgimento do Movimento do Direito Alternativo brasileiro, não foi precedido por uma teoria jurídica complexa, capaz de construir os alicerces da nova prática jurídica. Os juristas críticos que existiam na época estavam dispersos pelo país, sem qualquer forma de organização, o que impossibilitava qualquer mudança no cenário jurídico existente. Além disso, não havia um reconhecimento por parte da imprensa da existência

destes juristas de esquerda, bem como, liberais, que em sua prática diária combatiam os ideologismos do regime militar e o sistema normativo elitista.

[...] o desenvolvimento do debate jurídico-teórico, prévio ao surgimento da *jurisprudência alternativa*, passado por três etapas distintas e essenciais. Começou com dificuldades encontradas no âmbito da pesquisa e do ensino, passando para um plano de reconhecimento de uma crise nos papéis da mediação jurídica e terminou com propostas de transformações dos aparelhos institucionais. Estas etapas não existiram no Brasil. O movimento surgiu sem gestão teórica, sem preparação prévia, salvo alguns encontros de magistrados para discutirem sugestões à Assembleia Nacional Constituinte. Foi com uma espécie de explosão de insatisfações, de anseios reprimidos por duas décadas de regime militar. Só após entrou nas universidades e somente na atualidade estão se realizando pesquisas. (ANDRADE. 1996, pp. 253-254)

No entanto, apesar de não existir uma prévia teoria jurídica crítica capaz de estruturar o movimento no momento do seu surgimento, o Direito Alternativo brasileiro não atuava sem fundamentos ou sem quaisquer parâmetros. Nesse momento, foram essenciais as teorias já consolidadas no velho continente, em especial na Itália, resgatando muitas das doutrinas criadas pela *jurisprudência alternativa* ou *uso alternativo do Direito* italiano.

O desembargador Andrade (1996, pp. 270-254), reconhece uma identidade entre os dois movimentos, italiano e brasileiro:

Há uma identidade entre os dois movimentos no tocante à atuação dos juristas como intelectuais, colocados tanto nos aparelhos de Estado (magistrados e promotores de justiça), como na sociedade civil (professores, advogados e estudantes), com o objetivo de buscar (construir) uma nova dimensão da política[...].

[...].

A crítica chegou até a ideologia jurídica, ao próprio Estado, ao seu ordenamento jurídico burguês e ao seu conceito de Justiça. Nesses temas, italianos e brasileiros exercitam um mesmo discurso, ou melhor, contradiscurso ao estabelecido.

Uma questão polêmica, que acompanhou o surgimento do Direito Alternativo no Brasil, diz respeito à possível quebra de imparcialidade do juiz quando este adere a uma corrente ideológica.

Muitos alternativistas, buscaram esclarecer essa polêmica, afirmando existir uma diferença entre neutralidade ideológica e a imparcialidade do magistrado perante as partes do processo.

Em total sintonia com juristas italianos, adeptos ao *uso alternativo do Direito* ou *jurisprudência alternativa*, os juristas alternativos brasileiros chegaram a seguinte conclusão: a imparcialidade do magistrado só faz sentido quanto se discute o distanciamento pessoal do magistrado em relação as partes que litigam em juízo defendendo seus interesses, já no que diz respeito à neutralidade ideológica, está se faz impossível, vez que é inerente a qualquer atividade humana.

Conjugando as análises históricas e ideológicas observadas no Brasil e na Itália, o jurista Andrade (1996, p. 268), traça a seguinte conclusão:

Na história contemporânea de todas as sociedades ocidentais, é comum a presença de juristas críticos, de esquerda, ao ponto de o tema não chamar muita atenção, ressalvados os casos esses profissionais são assassinados por todos os tipos de ditaduras. O não-comum, e aí sim, assunto de interesse geral, incluindo a grande imprensa, é a participação de magistrados nessa corrente ideológica. A imagem equidistante, neutra e mítica do julgador é o símbolo maior do sistema liberal legal, uma grande fonte de legitimação, a ser preservada a todo custo. Por esses motivos, há uma forte reação contra os magistrados que ousam assumir um discurso crítico, colocando em perigo toda essa imagem, essa ilusão, sobre a função jurisdicional.

Na próxima seção, será exposta a teoria do *uso alternativo do direito*, sendo esta consolidada a partir da prática jurídica crítica e das inúmeras experiências históricas, como as divulgadas anteriormente.

3.3.3.2 Teoria do uso alternativo do direito

Uma vez exposta toda a trajetória histórica ideológica do *uso alternativo do direito* em ambos países, será oportuno neste momento traçar as bases de sua teoria, como anteparo para a discussão do assunto serão destacadas as ideias de Clémerson Merlin Clève.

O que se pode observar durante toda trajetória histórica, é que os adeptos do *uso alternativo do direito*, criticam duramente as teorias jurídicas tradicionais, vez que estas preocupam-se apenas em decodificar, justificar e instrumentalizar a lei estabelecida pelo sistema positivista. Esquece, no entanto, que existe no campo normativo uma luta de classes histórica, nas quais os diversos grupos sociais reivindicam um sistema jurídico libertador e justo.

No entanto, ao mesmo tempo que criticavam o positivismo que contagia o Direito (neutralidade da lei, cientificidade da aplicação do Direito, imparcialidade do juiz, etc.), reconhecem ser esta uma das armas mais eficazes no sentido de promover a democratização política da sociedade. Já que o âmbito jurídico, além de abarcar o conjunto normativo, é onde se materializa a luta de classes, de modo que os interessados na democratização sociedade devem atuar dentro desse campo.

O campo do Direito, então, além de servir, como espaço de composição dos conflitos que envolvem os grupos sociais, se estabelece ali, um espaço de luta em que, os vários interesses individuais e sociais em jogo, debatem-se diariamente para ditar o conteúdo normativo imposto. O jurista Clève (1992, p. 117), reconhece esse campo de batalha como importante instrumento para libertação dos oprimidos:

Se o direito é o resultado – a nível legislativo (criação de normas) e jurisdicional (interpretação libertaria) – da luta entre interesses contrastantes; se o direito é um espaço de luta; se condensa uma relação de forças, significa que cristaliza não apenas as vitórias da classe hegemônica, como também as vitórias, ainda que difíceis das classes populares. Por isso não soa falso afirmar que o direito não é só repressão; é igualmente o signo da libertação dos oprimidos.

É neste cenário de lutas de classes, em que se insere a teoria do *uso alternativo do direito*, esta opta por amparar as classes hipossuficientes nessa luta, conferindo um caráter democrático e libertador às normas. No entanto, cabe a seguinte indagação: como os juristas alternativos atuam dentro do Direito Positivo?

O jurista alternativo atua, dentro do sistema normativo positivista, sem atentar contra o princípio da legalidade.

A partir do momento que se constata ser a decisão judicial um grande polo de criação jurídica, passa a inserir e exercitar nesta a teoria da interpretação, em que o magistrado se valendo dos critérios metodológicos adotados pelas diferentes escolas de interpretação, pode afeiçoar o Direito às necessidades da sociedade contemporânea, ampliar os espaços democráticos, promovendo assim, a justiça social.

O constitucionalista Clève (1992, pp. 118-119), discorrendo sobre o assunto sustenta que esse processo, bastante amplo, pois compreende a

transformação do Direito, retroage à própria produção legislativa e comporta dois momentos, assim descritos:

Primeiro, o momento pré-legislativo. Aqui, trata-se de buscar a noção dos direitos como instrumento de luta. Afinal, se os direitos humanos não constituem, sempre, o direito positivo, eles são, todavia, a expressão de uma política que visa invadir o espaço jurídico impondo conquistas. Este é o momento instituinte. É o momento do plural.

A esse momento deve ser somado o momento da aplicação do direito. Este é o momento judicial, da luta no interior do instituído: do singular. Insere-se, principalmente, aqui a teorização do uso alternativo do direito. Aceita-se o direito positivo como ponto de partida normativo para a produção do saber tecnológico (a dogmática jurídica). Isto não significa cair no positivismo, porque os postulados do positivismo são negados (neutralidade da lei; imparcialidade do Juiz; processo lógico-jurídico de aplicação da lei pelo Juiz reconduzível ao silogismo jurídico; exclusão de qualquer crítica intrínseca à ordem social e política existente, etc.). Todavia, os pontos de partida normativos sofrem toda sorte de construção hermenêutica e argumentativa com o sentido de reforçar a extensão dos espaços democráticos do direito.

A jurista Christianine Chaves Santos (2003, p. 53), no mesmo sentido, afirma que: “a teoria do uso alternativo do Direito consiste em encontrar brechas na lei, utilizar lacunas, contradições e incoerências da lei em favor das classes oprimidas, em nome da democracia e da justiça social”.

Completando o entendimento, o magistrado Carvalho (1998, pp. 55-56), dispõe que:

[...] a atuação ocorre dentro do sistema positivado, no já instituído. Consiste: (a) na utilização das contradições, ambiguidades e lacunas do direito numa ótica democratizante; e (b) na busca, via interpretação qualificada, diferenciada, de espaços possibilitadores (1) do avanço das lutas populares e (2) da democratização cada vez mais dos efeitos da norma, através da crítica constante.

[...]

É levar a norma ao seu limite máximo, de tensão democratizante (leia-se irradiar seus efeitos benéficos a um número cada vez maior de pessoas), numa visão totalizadora, tendo sempre presente o horizonte utópico vida em abundância para todos [...].

Em suma, o magistrado pode se valer da hermenêutica alternativa para conferir a determinada norma, criada para implementar os poderes da classe dominante, um caráter emancipador e protetor da dignidade do homem.

No entanto, uma questão de extrema relevância se emerge: onde se verifica o comando permissivo que admite ao magistrado adotar a teoria da interpretação?

De forma brilhante, o constitucionalista Clève (1992, p. 119), prevê que essa prática encontra respaldo na própria Constituição Federal, conforme argumentação abaixo:

Num Estado Democrático de Direito, alicerçado numa Constituição comprometida com a dignidade do homem, o ofício do jurista eticamente ligado com a *práxis* libertária assumira vastas proporções, em face de inúmeras possibilidades argumentativas que poderão ser descobertas. Uma Constituição democrática é uma fonte inesgotável de argumentos que podem ser utilizadas com o sentido de democratizar o direito, inclusive, se for o caso, para fim de negar aplicação à lei que viole valor protegido pela Lei Fundamental. Em face da Constituição brasileira atual não é difícil sustentar-se a potencial inconstitucionalidade de qualquer lei injusta, na medida em que o constituinte definiu entre os princípios fundamentais da república a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) e entre os objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Neste sentido, o consagrado constitucionalista Canotilho (1989, p. 33), tece críticas ao método jurídico do positivismo e seu antagonismo em relação à Constituição, método este, também refutado pela teoria do *uso alternativo do Direito*:

[...] chamado método jurídico do positivismo..., está em manifesta discrepância com o direito constitucional de um Estado de direito democrático [...] o positivismo jurídico-estadual e a forma de Estado que lhe está associada – o Estado de direito formal – obedecia à estratégia da burguesia no sentido de alicerçar o fundamento burguês do Estado bem como a distribuição conservadora da ordem de bens existentes, não permitindo a sua inversão no sentido dos fins sociais. [...] através da distanciação perante o Estado, ocultava conscientemente a possibilidade de concentração de poderes não estaduais (monopólios) e a desproteção de camadas cada vez mais numerosas da população.

Em conclusão, o jurista italiano Ferrajoli (1978, p. 134) expõe o seguinte entendimento a respeito *uso alternativo do Direito*:

No se trata de desaplicar la ley, sino, por el contrario, de cumplir una norma cardinal del ordenamiento; no se trata del derecho libre, confiado a la arbitraria discrecionalidad y creatividad del intérprete, sino antes bien de derecho estrictamente vinculado al programa emancipador y enunciado por la Constitución; no se trata de negación de la normatividad ni de su reducción a mera expresión de las dinámicas sociales, la normatividad como instrumento exclusivo de la classe dominante. En conclusión, no se trata, para la jurisprudência alternativa, de una arbitraria toma de partido, sino de fidelidade a um compromisso em favor de las clases sometidas ya assumido por la Constitución republicana.⁸

⁸ Não se trata de desaplicar a lei, mas, pelo contrário, de cumprir uma norma cardinal do ordenamento, não se trata do direito livre, confiado a arbitrária discricionariedade e criatividade do intérprete, mas antes de um direito estritamente vinculado ao programa emancipador e enunciado

Desta forma, pode-se destacar a importância que o *uso alternativo do direito* tem no momento em que adapta o campo normativo, palco das lutas de classes, às necessidades dos grupos sociais carentes.

pela Constituição, não se trata da negação da normatividade ou de sua redução a mera expressão das dinâmicas sociais, a normatividade como instrumento exclusivo da classe dominante. Em conclusão, não se trata, para a jurisprudência alternativa, de uma arbitrária toma de partido, mas sim de uma fidelidade a um compromisso em favor das classes submetidas e assumidas pela Constituição Republicana. (Tradução nossa).

4 USO ALTERNATIVO DO DIREITO: PROMOVE A JUSTIÇA OU CAUSA INSEGURANÇA JURÍDICA?

Como observado no capítulo anterior, o Movimento do Direito Alternativo tem como objetivo máximo a busca pela justiça, estando sua atuação inserida no Plano Instituído (*uso alternativo do Direito e Positividade Combate*), bem como, no Plano Instituinte Negado (*Pluralismo Jurídico*).

O *uso alternativo do direito*, destacado como forma de atuação que traz uma verdadeira inovação na interpretação e construção hermenêutica e argumentativa de um dispositivo legal. É duramente criticada pelos juristas ortodoxos, defensores da dogmática positivista-legalista, que consideram o método uma fonte de insegurança jurídica.

É oportuno, entretanto, antes de solucionar essa polêmica, tecer considerações gerais sobre Justiça e a Segurança Jurídica.

4.1 Considerações gerais sobre Justiça

O termo “Justiça” é revestido de uma enorme complexidade. Encontra-se presente, principalmente, nas questões sociais e políticas de uma sociedade. Para tecer comentários gerais sobre Justiça, o presente trabalho tomará como base a doutrina do brilhante jus-filósofo Otfried Höffe.

De forma geral, pode-se afirmar que a justiça está ligada, tanto no âmbito objetivo quando no âmbito subjetivo, à honradez do ser humano. Trata-se assim, de uma das principais reivindicações do homem: clamar por justiça. Em virtude disso, todos os povos, de diferentes culturas, em diferentes épocas, têm como ideal o império da justiça.

O filósofo do direito Höffe (2003, p. 12), ressalta o caráter global da justiça e insere nesta a importante concepção de “igualdade”:

Devido à justiça transcultural e transepocal, interculturalmente reconhecida, pode-se caracterizar toda a humanidade como uma comunidade baseada na justiça. Os traços comuns a todos os seres humanos principiam no preceito da igualdade: “Casos iguais devem ser tratados de modo igual”. Tanto na sua forma negativa, enquanto proibição do arbítrio, como também na sua forma positiva, enquanto norma da imparcialidade, o preceito da igualdade exige a arbitragem de litígios sem consideração da pessoa.

O jus-filósofo Höffe (2003, p. 30-31), sobre o tema, acrescenta interessante visão:

Busca-se justiça em todo o âmbito das relações humanas, tanto nas de cooperação quanto também nas da concorrência. No caso de aqui surgirem interesses, pretensões e deveres conflitantes. A condição objetiva de aplicação cifra-se no litígio ou conflito. Como estes, existem, tanto no trato pessoal quanto nas relações comerciais, bem como nas instituições e nos sistemas sociais, nomeadamente no direito e no Estado, além disso também entre os Estados e, não em último lugar, por igual na relação entre as diferentes gerações, a justiça está em jogo em todas essas áreas.

O jus-filósofo Höffe (2003, p. 34-35), por sua vez, também discorrendo sobre o assunto introduz a ideia de que as relações humanas possuem duas faces, que correspondem a dois conceitos de justiça:

O convívio humano possui dois lados, aos quais correspondem dois conceitos de justiça. Com relação a instituições e sistemas sociais, como o matrimônio e a família, a economia e o sistema educacional, a moral devida é denominada justiça institucional ou objetiva; no caso do direito e do Estado, também se chama justiça política. No entendimento personalista ou subjetivo, ela significa, em contrapartida, aquela honradez que não cumpre as exigências da justiça institucional apenas ocasionalmente e por medo de castigos, mas voluntária e constantemente, "habitualmente". Aqui a justiça é um traço distintivo do caráter ou da personalidade, uma virtude moral que, por um lado, independe de uma simpatia pessoal e, por outro, não ultrapassa o devido. Existem destarte dois graus. Quem age com justiça baseado somente em motivos extramoriais, e.g., por medo da pena, encontra-se apenas no grau inferior, básico. Desde Kant, fala-se aqui de legalidade e pensa-se na consonância com o que a justiça ou, em termos mais genéricos, a moral manda fazer. Não se trata aqui, portanto, da congruência com a lei positiva, da legalidade positiva, mas de uma legalidade moral. No plano mais elevado e no grau da perfeição, no da moralidade, agimos, não apenas com justiça, mas fazê-lo também a partir de uma determinada mentalidade, a saber, simplesmente por ser justo. Quem é justo nesse sentido pleno também não enganará outras pessoas, mesmo tendo condições para tal, em virtude de maior poder ou inteligência. E como legislador, juiz, professor, um dos pais ou concidadão, ele orientará as suas ações e omissões segundo a ideia da justiça objetiva, também se o direito positivo e a moral convencional deixarem lacunas e margens à apreciação, ou quando a sua consecução for extremamente improvável.

De forma excepcional, Höffe (2003, p. 33-34), trata das hipóteses em que o cidadão poderia dispor de sua justiça pessoal, ao mesmo tempo, refuta a concepção de que a justiça pessoal não é importante para o desenvolvimento regular do Estado Democrático de Direito, neste sentido, expõe que:

(...) a suposição difundida de que sociedades modernas poderiam abrir mão da justiça pessoal é falha, pois uma certa medida de justiça, tanto do lado dos cidadãos quanto do dos titulares dos cargos da sua sociedade, pertence às condições de funcionamento da democracia no Estado de direito: assim titulares de funções como, e.g., os parlamentares não têm a justiça pessoal (“honradez”), pois, de outro modo, e em contradição com o seu juramento, não serviriam à totalidade do povo, mas tão-somente aos interesses da sua clientela, contribuindo a uma tirania da maioria, temida pela teoria crítica da democracia de Platão (*República* VIII 555b ss.) e Aristóteles (*Política*, OV 4, 1290 bl s.) a John Stuart Mill (*Sobre a liberdade*, Cap. 4). Também nos juizes e funcionários da administração, até no caso das pessoas que trabalham nos meios de comunicação (enquanto quintessência do quarto poder), é imprescindível, não uma justiça abrangente, mas uma justiça pessoal referida ao seu campo de atividades. Se alguns carecem dela, os outros, que são em grande número, poderão regulá-la. Mas onde a falta se torna a regra, quando, e.g., juizes praticam “sistematicamente” um “jogo de cartas marcadas” com a acusação e a defesa, a tarefa em questão é pervertida.

Por outro lado, cidadãos precisam dispor da justiça pessoal, para que via de regra cumpram voluntária e permanentemente as exigências da justiça institucional e para obstaculizar um excesso do poder estatal. Em casos de injustiça relativa à vida, os cidadãos probos se indignam e protestam; se necessário, exercem até a desobediência civil (v. Cap. XIV.I): a justiça pessoal opõe-se a que o ordenamento jurídico descambe num “Estado baseado na ausência do direito”.

Por fim, analisando a doutrina Otfried Höffe, bem como, de outros filósofos jurídicos, pode-se considerar a Justiça, em ambos aspectos (objetivo e subjetivo) um princípio norteador da convivência social, vez que permite a promoção da igualdade entre os indivíduos na mesma sociedade, ainda que de forma proporcional, além disso, regula e dá legitimidade ao Estado de Direito.

4.2 Considerações gerais sobre Segurança Jurídica

Como visto no primeiro capítulo, os defensores do positivismo jurídico enaltecem a “lei e a ordem”, de modo que somente a máquina estatal, por meio de um processo legislativo por ela criado, é legítima para criar as normas legais capazes de promover a ordem, ou, em uma visão crítica, a manutenção da classe dominante. O rigoroso formalismo normativo, baseado no racionalismo moderno, despreza os inúmeros fenômenos sociais que ocorrem no interior da sociedade.

Nesse sentido, o representante máximo do positivismo, Kelsen (1998, pp. 175-176), dispõe que:

Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o

Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que hão de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo conseqüente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado de Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica. Em completa oposição a este sistema encontra-se aquele segundo o qual não existe tampouco um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos concretos segundo a sua livre apreciação. A sua justificação está no suposto de que nenhum caso é perfeitamente igual a outro, de que, portanto, a aplicação de normas jurídicas gerais que predeterminam a decisão judicial ou o ato administrativo e, assim, impedem o órgão competente de tomar na devida conta as particularidades do caso concreto, pode conduzir a resultados insatisfatórios. É o sistema da livre descoberta do Direito, sistema que já Platão propôs para o seu Estado ideal. Em consequência da radical descentralização da criação do Direito que lhe vai ligada, este sistema caracteriza-se pela sua grande flexibilidade, mas, em contrapartida, renuncia totalmente à segurança jurídica.

Desta forma, observa-se que esta postura do Estado, em pautar-se conforme a legalidade, segundo os positivistas, é necessária para a manutenção da paz, da ordem e, especialmente, da segurança jurídica.

4.3 Solução à Questão Polêmica

O Direito Alternativo como instrumento de libertação contra as formas de dominação, estabelece oposição ao positivismo, vez que este permite que os detentores do poder político e econômico realizem um aparelhamento do Estado, principalmente, da produção jurídica estatal, com o fim de promover os interesses da classe dominante.

Como visto anteriormente, uma das vertentes alternativistas é o *uso alternativo do Direito*, que trava seus combates dentro do sistema legal instituído, permitindo ao magistrado no caso concreto, utilizar da argumentação e da hermenêutica alternativa, para conferir a determinada norma um caráter emancipador do cidadão.

Entende-se que essa atuação alternativista não fere a segurança jurídica, por esta ser um princípio do Estado de Direito, modelo este de Estado, que ao deter os meios de produção normativa, deve prover oportunidades e direitos

básicos ao cidadão, o que, no entanto, não se observa em sociedades capitalistas periféricas como as Latino-americanas, em especial, o Brasil, onde grande parcela da população se encontra excluída dos direitos mínimos.

O que de fato ocasiona a insegurança jurídica, é a própria norma estatal que em seu conteúdo promove, de um lado a manutenção das classes elitistas no controle e, de outro o agravamento da desigualdade social, o que resulta em consequências maléficas para toda a sociedade, como a criminalidade, desemprego, destruição do meio ambiente, problemas na saúde pública, descrédito nas instituições que não conseguem solucionar os conflitos sociais e etc. A principal causa da insegurança jurídica é justamente este clima de tensão social.

Nesse sentido, de forma excepcional, temos as palavras do jus-sociólogo Carvalho (2005, p. 30):

[...] o que gera instabilidade é a aplicação da lei injusta. Isso sim faz com que o povo (para ele é dirigido o Estado, ou ao menos deveria ser) perca a confiança nas instituições. [...]. A instabilidade criada pela lei injusta, por certo, é que levou James Baldwin, o líder negro norte-americano, a concluir que o sistema jurídico ianque é um meio legal de promover injustiça (Dallari, loc. cit., p. 59). O próprio Carlos Maximiliano reconhece que “todo direito escrito encerra uma parcela de injustiça”. Onde a estabilidade? Só se outro Poder do Estado, no caso concreto, puder corrigir. Aí surge o Judiciário tornando estáveis a relação em sociedade. Mesmo porque é ilusão afirmar que a ordem jurídica oferece segurança e que o legislador é sempre racional (Warat, *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, p. 47). Mais, o próprio Warat diz que é massificação jurídica entender que o direito positivo é o único fator de segurança (p. 135). Outrassim, é necessário que se tenha claro o que é a ordem na sociedade capitalista, para tanto vale a lição de Marilena Chauí, *Desordem e Processo*, ed 1986, p. 21/22: “Numa sociedade de classes, o ordem não é a organização social dos mores ou do sentimento do direito” como não é jogo fluido do proibido e do permitido, mas é a ordenação da sociedade pela classe dominante e pelo Estado, de tal modo que a ordem é controle social, dominação política, sujeição ideológica, exclusão cultural, coerção psíquica e física, numa palavra, violência”.

Por fim, este capítulo não poderia ser encerrado sem que fosse trazida a visão do jus-sociólogo Souto (1997, p. 94-95), para quem a missão do servidor do direito é a justiça:

Nem se pode desconhecer que nem todas as leis privilegiam minorias poderosas ou estão envelhecidas (cf. Clève, 1991:117, Farias, 1993: 38). Mas se poderá afirmar que quanto mais dogmático seja o juiz, como intérprete e aplicador, menos servirá ao que se aspira como igualdade e liberdades humanas.

Diante da injustiça manifesta à luz de um conhecimento fundamental (isto é, objetivamente testável), sua missão fundamental de servidor do direito

haverá de conduzi-lo ao *praeter legem* e, mesmo, em casos excepcionais, ao *contra legem* (sobre essa excepcionalidade, cf. Melo, 1994: 17 e 112-113, Lima, 1992: 45, Rodrigues, 1992: 196-197, Faria, 1993: 45-46). Porque, se o magistrado dogmático é, antes de tudo, o servo da lei, o magistrado verdadeiramente moderno e cientificamente pós-moderno é, antes de tudo, o servo do direito, entendido este como algo que implique, de modo necessário, racionalidade testável do conhecimento e sentimento de justiça.

Deste modo, o Movimento do Direito Alternativo, engajado na busca pela Justiça, imputa ao Direito um caráter libertário, que atende também aos interesses das classes carentes, buscando salvaguardar a “dignidade humana”, e por ser esta, um princípio basilar de nossa Carta Maior, ao privilegiá-lo, o Movimento de Direito Alternativo concorre, porque não, para a promoção da segurança jurídica.

5 MAGISTRADO ALTERNATIVISTA: IDEOLOGIA E JURISPRUDÊNCIA

Como visto, o Movimento do Direito Alternativo é constituído por magistrados, promotores, advogados, entre outros, operadores do direito que ambicionam em sua prática cotidiana promover a construção de uma sociedade democrática e socialmente justa.

Neste último capítulo, pretende-se dar destaque à figura do primeiro ator social, ou seja, o magistrado alternativista, sendo feita em um primeiro momento uma análise ideológica de sua atuação e, por fim, estudar casos em que foram aplicadas as correntes do Direito Alternativo.

Para a construção deste capítulo, será indispensável o amparo nas doutrinas de Amilton Bueno de Carvalho, Dallari e Betioli que melhor retratam a postura ideológica dos magistrados ao longo do tempo.

5.1 Transição Ideológica do Magistrado

Faz-se oportuno, antes de analisar a ideologia do Magistrado Alternativista, expor o processo de transição do magistrado como mero aplicador da legislação estatal, concepção advinda da doutrina positivista, para o magistrado independente, crítico do sistema jurídico instituído, que almeja a justiça em sua atuação.

5.1.1 Magistrado como mero aplicador da legislação estatal

Conforme já abordado no segundo capítulo, prevalece no ambiente jurídico ocidental o paradigma positivista-legalista do Direito (racionalismo moderno), surgido a partir da Revolução Francesa com o advento do Estado liberal capitalista, que é, por meio do Poder Legislativo, representante do povo, o único responsável pela produção jurídica estatal.

O paradigma positivista-legalista, consolidado no Estado Liberal, restringe os limites de atuação do magistrado à vontade do legislador, cabendo a este a função de aplicar a legislação estatal ao caso concreto, devendo se manter

neutro, apolítico, acrítico, não podendo realizar quaisquer flexões interpretativas quando ao conteúdo da lei, salvo as permitidas pelo legislador.

Tal postura do magistrado representa um dos preceitos máximos do positivismo, em busca da ciência jurídica pura.

Esta limitação na atuação do juiz, segundo o professor Betioli (1989, p. 216), representa a principal vertente da Escola de Exegese (contemporânea ao Código Napoleônico), cujas características, de acordo com mesmo autor, podem ser assim escritas:

O pensamento dominante da Escola da Exegese era a supervalorização do código ou da auto-suficiência. Pensavam os seus adeptos que o código encerrava todo o Direito. Assim, a lei positiva, especialmente o Código Civil, encontrava-se a possibilidade de solução para todos os casos que viessem a ocorrer na vida social. Com outras palavras, o código não apresentava lacunas.

Consequentemente, o dever do intérprete era ater-se rigorosamente ao texto legal, sem procurar solução fora ou estranha a ele. Os usos ou costumes não podiam valer, a não ser quando a lei lhes fizessem expressa referência.

[...]

O principal objetivo da Escola era o de revelar a vontade do legislador; daquele que planejou e fez a lei. O intérprete devia cumprir seu dever aplicador da lei, de conformidade com a intenção original do legislador, pois a única interpretação correta seria aquela que reproduzisse o pensamento de vontade do autor da lei. Chegou-se ao extremo de afirmar que “se o intérprete substituir a vontade do legislador pela sua, o Judiciário estará invadindo a esfera competência do Legislativo”.

O jurista Betioli (1989, p. 217), expõe os fatores que ocasionariam o declínio da Escola de Exegese. Para ele:

Enquanto não houve mudanças sensíveis nas relações sociais, houve correspondência entre as estruturas sociais e o conteúdo das normas do Código. A suposta intenção do legislador coincidia com o que o aplicador da lei considerava justo, em função de seus valores gramaticais e lógicos. Contudo, com a Revolução Industrial operada no decorrer do século 19, especialmente através dos grandes inventos no plano da Física e da Química e notadamente através da utilização da força a vapor e, depois, a eletricidade, com a mudança no sistema de produção, a vida social alterou-se profundamente. Consequência disso foi o surgimento de um desajuste entre a lei, codificada no início daquele século, e a vida com novos aspectos e exigências. A todo instante apareciam problemas nem sequer imaginados pelos legisladores do Código Civil.

Em reação ao exagerado legalismo e ao descompasso social expressado pela Escola de Exegese, surgiram novas escolas de interpretação, nas

palavras de Betioli (1989, p. 217-218), podendo ser citada a Escola Histórico-Evolutiva, cujas características foram assim descritas pelo referido autor:

Foi sob a inspiração da Escola Histórica de Savigny, que surgiu no final do século 19 esta nova corrente que atribuía ao intérprete papel relevante: manter o Direito sempre atual, de acordo com as exigências sociais.

A Escola afirmava que a lei é uma “realidade histórica” que se situava, por conseguinte, na progressão do tempo. Ela, uma vez elaborada, desprende-se da pessoa do legislador, como a criança se livra do ventre materno. Não fica, pois, presa às suas fontes originárias, mas deve acompanhar as vicissitudes sociais. Assim, a lei passa a ter vida própria, autônoma, independente, de modo que corresponda não apenas às necessidades que lhe deram origem, mas também a suas transformações surgidas através da evolução histórica.

Por isso, ao intérprete cabe o trabalho de adaptação do texto legal às novas realidades e exigências da vida social. Não sendo imutável o significado da lei, o intérprete deve ajustar as suas palavras às situações supervenientes, fazendo uma interpretação atualizadora, ou seja, transportando o pensamento da época para o presente. E o faz, verificando diante da lei não só o que o legislador quis (a sua vontade real), mas também o que quereria, se vivesse nas circunstâncias atuais (intenção possível do legislador). Deve-se verificar, então, qual teria sido a intenção e a conclusão do legislador, isto é, como ele teria legislado, se no seu tempo existissem os fatos que são reais hoje, no momento em que se interpreta ou aplica a lei.

O trabalho do intérprete, todavia, é apenas de atualização, sempre se situando no âmbito da lei, não se admitindo interpretação criadora à margem da lei. O intérprete não cria o Direito, apenas revela novos aspectos de uma lei antiga.

No entanto, apesar da evolução, a interpretação mantinha-se restrita à lei, não podendo o magistrado fugir da letra desta. Somente no final do século 19, com o advento da Escola do Direito Livre, foi propiciado ao magistrado, se o quisesse, maior liberdade de interpretação. Se o seu limite antes era a lei, agora passa a ser a justiça. Nas palavras de Betioli (1989, p. 219), essa última escola foi assim caracterizada:

A corrente do Direito Livre concedia ampla liberdade ao intérprete, na aplicação do Direito. Se a lei fosse justa, deveria ser acolhida e aplicada; caso contrário, seria colocada de lado e o intérprete ficaria “livre” para aplicar a norma que julgasse estar de acordo com os seus critérios de justiça. O lema da Escola era “a justiça pelo código ou apesar do código”. Como se pode ver, tal concepção ia muito além das ideias de François Géný. Pela corrente do direito livre, o juiz, além de julgar os fatos, julgava também a lei, em face dos ideais de justiça; ele possuía o poder de marginalizar leis e criar normas para casos específicos, com ressalva ao campo do Direito Penal.

Famoso exemplo histórico dessa orientação encontra-se nos julgados do “bom juiz MAGNAUD”, em Chateau-Thierry na França. Contrariando muitas vezes os textos legais, ele desculpava os pequenos furtos, amparava os fracos, mulheres e menores, atacando os privilégios e erros dos poderosos.

Um fato desalentador é que, embora tenha havido um progresso no campo teórico no sentido de conferir maior liberdade ao magistrado, observa-se, na prática, que a ideia de apego irrestrito aos comandos legais prevalece no seio da Magistratura, que numa postura conservadora e por comodismo optam por adotar o fetichismo à lei, difundida pelo positivismo, em nome de uma falsa concepção de segurança jurídica, como já debatido no terceiro capítulo, deste trabalho.

O jurista Dallari (2007, p. 84), crítica duramente esse comodismo dos magistrados, que se auto intitulam “escravos da lei”, afirma que:

Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é “escravo da lei”. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz percebera a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei

O desembargador Carvalho (2005, p. 51), também tece comentários críticos a essa postura conservadora dos magistrados tradicionais:

Com incrível frequência ouve-se que o direito é tão-só conservador e, por decorrência, aqueles que nele trabalham também só podem sê-lo. Tal discurso surge não só entre bacharéis em direito como em outros segmentos sociais.

Esta constatação, além de macular o saber jurídico, faz com que o profissional se sinta impotente em pugnar mudanças no seu campo de atuação (o que não deixa de ser cômodo), gerando inércia, descompromisso com o social e alienação. E o que mais é grave: perde ele a capacidade de criticar não apenas o jurídico, mas a estrutura social.

Desnecessário concluir: o profissional que acredite nesta constatação é um agente, consciente ou não, de qualquer sistema posto. Jamais terá ele condições de participar de um processo transformador.

Carvalho (2005, p. 54) entende que o responsável direto pelo conservadorismo do magistrado é o positivismo jurídico, ainda bastante arraigado, como afirma:

Vê-se, pois, que o positivismo jurídico gera consciência conservadora. Ao segui-lo, o jurista compartimentaliza o direito, desligando-se de suas causas e despreocupando-se com suas consequências. A visão do mundo, além de ser deformante (isola o conhecimento), serve para tão-só reproduzir um sistema jurídico dado. A criação não lhe é possível, a não ser no que se refere ao formalismo que lhe está insito.

Como se não bastasse essa separação do direito às outras ciências que formam o mesmo continente, o próprio direito compartimentaliza-se em si

com especializações. Hoje já existe existem Juizes e Advogados que atuam em áreas tão limitadas (v.g., falências, execuções fiscais, acidentes de trânsito) que perdem até contato com as áreas do seu próprio saber. Então. O positivismo compartimentaliza o direito dentro e fora dele mesmo! O direito, nesta ótica, perde toda sua capacidade filosófica: decide-se sobre valores fundamentais do ser humano, não com base nele ser humano, mas sim nas regras e formas impostas por uma classe que em dado momento assumiu o poder.

Dallari (2007, p. 87), ratifica a postura crítica de Amilton Bueno de Carvalho, e complementa demonstrando o comodismo e a falta de senso crítico que esse paradigma provoca nos juristas:

Para os adeptos dessa linha de pensamento o direito se restringe ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado, seja qual for seu conteúdo, resumindo-se nisso o chamado positivismo jurídico que tem sido praticado em vários países europeus e em toda América Latina. Desse modo a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha. Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir as responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muito deles sejam juizes.

No entanto, dentre as concepções positivistas, aquela que mais causa deformações, é a que apregoa a neutralidade das leis oriundas do corpo estatal. Os efeitos são os piores possíveis, pois o magistrado, crente desta neutralidade, pode, sem um senso crítico, parecer que está efetivando a justiça por meio daquela norma estatal viciada, quando na realidade, acaba na decisão judicial por implementar o poder das classes dominantes.

Carvalho (2005, p. 23-24), quebra o mito da neutralidade da lei, afirmando que:

Parece-me claro que, a partir do momento em que uma classe toma o poder, ela se equipa com um aparato legal buscando nele se perpetuar. Nas sociedades capitalistas, onde o poder está na mão de uma minoria (os detentores do capital e seus representantes), a lei tem basicamente duas funções: manter coesas as forças que estão no mando e determinar a subordinação daqueles que sofrem a opressão (maioria trabalhadora). Por outro lado, o Estado, da onde emerge a lei, é, segundo a tradição marxista, “uma máquina de repressão que permite as classes dominantes assegurar sua dominação sobre a classe operária, para submetê-la ao processo de extorsão de mais-valia (Althusser, *Aparelhos ideológicos de Estado*, p, 62). Tem a mesma visão de Estado Roberto Lyra Filho, *O que é Direito*, p. 81 e Marilena Chauí, *O que é Ideologia*, p. 69.

O jurista Dallari (2007, p. 85), observa no Brasil em larga escala o fenômeno de apropriação do Direito pelas classes elitistas (também exposto no primeiro capítulo deste trabalho), sendo o magistrado, segundo o autor, um “escravo dos compradores de leis”:

A ocorrência frequente desse vício ficou amplamente demonstrada durante as investigações realizadas no Brasil sobre a corrupção do governo Collor, que acabaram revelando a existência de ativas ramificações no Senado e na Câmara dos Deputados. Grandes empresários, que frequentemente aparecem na imprensa criticando o governo e fingindo-se indignados com a corrupção no setor público, costumam contribuir para a formação de fundos destinados a comprar o apoio de parlamentares para a aprovação de certos projetos de lei. E inúmeros registros na imprensa ou em obras de teoria e divulgação, baseadas em fatos ocorridos em diferentes países, mostram que práticas semelhantes são adotadas em muitas partes do mundo. Como fica evidente, o juiz escravo da lei tem grande possibilidade de ser, na realidade, escravo dos compradores da lei.

Concluindo, se faz necessária mudança de mentalidade do magistrado contemporâneo, que este seja menos ligado ao positivismo jurídico que “significa a eliminação da ética, como pressuposto do direito ou integrante dele” (DALLARI, 2007, p. 87), para que, quando exercitar o ato de julgar, sempre analisar criticamente o comando normativo aplicável ao caso concreto, sob pena de se configurar em “[...] agentes inconscientes da opressão. Inocentes úteis de um sistema desumano” (CARVALHO, 2005, p. 29).

5.1.2 Ideologia do magistrado alternativista

Entretanto, um fato positivo é que dentro da estrutura de magistrados tradicionais, existe um grupo de juízes que estão quebrando o comodismo e a mentalidade de apego irrestrito à legislação, restaurando o prestígio da magistratura e, por conseguinte, do Poder Judiciário.

Tratar-se-á nesta seção, do Magistrado Alternativista ou “Jurista Orgânico” (CARVALHO, 2005, p. 52), que adota uma postura corajosa de recusa as concepções tradicionais de fazer “justiça”, não se atendo meramente ao legalismo formal promotor de desequilíbrios sociais.

Existe aqui o esforço por parte do magistrado alternativista de transformar a mentalidade positivista incrustada no Poder Judiciário, seu âmbito de

atuação, para que este assuma um papel ativo na consecução de uma sociedade democrática.

O jurista Dallari (2007, p. 83), celebra essa postura de rompimento às concepções tradicionais por parte dos magistrados alternativistas, acerca do que afirma:

Essas iniciativas inovadoras abrem caminho para a valorização do Poder Judiciário. Sendo mais do que simples guardião e executor de meras formalidades legais, assegurando os direitos de todos e não os privilégios de alguns, ele será realmente útil na implantação e preservação de uma sociedade democrática. E daí virá, naturalmente, a autoridade dos juízes.

Exalta-se no magistrado alternativista a sua postura política e crítica no exercício de sua missão. Ele expressa por meio desta sua ideologia, no ato de proferir a sentença, toda sua visão de mundo. Sua história, consciente ou inconscientemente, transborda, e vem à tona. Na verdade, todo ser humano em seu ofício realiza essa reflexão.

A ideologia, no entanto, não permanece intacta, esta no caso da magistratura, acaba se contaminando pelo argumento das partes, pelas necessidades do litigante e pelas circunstâncias do fato.

O magistrado Carvalho (2005, p. 33), faz uma análise semântica da palavra “sentença”, o que demonstra qual deve ser a postura do magistrado quando profere a decisão judicial, afirmando que:

[...] o ato decisório do Juiz denomina-se sentença, que vem de sentir, tal como a palavra sentimento. O que se pretende é que o Juiz, ante ao fato que lhe é posto à apreciação, expresse o que dele sente e, diante desse sentimento, defina a situação. Existe algo mais subjetivo do que sentimento, sentir, sentença? Todavia, como as pessoas não foram educadas para expressar o que sentem (ao contrário, foram-no para reprimir), busca-se racionalizar, dando contornos técnicos para esconder o sentimento. Tais contornos servem, além de esconder (embora sem eliminar) o que se sente, para persuadir o órgão censor, na palavra de Warat (ob. Cit., p. 57), e para dar aparência de neutralidade. A regra é o Juiz apreciar o fato e apurar seu sentimento em relação a ele, para posteriormente buscar argumentos técnico-legais para justificá-lo. Não é o técnico, a lei, que precedem ao sentimento, mas este que precede àqueles, todos emergentes da ideologia.

O magistrado alternativista deve ser crítico, sempre olhar além da realidade aparente, perseguir em sua atuação um direito justo, igualitário, socorrer as classes vítimas de um sistema capitalista desigual. Deve sempre questionar a norma estatal posta: analisar quais são suas origens, sua finalidade (ainda que

“invisível”), os beneficiários desta, quais serão as consequências de sua aplicação. Tal postura, segundo Carvalho (2005, p. 56) é essencial em um magistrado alternativista, que esclarece:

Com tal postura, ou seja, com visão mais global, a interpretação mais evidentemente será outra: mais próxima da realidade, permissiva da discussão axiológica desmascaradora da pseudoneutralidade, politicamente participativa, questionadora da ordem estabelecida e das leis que a mantêm (bem como de ordens e leis propostas, ainda não estabelecidas), inserida no contexto sócio-econômico, possibilitadora de criação de novas soluções. Enfim, pode dar ao direito o cunho progressista que dele se pode esperar.

Por fim, o desembargador Carvalho (2005, p. 58-59), coloca como função do jurista orgânico:

[...] lutar para que sejam preservadas todas as conquistas alcançadas pelos menos favorecidos, usando todos os argumentos possíveis, inclusive a lógica positivista (observe: o direito é instrumento maior de um fim maior: a justiça).

Ainda mais, deve dar vazão às lutas populares, ou seja, construir arcabouço prático teórico que possibilite vitórias ou avanços da luta popular.

Deve, ainda, em todos os momentos, denunciar as consequências da aplicação não crítica do direito. Assim, além de conscientizar, tais denúncias poderão ser desenvolvidas por outros intelectuais orgânicos.

Finalmente, deve abandonar o fetichismo que cerca a lei como única forma para resolver conflitos.

Deve-se reconhecer que a postura do magistrado alternativista causa desconforto, sobretudo pelo conservadorismo enraizado que predomina no meio em que milita, mas trata-se de uma reação natural, como pondera e esclarece o jurista Carvalho (2005, p. 59-60):

Primeiro, porque é atitude nova e o novo (negador da velha estrutura) gera insegurança na maioria das pessoas, as quais são educadas para perpetuação do *status quo* (não foi assim que ocorreu com Galilei, Kantorowicz e Lyra Filho?).

Segundo, chama ao consciente que somos agentes inconscientes de um sistema opressivo e comprometido com os fortes.

Terceiro, demonstra que o nosso profissionalismo e o nosso saber estão assentados na opressão e que este saber é limitado.

Quarto, exige radical mudança: nova forma de estudo; nova postura; nova visão de mundo. Não seria isso o “nascer de novo” de que falou Cristo (Bíblia, João, 3.3)?

Quinto, prova que somos conservadores (postulamos e decidimos dentro e para manter um sistema), embora nos pensemos progressistas ou, no mínimo, liberais.

Sexto, obriga a *criar*. Na ótica tradicional tudo estava pronto, irremediavelmente pronto, desde Pontes de Miranda.

5.2 Jurisprudência Alternativa

Neste último momento do trabalho será exposta uma série de julgados proferidas por magistrados alternativistas que amparados nas vertentes teóricas do Direito Alternativo (“*Direito Alternativo em sentido estrito* ou *Pluralismo Jurídico*”, “*Positividade Combativa*” e “*Uso Alternativo do Direito*”), não se atendo aos critérios lógicos-formais estabelecidos pelo positivismo, mas sim, pelo contexto histórico, social e econômico que cercam aquele litígio.

5.2.1 Aplicação do direito alternativo em sentido estrito ou pluralismo jurídico ao caso concreto

O primeiro caso versa sobre um acórdão de recurso em sentido estrito (apelação-crime nº 297036758) proferido pelo desembargador Aramis Nassif, da antiga 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no sentido de descriminalizar a infração penal do “jogo do bicho”.

O réu, na oportunidade, fora condenado em primeira instância. No entanto, no grau de apelação, obteve a absolvição por unanimidade na referida Câmara, que decidiu pela não caracterização do fato como contravenção penal (art. 397, III do CPP), ainda que reconhecida a materialidade e a sua autoria. A ementa da decisão foi a seguinte:

APELAÇÃO TEMPESTIVA: INTIMAÇÕES DO DEFENSOR E DO RÉU. DENÚNCIA: INÉPCIA INEXISTENTE. JOGO DO BICHO. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. ABSOLVIÇÃO. O prazo para a apelação conta da última intimação, seja ela do defensor ou do réu, sendo tempestiva a que seria intempestiva pela primeira intimação (defensor), que é apenas precipitada em relação à última (réu). Denúncia que descreve o fato com a descrição típica, mas associadas a outros elementos descritivos da conduta não é inepta. Jogo do Bicho: O Estado perdeu o monopólio dos jogos e loterias para, v.g., empresas de comunicação e apresentadores do programa acrescidos de apostas via telefone. Diluiu-se a qualidade de bem jurídico tutelado pelo direito penal com a perda da exclusividade estatal na exploração de sorteios, loterias, etc. Convence que a adequação social supera a contravenção denunciada. Em vez de punir um fato por ser típico, deve-se adequá-lo à realidade vigente, aos costumes sociais, enfim, à consciência coletiva. A lei deve ser interpretada ‘pro societate’, e, ao que tudo indica, a coletividade não se interessa pela punição dos ‘bicheiros’. Ao contrário, já inseriu o jogo do bicho em seu dia-a-dia. Provimento ao RSE e apelação (Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, Apelação-crime nº 297036758, Relator: Aramis Nassif, s.d)

Tratar-se de caso de aplicação *Direito Alternativo em sentido estrito* ou *Pluralismo Jurídico*, onde se reconhece e se legitima o direito surgido no seio da sociedade, desprezando a concepção do Estado como fonte única do Direito.

Comentando a decisão, o jurista Carvalho (2005, p. 70) assinala:

O acordão reconhece, expressamente, que a sociedade civil tem o “poder” de descriminalizar tipos penais impostos pelo legislador de plantão: “a coletividade não se interessa pela punição dos ‘bicheiros’. Ao contrário, já inseriu o jogo do bicho em seu dia-a-dia, diz a ementa.

E tudo aparenta ser verdade. A população trouxe para seu costume a antiga contravenção. O comum é as pessoas dele participarem, com uma confiança inabalável no banqueiro.

[...] E se os “bicheiros” se envolvem em outros crimes (fácil entender: o Estado os coloca clandestinamente, obrigando-os a corromper agentes públicos), que sejam condenados por tais!

No plano teórico, o que se quer registrar é que a população, organizada ou não, tem o poder de invadir o direito penal para descriminalizar tipos. O judiciário, por comprometido com a razão da sociedade e não com a do Estado, tem, como agente político que é, o dever/poder de legitimar tal invasão quando não agride os princípios gerais do direito.

Deve-se deixar claro que, se por um lado, faculta-se a sociedade civil somente desconsiderar tal conduta como infração penal, por outro lado, não lhe é permitida criar tipos penais, pois haveria grave e perigosa lesão ao princípio da reserva legal, essencial à democracia. É por tal motivo, conforme exposto no terceiro capítulo desta monografia, que se condena profundamente os atos de linchamentos, ainda que amparadas por uma maioria popular.

5.2.2 Aplicação da positividade combativa ao caso concreto

O segundo caso trata de um indivíduo que foi preso preventivamente após o requerimento da autoridade policial. No entanto, permaneceu preso por mais de 80 dias após o prazo para a conclusão do inquérito policial, nos termos do art. 10, caput, do CPP⁹. Em virtude do cerceamento da liberdade além do prazo legal permitido, houve a interposição de *habeas corpus* à extinta 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul.

⁹ Art. 10, caput do Código de Processo Penal: O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

Houve acórdão da referida Câmara Criminal no sentido de reconhecer por unanimidade o cerceamento da liberdade por prazo além do permitido pela legislação processual penal (art. 10 do CPP), de modo que o cidadão foi colocado em liberdade.

No caso em questão, a relatoria do feito esteve a cargo do desembargador Carvalho (2005, p. 79-80), que na obra Teoria e Prática do Direito Alternativo, ao lembrá-lo, tece duas críticas ao trâmite processual deste caso e dos similares a este:

Causou mal-estar à Câmara o fato de que o juízo monocrático, bem como o Promotor Público, cientes da ilegalidade, restaram inertes. Aí, então se discutiu qual o papel do juiz. Entendeu-se que, em viés garantista, na linha de Ferrajoli, tem ele compromisso com a liberdade do cidadão e deve tomar, de ofício, todas as providências para repelir ilegalidade que a agrida, responsabilidade que alcança, também, o órgão do Ministério Público.

Tem ocorrido, com incrível e insuportável frequência, processos penais, com cidadãos presos, terem tramitação acima do permitido em lei tudo sem o menor constrangimento daqueles que atuam no feito (é chegada a hora de aqueles que sofrem constrangimentos tais virem a juízo postulando indenização contra o Estado). E nós sabemos que réus em processo-crime, como regra quase absoluta, são pretos, pobres e prostitutas o que talvez explique a inércia de todos nos feitos criminais.

É verdade que, em situações especialíssimas e bem demonstradas, o lapso legal para findar processos que os cidadãos estejam presos pode ser superado, mas por tempo mínimo indispensável à conclusão (não há, no direito, o absoluto). Mas não é o que costumeiramente acontece.

Eis a íntegra do acórdão:

'HABEAS CORPUS'. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO. PAPEL DO JUIZ: O regime democrático exige do Juiz criminal compromisso inarredável com a liberdade do cidadão quando o Leviatã impõe prisão acima do tempo legal. Aqui talvez resida a nobreza de sua função. ('HABEAS CORPUS' n.º 295037816 – 4ª Câmara Criminal - TARS. Relator: Amilton Bueno de Carvalho).

ACÓRDÃO

Acordam os Juízes da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Alçada, à unanimidade, em conceder a ordem, determinando a imediata soltura do paciente, se por ali não estiver preso, e providências junto ao Sr. Secretário de Segurança Pública. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Juízes de Alçada, doutores VASCO DELLA GIUSTINA, Presidente, e ELADIO LECEY. Porto Alegre, 16 de agosto de 1995.

Amilton Bueno de Carvalho, Relator.

RELATÓRIO

Dr. Amilton Bueno de Carvalho: o Bel. José Ary Moura impetra a presente ordem de 'habeas corpus' em favor de Alexandre Fagundes, alegando, na suma, que o paciente foi preso em 24 de maio do corrente ano por ordem da Juíza da 1ª Vara Criminal de São Leopoldo, em decreto de prisão preventiva. Todavia, restou superado o prazo legal e não veio a juízo o

respectivo inquérito policial. Há, pois, constrangimento ilegal. Trouxe documentos.

Indeferido pedido liminar, a autoridade apontada coatora prestou informações, aduzindo que, efetivamente, o paciente teve prisão preventiva decretada, em razão de representação do Delegado de Polícia. Foi ele recolhido ao presídio em 24.05.95. Foram remetidos quatro ofícios à autoridade policial solicitando conclusão do inquérito, mas resposta não houve. Em 27.07.95 houve pedido de liberdade provisória e o Ministério Público postulou remessa de novo ofício à Delegacia de Polícia, que ocorreu em 28.07.95, mas novamente não houve resposta.

Nesta sessão, o Dr. Procurador de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem. Postulou, ainda, se remeta cópia do feito ao Exmo. Sr. Secretário de Justiça para que aprecie a conduta funcional do Delegado de Polícia da 2ª Delegacia de Polícia de São Leopoldo, É o relatório.

VOTO

Dr. Amilton Bueno de Carvalho - Relator: A situação fática é por demais singela. O paciente foi preso em 24 de maio deste ano em razão de decreto de prisão preventiva, emergente de representação da autoridade policial. Acontece que, decorrido mais de oitenta dias, não veio a juízo o competente inquérito policial. Logo, há sério constrangimento ilegal, por excesso de prazo na conclusão do inquérito, em violação ao art. 10 do Código de Processo Penal: o paciente está preso por tempo superior àquele determinado pela lei.

Todavia, a situação presente gera perplexidade e remonta a uma questão prévia: qual o papel do Juiz e do Promotor quando se vislumbra flagrante ilegalidade na prisão de um cidadão?

Na espécie, o paciente foi preso por ordem judicial. A juíza constatou que, apesar da prisão, a autoridade policial não obrou com diligência na conclusão do inquérito, tanto que oficiou cinco vezes àquela autoridade determinando que o fizesse, mas sequer resposta veio.

Volto à questão inicial: em situação tal, o que se exige do Juiz e do Promotor?

Estou convencido que o Juiz é garantidor da liberdade do cidadão. Por razões éticas e legais, deve estar permanentemente atento para que não ocorra prisão por tempo além daquele determinado pela lei, máxime quando, como aqui, foi ele (Juiz) quem a determinou. O Juiz fica, sempre e sempre, vinculado com as prisões que determina.

Assim, no meu sentir, competia à ilustre colega, data vênia, determinar a imediata soltura do paciente tão logo constatasse da ilegalidade. Repito: o Juiz é o responsável, como agente do Estado e guardião da cidadania, pelo controle prisional. Oficiar à autoridade policial é medida inócua, ante o vencimento do prazo legal.

E aqui a situação é grave, porque foram remetidos cinco ofícios ao Delegado de Polícia que sequer se dignou respondê-las, o que exige tomada de severa medida contra ele ante o flagrante desrespeito ao Judiciário. E o que é pior, deste desrespeito quem sofre os danos é o paciente (aliás, autorizado pelo sistema a propor ação indenizatória contra o Estado).

Mas há mais, o paciente é um jovem com 19 anos de idade e está recolhido (repito: ilegalmente) ao Presídio Central, local definido como um depósito humano pelos próprios Juizes da execução de Porto Alegre. E o co-indiciado já teve concessão de ordem pelo mesmo motivo.

A responsabilidade também alcança, no meu sentir, ao próprio representante do Ministério Público, eis, como fiscal da lei que é principalmente aquelas que garantem os direitos humanos -, deveria ter postulado a imediata liberdade do paciente.

Ao concluir, reitero minha convicção: o regime democrático exige do Juiz criminal compromisso inarredável com a liberdade do cidadão quando o

Leviatã impõe prisão acima do tempo legal. Aqui talvez resida a nobreza da sua função!

Diante do exposto, concedo a ordem determinando a imediata soltura do paciente (art. 648, 1/, do Código de Processo Penal), com a providência postulada pelo Dr. Procurador de Justiça, no sentido de que se oficiasse ao Sr. Secretário da Justiça.

Dr. Eladio Lecey - De acordo.

Dr. Vasco Della Giustina - Presidente: De acordo (Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 295037816. Relator: Amilton Bueno de Carvalho, 1995).

Estamos aqui diante de um caso de *positividade combativa*, em que a atuação do jurista alternativo ocorre dentro do sistema instituído, embora sonegado. A norma que estabelece prazo para a conclusão do inquérito policial enquanto o indivíduo estiver preso decorre de uma conquista democrática histórica, pois protege o cidadão contra os abusos do Estado na persecução penal.

O juiz, nestes casos deve dar ampla aplicabilidade às normas que promovem a dignidade humana.

5.2.3 Aplicação do uso alternativo do direito ao caso concreto

O último caso versa sobre uma ação de reintegração de posse (Processo nº 95.0003154-0), movida pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) em face de um grupo de famílias sem-terra (cerca de 300 pessoas), que ocuparam uma faixa de domínio público na beira de uma rodovia federal (BR 116) no estado de Minas Gerais.

A petição inicial da ação de reintegração de posse foi distribuída para 8º Vara Federal em 21/02/1995, cabendo ao magistrado federal Antônio Francisco Pereira decidir a sorte daquelas famílias.

Segundo Carvalho (2005, p. 68-69) o julgamento de casos como esse, principalmente rurais, na condução por magistrado tradicional, observa o seguinte roteiro:

No direito positivo clássico, com adoção de critérios silogístico-formais, a situação, como antes se viu, é resolvida da seguinte maneira: agricultores invadem a terra, cometendo o que se convencionou chamar de esbulho; o proprietário-possuidor, com base no art. 499 do CC (*código civil de 1916*) e arts. 926 e segs. do CPC, afora ação de reintegração; como os fatos são públicos (normalmente noticiados pela imprensa), é deferido liminarmente o pedido. (Destaque nosso).

Note-se que, em regra, a decisão observa uma ótica positivista, com base apenas no que foi levado aos autos, sem qualquer visão crítica ou preocupação com os aspectos sócio-econômicos ou com a dignidade da pessoa humana. E neste contexto, a decisão não poderia ser outra: deferimento do pedido.

Isto não foi, porém, o que decidiu o magistrado federal Antônio Francisco em caso análogo. Abandonando a postura conservadora e atuando dentro do plano instituído ("*uso alternativo do Direito*"), realizou uma interpretação sistemática das normas constitucionais, infralegais, citou tratados internacionais sobre direitos humanos e acabou por extinguir o processo por impossibilidade jurídica do pedido, argumentando que a União não poderia exigir a reintegração de posse contra aquelas famílias que ela própria deixou de amparar socialmente, concedendo-lhes o direito à habitação. Esta foi a fundamentação da decisão em questão:

Autor: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER

Réus: I. P. da C.

Juízo Federal da Oitava Vara de Minas Gerais

Vistos etc.

"Não tinham pressa em chegar, porque não sabiam aonde iam. Expulsos do seu paraíso por espadas de fogo, iam, ao acaso, em descaminhos, no arrastão dos maus fados. Não tinham sexo, nem idade, nem condição humana. Eram os retirantes. Nada mais." (José Américo de Almeida, *A bagaceira*).

Várias famílias (aproximadamente 300) invadiram uma faixa de domínio ao lado da Rodovia BR 116, na altura do km 405,3, lá construindo barracos de plástico preto, alguns de adobe, e agora o DNER quer expulsá-los do local.

"Os réus são indigentes", reconhece a autarquia, que pede reintegração liminar na posse do imóvel.

E aqui estou eu, com o destino de centenas de miseráveis nas mãos. São os excluídos, de que nos fala a Campanha da Fraternidade deste ano.

Repito, isto não é ficção. É um processo. Não estou lendo Graciliano Ramos, José Lins do Rego ou José do Patrocínio.

Os personagens existem de fato. E incomodam muita gente, embora deles nem se saiba direito o nome. É Valdico, José Maria, Gilmar, João Leite (João Leite???). Só isso para identificá-los. Mais nada, Profissão, estado civil (CPC, art. 282, II) para quê, se indigentes já é qualificação bastante?

Ora, é muita inocência do DNER se pensa que eu vou despejar este pessoal, com a ajuda da polícia, de seus moquiços, em nome de uma tal arrevesada segurança nas vias públicas. O autor esclarece que quer proteger a vida dos próprios invasores, sujeitos a atropelamento.

Grande opção! Livra-os da morte sob as rodas de uma carreta e arroja-os para a morte sob o relento e as forças da natureza.

Não seria pelo menos mais digno – e menos falaz – deixar que eles mesmos escolhessem a maneira de morrer, já que não lhes foi dado optar pela forma de vida?

O Município foge à responsabilidade "por falta de recursos e meios de acomodações".

Daí, está brilhante solução: aplicar a lei.

Só que, quando a lei regula as ações possessórias, mandando defenestrar os invasores (arts. 920 e segs. do CPC), ela – como toda lei – tem em mira o homem comum, o cidadão médio, que, no caso, tendo outras opções de vida e de moradia diante de si, prefere assenhorear-se do que não é dele, por esperteza, conveniência, ou qualquer outro motivo que mereça a censura da lei e, sobretudo, repugne a consciência e o sentido do justo que os seres da mesma espécie possuem.

Mas este não é o caso no presente processo. Não estamos diante de pessoas comuns, que tivessem recebido do Poder Público razoáveis oportunidades de trabalho e de sobrevivência digna (v. fotografias).

Não. Os "invasores" (propositadamente entre aspas) definitivamente não são pessoas comuns, como não são milhares de outras que "habitam" as pontes, viadutos e até redes de esgoto de nossas cidades. São párias da sociedade (hoje chamados de excluídos, ontem de descamisados), resultado do perverso modelo econômico adotado pelo país.

Contra este exército de excluídos, o Estado (aqui, através do DNER) não pode exigir a rigorosa aplicação da lei (no caso, reintegração de posse), enquanto ele próprio – o Estado – não se desincumbir, pelo menos razoavelmente, da tarefa que lhe reservou a Lei Maior.

Ou seja, enquanto não construir – ou pelo menos esboçar – "uma sociedade livre, justa e solidária" (CF, art. 3º, I), erradicando "a pobreza e a marginalização" (n. III), promovendo "a dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III), assegurando "a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social" (art. 170), emprestando à propriedade sua "função social" (art. 5º, XXIII e 170, III), dando à família, base da sociedade, "especial proteção" (art. 226), e colocando a criança e o adolescente "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, maldade e opressão" (art. 227), enquanto não fizer isso, elevando os marginalizados à condição de cidadãos comuns, pessoas normais, aptas a exercerem sua cidadania, o Estado não tem autoridade para deles exigir – diretamente ou pelo braço da Justiça – o reto cumprimento da lei.

Num dos braços a Justiça empunha a espada, é verdade, o que serviu de estímulo a que o Estado viesse hoje pedir a reintegração. Só que, no outro, ela sustenta a balança, em que pesa o direito. E as duas – lembrou Rudolf Von Ihering há mais de 200 anos – hão de trabalhar em harmonia:

"A espada sem a balança é força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança."

Não é demais observar que o compromisso do Estado para com o cidadão funda-se em princípios, que têm matriz constitucional. Verdadeiros dogmas, de cuja fiel observância dependem a eficácia e a exigibilidade das leis menores.

Se assim é – vou repetir o raciocínio – enquanto o Estado não cumprir a sua parte (e não por falta de tributos que deixará de fazê-lo), dando ao cidadão condições de cumprir a lei, feita para o homem comum, não pode de forma alguma exigir que ela seja observada, muito menos pelo homem "incomum". Mais do que deslealdade, trata-se de pretensão moral e juridicamente impossível, a conduzir – quando feita perante o Judiciário – ao indeferimento da inicial e extinção do processo, o que ora decreto nos moldes dos artigos 267, I e VI, 295, I e parágrafo único, III, do CPC, atento à recomendação do artigo 5º da LICCB e olhos postos no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama: "Todo ser humano tem direito a um nível de vida adequado, que lhe assegure, assim como à sua família, a saúde e o bem-estar e, em especial, a alimentação, o vestuário e a moradia."

Quanto ao risco de acidentes na área, parece-me oportuno que o DNER sinalize convenientemente a rodovia, nas imediações. Devendo ainda exercer um policiamento preventivo a fim de evitar novas "invasões".

P.R.I.

Belo Horizonte, 3 de março de 1995
Antônio Francisco Pereira, Juiz Federal da 8ª Vara
(Brasil, Justiça Federal, Processo nº 95.0003154-0. Juiz: Antônio Francisco Pereira, 1995)

Diz Amilton Bueno de Carvalho (1998, p. 96), que neste tipo de caso “se está frente ao “*uso alternativo do direito*” – a atuação se dá no instituído, que é relido numa direção emancipadora. Estamos no campo de interpretação da norma, democratizando seus afeitos”.

Ao analisar os julgados acima expostos, pode se perceber o quão importante é o papel do magistrado alternativista. Este, ao se amparar nas vertentes do Direito Alternativo, tem em mãos um importante instrumento capaz de transformar a sociedade em um ambiente mais justo e igualitário.

6 CONCLUSÃO

Após inúmeras abordagens e reflexões acerca do Direito Alternativo, esperamos que este trabalho tenha sido capaz de elucidar, o quão é importante o papel do operador do direito na transformação da sociedade, sendo essencial que este tenha uma postura crítica ante as normas positivadas.

No primeiro capítulo foi analisada a crise da dogmática jurídica positivista, em que procurou-se demonstrar a falência ou, quando menos, a insuficiência do modelo normativo estabelecido pelo sistema positivista-legalista, uma vez que este ao compartimentalizar o Direito em uma ciência pura, não consegue antever e disciplinar os fenômenos sociais. Naquele momento, demonstramos duas expressões ou manifestações dessa crise do sistema.

A primeira está relacionada à instrumentalização econômica do Poder Legislativo, em que se demonstrou a existência, no Congresso Nacional, de bancadas suprapartidárias de parlamentares que, embora eleitos pelos cidadãos, que lhes outorgou um mandato para no exercício de suas funções legislativas, busquem a melhoria do país e do bem-estar da população, estão ali na verdade representando interesses por vezes ilegítimos, especialmente dos detentores do poder econômico. Com efeito, mostrou-se, a título de exemplo, que na atuação das bancadas ruralista e a empresarial, os projetos normativos apresentados atendem os interesses de suas respectivas classes, preterindo e, até suprimindo, os interesses e mesmo direitos já alcançados pela população.

Já a segunda expressão da crise dogmática baseia-se na politização do Poder Judiciário, que de, predominantemente julgador, um fenômeno de descredito do Poder Legislativo e Executivo, que não estão sendo capazes de atender as demandas da população por justiça social. Esse cenário, como demonstrado, leva a que diversos grupos sociais, movimentos, entre outros setores da sociedade civil venham a se amparar no Poder Judiciário, que é chamado a suprir a lacuna deriva dos dois outros poderes.

Apesar do conservadorismo histórico no Poder Judiciário, que o torna incapaz de adotar um papel ativo na solução dos conflitos sociais a ele apresentados, o trabalho mostrou que era um grupo de juristas vem adotando uma postura corajosa, crítica e política, passando a amparar os pleitos de diversos

grupos sociais na luta de classes que ocorre no seio da sociedade, o que antes raramente ocorria. Neste momento, portanto, houve o surgimento do Direito Alternativo.

No segundo capítulo, embora com certa dificuldade para definir o Direito Alternativo, foi possível chegar à conclusão, todavia, que se trata de um movimento de profissionais que colocam seu saber-atuação na busca de uma sociedade democrática, igualitária, socialmente justa. Foi destacado a importância que esse movimento teve na América Latina, região que, por suas peculiaridades, especialmente pela existência de inúmeras situações de crises (na “órbita capitalista”, na “periferia” e nos “agentes jurídicos”), o Direito Alternativo encontrou terreno fértil e está sendo capaz de contribuir para a transformação social dessa região.

No mesmo capítulo, segundo expostas as vertentes do Direito Alternativo, demonstrando que o movimento tem sua atuação em três campos: a) *Direito Alternativo em sentido estrito* ou *Pluralismo Jurídico* (Plano Instituinte negado): onde há o reconhecimento, dentro dos direitos fundamentais, do direito extraoficial, achado na rua, que insurge no seio da sociedade, em oposição ao paradigma monista; b) *Positividade Combativa* (Plano Instituído sonogado): em que há a luta pela aplicação de normas de cunho social, conquistadas pela população através de uma histórica luta de classes e; c) *Uso Alternativo do Direito* (Plano Instituído relido): em que no campo da legalidade, foi demonstrada a possibilidade de margem para utilização pelo magistrado da argumentação e da hermenêutica alternativa, de modo a conferir à norma positiva um caráter não mais de dominação, mas sim de emancipação e libertação do cidadão.

Como anteriormente destacado, o presente trabalho conferiu maior destaque para esta última forma de atuação, mostrou o importante papel do magistrado ao proferir uma decisão judicial e, que uma decisão judicial é, em sua maior parte, criação jurídica, logo há ali espaço para que o magistrado possa se utilizar da argumentação da interpretação para adaptar a norma jurídica aos anseios populares, ampliando os espaços democráticos e promovendo a justiça social.

O trabalho, no mesmo capítulo, desmitifica a concepção corrente de que o Direito Alternativo refuta o princípio da legalidade e que o uso do direito alternativo, quando adotado pelo magistrado, este último, na verdade, está atuando dentro do sistema normativo. A diferença é que há o reconhecimento das normas

como instrumento de transformação do meio social, adaptando-as, quando comprovadamente privilegiam os interesses dos detentores do poder, ou negando-lhes validade quando não estão em consonância com os princípios e regras fundamentais consubstanciadas na Constituição Federal e em tratados internacionais.

No terceiro capítulo, o trabalho busca desmitificar a noção de que o *uso alternativo do Direito* seja causador de insegurança jurídica, eis que as decisões proferidas pelo magistrado alternativista não teriam um grau de certeza ou previsibilidade, já que pode interpretar o texto normativo de forma diversa da tradicional.

Contrariamente, contudo, foi comprovado que o magistrado somente realiza uma interpretação alternativa quando o conteúdo desta norma está direcionado a defender os interesses apenas dos detentores do poder, fazendo em nome da justiça. Em outras palavras, o magistrado, amparado pela teoria do *uso alternativo do direito*, promove em sua atuação a proteção da dignidade da pessoa, esta, privilegiada em nossa Carta Maior, conseqüentemente, não há se pode falar que gera insegurança jurídica.

Rebatendo os defensores do positivismo, o trabalho demonstrou que é a própria norma estatal, elaborada para atender o interesse das classes dominantes que causa a insegurança jurídica, pois, se de um lado, beneficia uma pequena classe elitista, de outro, causa o agravamento das desigualdades sociais, gerando criminalidade, desemprego, descrédito nas instituições incapazes de solucionar os conflitos sociais, etc., ou seja, é a norma estatal viciada que causa uma desordem social.

No último capítulo, foi destacado o papel do magistrado alternativista, abordado sua ideologia, além de apresentados julgados em que o juiz aplicou ao caso concreto os ideários do Direito Alternativo.

Conforme procurou-se demonstrar neste trabalho, vários são os malefícios do jurista que adota em sua atuação uma postura conservadora, sendo de se lamentar que os juristas tradicionais ou “escravos da lei” são a regra no meio jurídico brasileiro.

Entretanto, um fato positivo demonstrando no mesmo capítulo é que, dentro da estrutura de magistrados tradicionais, existem aqueles que quebraram o comodismo e, em oposição a mentalidade legalista, passaram a adotar uma postura

crítica, política, cidadã, tomando parte na luta de classes, amparando as classes carentes.

Essa conduta de amparo as classes carentes, em busca de uma sociedade mais igualitária e justa socialmente, se materializa nos julgados apresentados no fim do último capítulo, em que os magistrados alternativistas aplicam ao caso concreto as vertentes do Direito Alternativo.

Conclui-se o derradeiro capítulo afirmado que o Movimento do Direito Alternativo, em um plano máximo, busca a transformação do meio jurídico, em que os juristas críticos lutam para que haja a mudança na postura conservadora existente no Poder Judiciário e na sociedade. O jurista alternativo, assim, deve tomar parte, ser um agente político, cidadão, devendo amparar as classes oprimidas na luta de classes que se manifesta nas sociedades capitalistas, principalmente na América Latina, sendo o Direito um instrumento capital para este fim.

Diante de todo o exposto, serão apresentadas algumas propostas que, certamente concorrerá para um maior desenvolvimento do Movimento do Direito Alternativo:

- a) em princípio, faz-se necessário mudar essa postura conservadora que existe no meio jurídico, e como sustentam os membros do movimento, está forma-se na formação acadêmica do jurista, ainda nos bancos escolares. Talvez seja necessário, assim como ocorre em parte das faculdades de Direito da região sul do país, a introdução, na grade curricular, de uma matéria que aborde especificadamente o Direito Alternativo, ou que seja, pelo menos, dado maior enfoque a ele dentro das matérias já existentes;
- b) estabelecer meios para que as ideias do Direito Alternativo se difundam não somente no meio acadêmico, mas também nos conselhos e associações de magistrados, advogados, promotores, entre outros operadores do Direito. Tal medida se faz necessária, pois muito dos juristas só conhecem e praticam o sistema que a eles foi imposto, não tendo conhecimento dos movimentos de resistência e luta;
- c) por fim, uma vez concretizadas os últimos dois pontos, é necessário que os autores de doutrinas acerca do Direito Alternativo possam combater as críticas e quebrar os mitos que envolvem o movimento.

Devem procurar demonstrar os métodos e limites aos quais estão vinculados o jurista alternativo para, por exemplo, negar vigência à determinada lei, ou, reconhecer o direito extraoficial, achado na rua, que surge do meio social. Deve ainda, demonstrar que o Direito Alternativo não causa insegurança jurídica, fator este em que reside a maior parte das críticas ao movimento. Cabe neste momento, reforçar também, o papel ativo do Movimento do Direito Alternativo na promoção da Justiça.

Por fim, para finalizar, manifestamos aqui a nossa crença no sentido de que a missão fundamental do Movimento do Direito Alternativo, é despertar nos juristas uma visão crítica do Direito. É interessante constatar que o Direito é conservador, porque a ideologia do jurista que o manipula é conservadora. Faz-se necessário então, que o operador do direito, dotado de visão crítica, utilize o Direito, não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento de efetivação da justiça.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *O que é Direito Alternativo?* Florianópolis. Disponível em: <<http://www.lediorosa.com.br/direito/textos/o-que-e-direito-alternativo/>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*. São Paulo: Editora Acadêmia, 1993.

_____. *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Editora Acadêmia, 1992.

_____. *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Editora Acadêmia, 1992.

BARCELLONA, Pietro e COTTURRI, Giuseppe. *El estado y los juristas*. Tradução de Juan Ramón Capella, Barcelona: Fontanella, 1976.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito: Lições de Propedêutica Jurídica*. São Paulo: Hermes, 1989.

BRASIL. Código Processo Penal. *Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*.. Diário Oficial da União, Brasília, 1941.

BRASIL, Justiça Federal. *Indeferimento da inicial e Extinção do Processo em Ação de reintegração de posse*. Processo nº 95.0003154-0, 8º Vara da Justiça Federal de Minas Gerais. Juiz Federal: Antônio Francisco Pereira. 03 de março de 1995.

Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/proces9500031540.htm>>. Acesso em: 15 set. 2015

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (1990). *Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990*. Brasília: Senado, 1990.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda constitucional n.º 81, de 5 de junho de 2014*. Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc81.htm>. Acessado em: 25 ago. 2015.

BRASIL. *Projeto de Decreto Legislativo PDL nº 2351, de 2006*. Aprova o texto da Convenção Nº 184, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), complementada pela Recomendação Nº 192, assinadas em 21 de junho de 2001. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=332321>>. Acessado em: 28 ago. 2015.

BRASIL. *Projeto de Emenda Constitucional PEC nº 215, de 2000*. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal - Inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acessado em: 28 ago. 2015.

BRASIL. *Projeto de Emenda Constitucional PEC nº 231, de 1995*. Altera os incisos XIII e XVI do art. 7º da Constituição Federal - Reduz a jornada máxima de trabalho para quarenta horas semanais e aumenta para setenta e cinco por cento a remuneração de serviço extraordinário. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14582>>. Acessado em: 28 ago. 2015.

BRASIL. *Projeto de Lei Ordinária PLO nº 4193, de 2012*. Altera a redação do art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovado pelo Decreto-lei nº 5452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a eficácia das convenções e acordos coletivos de trabalho. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=551682>>. Acessado em: 28 ago. 2015.

BRASIL. *Projeto de Lei Ordinária PLO nº 4330, de 2004*. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes.

Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979>. Acessado em: 28 ago. 2015.

BRASIL. *Senado Federal. Projeto de lei do Senado PLS nº 432, de 2013*. Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração do trabalho escravo e da outra providência. Disponível em:

<<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=138660&tp=1>>. Acessado em: 26/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sumula nº 381*. Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_34_capSumula381.pdf>. Acessado em: 25 ago. 2015.

COSTA, Pietro. *La alternativa “tomada en serio”: manifiestos jurídicos de los años setente*. Granada: Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho, 1990.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Teoria e Prática do Direito Alternativo*. 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. *Magistratura e Direito Alternativo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. *Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso*. 2015 – Presidente Prudente, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo*. In: ARRUDA JUNIOR, Edmunda Lima de (org.). *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.

CUT. *Terceirização e Desenvolvimento – Uma conta que não fecha*. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/acao/dossie-terceirizacao-e-desenvolvimento-uma-conta-que-nao-fecha-7974/>>. Acessado em 24 ago. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAP. *Radiografia do Novo Congresso Nacional – Legislatura 2015-2019*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=513&view=finish&cid=2883&catid=41>. Acessado em 25 ago. 2015.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Direito, Estado e filosofia*. Rio de Janeiro: Politécnic, 1952.

_____. *Lições de filosofia do direito*. 5 ed., Coimbra: Almedina 1979.

DIEESE. *O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil*. São Paulo, 2007. Disponível: <<https://www.dieese.org.br/relatoriotecnico/2007/terceirizacao.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2015.

FERRAJOLI. Luigi, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis et al. *Política y justicia en el estado capitalista*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Barcelona: Editora Fontenella, 1978.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Conflito e direito de propriedade – invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. *Alternatividade Jurídica: Proposta de aliança entre o conhecimento científico e a práxis jurisdicional*. In: PEREIRA, Mirian de Sá e NETO, José Mário Wanderley Gomes (org.). *Sociologia do Direito e do Direito Alternativo: Ensaios Pós-Graduados em homenagem a Cláudio Souto*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

HÖFFE, Otfried. *O que é Justiça?* Tradução de Peter Neumann. 1ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17 ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MESQUITA, Luiz José de. *Direito Disciplinar do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito vol. I*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Introdução à Ciência do Direito vol. II*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *APELAÇÃO TEMPESTIVA: INTIMAÇÕES DO DEFENSOR E DO RÉU. DENÚNCIA: INÉPCIA INEXISTENTE. JOGO DO BICHO. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. ABSOLVIÇÃO*. Apelação-Crime nº 297036758. Relator: Desembargador Aramis Nassif. S.d. *Teoria e Prática do Direito Alternativo*, Rio Grande do Sul, pp. 71-79. 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO. PAPEL DO JUIZ*. Habeas Corpus nº 295037816. Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. 16 de agosto de 1995. *Teoria e Prática do Direito Alternativo*, Rio Grande do Sul, pp. 81-83. 1998.

ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1951.

_____. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SANTOS, Christianine Chaves. *A dialética da alternatividade jurídica enquanto instrumento de promoção de equilíbrio e paz social*. In: PEREIRA, Mirian de Sá e GOMES NETO, José Mário Wanderley (org.). *Sociologia do Direito e do Direito Alternativo: Ensaios Pós-Graduados em homenagem a Cláudio Souto*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SHOENSTER, Lauren. *Candidatos submeteram trabalhadores a regime análogo à escravidão*. São Paulo: Organização Transparência Brasil, 2014. Disponível em: <<http://www.excelencias.org.br/docs/escravos.pdf>>. Acessado em: 26 ago. 2015.
SILVA, Otávio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. *Para uma crítica da eficácia do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984

SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: Uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política*. In: AVRITAZER, Leonardo, BIGNOTTO, Newton, FILGUEIRAS, Fernando, GUIMARÃES, Juarez e STARLING, Heloisa (org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1997.

_____. *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004