



## O DIREITO ALTERNATIVO E A INSTITUIÇÃO DE UMA DOGMÁTICA EMANCIPATÓRIA

### THE ALTERNATIVE LAW AND THE ESTABLISHMENT OF A EMANCIPATORY DOGMATIC

<sup>1</sup>Ana Carolina Carvalho Barreto  
<sup>2</sup>Ursula Miranda Bahiense De Lyra

#### Resumo

A temática proposta se desenvolve com análise do Movimento do Direito Alternativo, resgatando suas raízes históricas e ideológicas, procurando desmistificar os mitos entorno desta inovadora corrente. À luz do pensamento de Clemerson Cléve, propõe ao Direito Alternativo a retomada e a construção de uma nova dogmática jurídica potencializadora dos ideais de justiça e igualdade social impressos na Carta Constitucional de 1988.

**Palavras-chave:** direito alternativo; teoria constitucional; dogmática jurídica alternativa; emancipação social; dignidade da pessoa humana.

#### Abstract

The present proposal develops itself with the analysis of the movement of the Alternative Law, restoring its historical and ideological roots and seeking to demystify the myths surrounding this innovative chain. In the light of thought Clemerson Cleve proposes the Alternative Law resumption and construction of a new legal doctrine potentiating the ideals of justice and social equality printed in the Constitutional Charter of 1988.

**Keywords:** Alternative law; constitutional theory; alternative legal doctrine; social emancipation; dignity of human being

<sup>1</sup> Mestra em Políticas Sociais, UENF. Professora Assistente na Universidade Estácio de Sá, UNESA – RJ, (Brasil) e Universidade Cândido Mendes, UCAM – RJ, (Brasil). Advogada. E-mail: advogada.anacarolinacb@gmail.com

<sup>2</sup> Mestra em Estudos Contemporâneos das Artes pela Universidade Federal Fluminense, UFF – RJ, (Brasil).



## 1. INTRODUÇÃO

O Movimento do Direito Alternativo emergiu nos auspícios da década de 80, no contexto do processo de redemocratização do Estado Brasileiro. Impulsionado pela estruturação de uma corrente contra-hegemônica nascida na Itália, que propugnava o “uso alternativo do direito”, o Movimento do Direito Alternativo finca suas raízes na América Latina propondo uma nova forma de conceber, interpretar e exercer o Direito. Constituído essencialmente por magistrados, o movimento contou com a posterior adesão de advogados, promotores de justiça, procuradores, professores e estudantes.

Esta nova corrente metodológica, aguerrida e emancipadora, teve como principais expoentes: Luís Alberto Warat, Luís Fernando Coelho, Roberto Lyra Filho, Edmundo Lima de Arruda Junior, Lédio Rosa de Andrade, Miguel Pressburger, José Geraldo de Sousa Junior, Agostinho Ramalho Marques Neto, Márcio Puggina, Tarso Genro, Antônio Alberto Machado, Marcelo Pedroso Goulart, Amilton Bueno de Carvalho, Marcus Fabiano Gonçalves, Plauto Faraco, Willis Santiago Guerra, Maria Berenice Dias.

A doutrina do Uso Alternativo do Direito fundamentava-se em ideais claramente marxistas, tendo sido concebida por renomados juristas italianos que afirmavam ser o direito um instrumento de dominação de uma classe hegemônica. O uso alternativo do direito sustentava, assim, a perpetuação da luta de classes – não através de uma revolução e tampouco pela recusa ao cumprimento da legalidade – valendo-se das brechas e das potencialidades intrínsecas ao próprio ordenamento jurídico. Tratava-se de perscrutar as lacunas, ambiguidades e imprecisões do sistema positivo vigente em benefício dos seguimentos sociais mais desfavorecidos. Desse modo, o movimento do uso alternativo do direito dedicou-se à estruturação de uma práxis jurídica que insuflava a função social dos juízes em detrimento da sua função política. Tal práxis cuidava do atendimento aos anseios sociais primando pela implementação da justiça sendo os juízes os protagonistas desta transformação social (WOLKMER, 1991).

Nesse sentido, uma preocupação com a formação jurídica passa a apontar para a necessidade dos acadêmicos e operadores do direito conscientizarem-se da realidade sociopolítico-econômico do país. Imbuídos de uma maior sensibilidade política e



engajamento, deveriam atuar enquanto “juristas participantes”, aqueles que sujam “as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais” (CLÉVE, 1995). Já não há mais que se falar em uma formação jurídica “estritamente legal e formal”, quando o primado da lei é subsumido pela necessidade de outros contornos e interpretações.

## 2. PERSPECTIVA HISTÓRICA E IDEOLÓGICA

O fim do fascismo fomentou uma série de alterações na legislação italiana no sentido de se buscar imprimir uma faceta mais democrática ao Poder Judiciário da Itália. A Constituição Italiana de 1947 de forma diversa das normas do regime anterior passou a admitir a associação de juízes possibilitando a formação da Associação Nacional dos Magistrados Italianos (A.N.M.I.). Apesar da magistratura italiana ainda permanecer impregnada dos costumes e da cultura fascista, restringindo o alcance e a eficácia das leis democráticas, surge no interior da A.N.M.I. Um grupo de juízes que vislumbraram na nova constituição um importante e potente instrumento de proteção das camadas populares. Eram eles membros da Magistratura Democrática e se posicionaram radicalmente contra o positivismo jurídico, a neutralidade e a apoliticidade do judiciário italiano. Ocuparam-se da tutela dos seguimentos sociais mais vulneráveis e acreditavam que uma efetiva atuação do judiciário contribuiria para a resolução das desigualdades sociais. Para tanto, defendiam a aproximação dos operadores do direito, sobretudo magistrados e acadêmicos, com os partidos políticos e agremiações estudantis. Estava formada a semente daquilo que seria o movimento responsável pela propagação do uso alternativo do direito.

Para os defensores e fundadores de tal movimento a ação de julgar era vista como uma forma de promover uma transformação social através da efetivação dos direitos que fossem ao encontro dos anseios das instâncias populares, sedimentando o caminho para a implementação de uma sociedade socialista.

O vínculo ideológico do Movimento do Direito Alternativo com o movimento italiano do “Uso Alternativo de Direito” justifica-se em razão do posicionamento adotado pelo Poder Judiciário face ao regime militar, instaurado no Brasil no início da década de 60. Lédio Andrade explica que a formação dogmático-positivista das escolas de direito fabricaram operadores dotados de uma postura anti reflexiva, conservadora e ultra defensora



do direito “posto” por mais absurdo e ilegítimo que este pudesse ser. As reflexões e o pensamento crítico eram entendidos enquanto parte de uma postura subversiva, que era constantemente reprimida e rechaçada no meio acadêmico. O reflexo desta cultura jurídica foi sentido na Ditadura Militar, quando o autoritarismo e a violência perpetrados pelos militares, longe de mobilizarem os juízes, passaram a fazer parte da sua rotina. Assistimos, desse modo, um Poder Judiciário condescendente com a brutalidade e a restrição de direitos impetrados pelo regime militar.

A influencia da doutrina do uso alternativo do direito, ao lado do movimento francês da *Association Critique du Droit* e de algumas esferas da magistratura espanhola, respaldaram a fundação do Movimento Alternativo do Direito. Com uma proposta inovadora, o movimento alternativista ampliou o espectro da luta de classes conferindo o protagonismo político-social não à classe jurídica, mas aos próprios segmentos sociais menos favorecidos. À própria comunidade foram dados a oportunidade e o incentivo de lutar em defesa de seus direitos, sobretudo no que diz respeito aos direitos humanos, ainda que os mesmos não estivessem assegurados pelo sistema jurídico vigente. No dizer de Antonio Carlos Wolkmer, “o Direito Alternativo latino-americano passa do monopólio do juiz ou do jurista para o domínio, o conhecimento e a prática popular” (WOLKMER, 1990).

Os alternativistas pretendiam deslocar o direito para além dos horizontes e das fronteiras já conhecidas propondo um novo “telos”, outros objetivos e perspectivas a serem traçados e partilhados. A impossibilidade da Lei e do próprio Direito corresponderem à multiplicidade da vida abre espaço para a organização e elaboração de uma nova práxis que promova uma efetiva mudança tanto na vida social quanto na cultura jurídica arraigada a padrões que remontam os tempos do Brasil Império. David Sanchez Rubio e Joaquín Herrera Flores elencam as principais características que instituíram a práxis alternativa enquanto movimento:

- (a) uma visão do direito não compartimentalizada, frente ao saber tradicional que vê o direito como uma entidade independente de sociedade, necessita-se um posicionamento jurídico que assinale e postule os vínculos entre o jurídico, os interesses econômicos e as expectativas sociais; (b) incluir na atividade do juiz, não apenas os elementos da legalidade, mas os parâmetros de legitimidade que relacionam os contextos nos quais se devem aplicar as normas e os princípios gerais do direito que em toda situação democrática devem primar sobre as meras subsunções fatos-normas; (c) um uso alternativo do direito que alcançou maturidade



ao reconhecer a politização (necessário sentido público) de toda atuação com relevância jurídica, e que tende a ver a democracia e o direito como entes sociais em construção constante (RUBIO; FLORES, 2004).

A inovação Movimento do Direito Alternativo consistiu em sua opção pela proteção jurídica das classes menos favorecidas, aliada à busca pela sua emancipação. Deste modo, constituiu um movimento que transcendeu o âmbito jurídico, alargando suas fronteiras para as esferas política, social e econômica:

A expressão usos do direito deve englobar três níveis de juridicidade e de lutas: 1) A luta no plano dos direitos institucionalizados, e negados (nível do instituído sonogado); 2) A luta no plano das releituras hermenêuticas de dado comando jurídico passível de fundamentações alternativas (chamado uso alternativo do direito e que denomino de nível do instituído relido); 3) A luta no plano dos direitos não institucionalizados, negados, reprimidos (chamado Direito Alternativo, expressão do pluralismo jurídico, que chamo de nível do instituinte negado, típico dos movimentos sociais). (RODRIGUES, 1993)

A história do Movimento do Direito Alternativo no Brasil tem início com a atividade profissional de um grupo de magistrados que atuavam no Rio Grande do Sul. Recém-ingressados no Poder Judiciário, propugnavam a instituição de uma perspectiva progressista e democrática do direito no decorrer do processo de redemocratização que atravessava o país.

Foi com a publicação de um artigo publicado no então jornal “A Folha da Tarde” que o referido grupo ganha notoriedade e visibilidade nacional. Intitulada “Juízes gaúchos colocam o Direito acima da Lei”, a reportagem tinha por finalidade ridicularizar os encontros do grupo e desmoralizar seus membros perante a classe jurídica, em especial o magistrado Amilton Bueno de Carvalho. O conteúdo da referida reportagem acabou por produzir o efeito inverso, despertando o interesse e a curiosidade de inúmeros outros magistrados, acadêmicos, membros do Ministério Público de todo o país e colaborou para a realização do I Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, em setembro de 1991. A elaboração e publicação do livro “Lições de Direito Alternativo” constituíram, também, um dos principais desdobramentos deste evento.

Amilton Bueno de Carvalho explica a concepção teórica proposta pelo Movimento do Direito Alternativo:

[...] Não busca ele (MDA), agora, a criação de uma teoria que procure dar conta do fenômeno jurídico. Ele se caracteriza pela busca de um instrumental prático-teórico



destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber/atuação na perspectiva de uma sociedade realmente democrática. (CARVALHO, 1993).

Para os militantes do movimento alternativista a lei não constitui de forma alguma a manifestação da vontade geral de um povo. Pelo contrário, a lei pode e deve ser concebida enquanto a materialização de um conflito de interesses. O próprio processo de elaboração das normas é perpassado por este embate de segmentos sociais distintos, que buscam se sobrepor a todo momento. Partindo deste entendimento, a decisão ou ato de aplicação da lei enseja um posicionamento político, valorativo. A ideia de uma suposta neutralidade é rechaçada na medida em que a própria decisão reflete subjetividade do juiz, seu arcabouço teórico, ideológico, sua formação ética e a cultura em que ele está inserido. São, portanto, variáveis impossíveis de serem veladas mesmo através do excesso de formalismo. Dentro de uma perspectiva ética e subjetiva, o ato de julgar jamais é neutro. Constitui, indiscutivelmente, um ato político.

Neste esteio, a figura do juiz orgânico corresponde à imprescindível atuação dos operadores do direito no sentido de representar grande parte dos segmentos sociais excluídos, sensíveis aos problemas sociais do país. O resgate da cidadania perpassa pela necessidade de se compreender a complexidade das questões políticas e socioeconômicas, possibilitando que o exercício da atividade profissional seja fundamentado e inspirado pela ética da alteridade.

A atuação orgânica enseja um novo enfoque da atividade jurídico-profissional estruturada numa ideologia diversa daquela que deu origem à criação dos Cursos Jurídicos no Brasil e que ainda se faz presente. No dizer de Horácio Wanderlei Rodrigues, a formação jurídica do nosso país estava comprometida com a sistematização da “ideologia político-jurídica do liberalismo, com finalidade de promover a integração ideológica do estado nacional projetado pelas elites”.

As principais vertentes do Movimento do Direito Alternativo propagavam:

A) O POSITIVISMO DE COMBATE: o Positivismo de Combate primava pela obediência à lei. Os principais teóricos que o defendiam advogavam em favor da promoção da justiça através da aplicação da Constituição Federal assim como da aplicação das normas que apresentam um conteúdo social com o fito de atender aos anseios populares. Opunham-se,



deste modo, a toda e qualquer interpretação restritiva das mesmas reiterando a convicção de que não basta que tais normas sejam elaboradas, mas, sim, devidamente aplicadas.

B) O PLURALISMO JURÍDICO: Cuida do reconhecimento de outros sistemas normativos que coexistem com o ordenamento jurídico oficial do Estado, dentro do mesmo espaço geográfico. Esta vertente defende que a produção normativa não pode ser exclusiva do Estado, mas de toda a coletividade. Dentre as várias formas de pluralismo, cumpre destacar o “Direito Paralelo” e o “Direito Achado nas Ruas”.

B1) O DIREITO PARALELO: Surge em consequência da ocupação desordenada do espaço urbano e da crise econômica, somados à precária distribuição de renda e a ausência do poder estatal nas mais diversas comunidades. Em razão da perpetuação de um padrão histórico de exclusão social, uma parcela significativa da nossa população, carente da tutela efetiva do Estado, ocupou-se de elaborar o seu próprio arcabouço jurídico. O Direito Paralelo é o direito das favelas, o direito dos guetos. Suas leis emergem do seio das comunidades, à margem do Direito Formal e Positivado em nosso país.

B2) O DIREITO ACHADO NA RUA: tem sua origem nos movimentos sociais respaldados pelas práticas políticas implementadas pela própria sociedade civil. Advogam em favor da emancipação e da capacidade de organização dos atores sociais presentes nos sindicatos, cooperativas e associações que, não satisfeitas com a ordem estabelecida, reivindicam a afirmação de seus direitos.

C) O USO ALTERNATIVO DO DIREITO: seus adeptos defendem a necessidade de se estabelecer um viés mais igualitário ao Direito, fundamentado nos princípios constitucionais. A par das inúmeras críticas recebidas, o direito alternativo procurou dar efetividade às normas de cunho social presentes em nosso ordenamento jurídico. Distante de uma apologia a anomia ou ao fim do direito posto, buscava a sua implementação, possibilitando que seu alcance atendesse as necessidades das camadas populares que permanecem à margem da nossa sociedade.

### 3. CRÍTICAS AO MOVIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO

O Movimento do Direito Alternativo foi alvo de ferozes críticas, notadamente infundadas, que tinham por escopo esvaziar o movimento e colocar tanto a opinião pública quanto a comunidade jurídica em oposição à práxis e ao pensamento alternativistas. Dentro



desta linha de pensamento fatalmente preconceituosa e leviana, inúmeras críticas alegavam que o Direito Alternativo promovia uma verdadeira apologia à anomia, constituindo um efetivo movimento *contra legem* e promovendo uma recusa à aplicação da lei.

É possível afirmar que os magistrados e operadores jurídicos alternativistas, conscientes de que a lei e o direito são imprescindíveis para a vida em sociedade, advogavam em favor da sua aplicação de forma compatível com as necessidades das classes sociais menos favorecidas. Tratava-se de uma tentativa legítima de aproximar o direito a um ideal de justiça. Havia uma necessidade de desconstruir a noção de identificação do direito com a lei e reconhecer que a produção normativa e a aplicação das leis não constituem um monopólio estatal.

Um mito acerca da rotina e práxis dos juristas alternativistas desenvolveu-se entorno do suposto voluntarismo, sobretudo no que diz respeito ao trabalho dos magistrados do Sul do Brasil. Criou-se a ideia de que os mesmos exerciam poderes ilimitados e excessivos, movidos pela sede de justiça, contrariando os princípios gerais do direito.

Entretanto, para os defensores do Direito Alternativo, a luta pela justiça social perpassava pela oposição ao legalismo estreito sem que necessariamente o exercício do livre convencimento, garantido constitucionalmente, ultrapassasse os limites da razoabilidade.

Outra tentativa de estigmatizar o Movimento do Direito Alternativo diz respeito ao seu suposto caráter “leninista vulgar”. Tal estereotipia demonstra um profundo desconhecimento acerca da heterogeneidade intrínseca às origens do movimento. O Direito Alternativo constitui um movimento pluralista e democrático e esta é justamente a sua riqueza.

Outra crítica que insurgiu contra o movimento relaciona-se ao seu caráter essencialmente teórico e academicista. Importa ressaltar que a proposta alternativista cuidou justamente de imprimir no cotidiano dos magistrados e operadores do direito os mais elevados ideais de justiça e igualdade social.



#### 4. JURISPRUDÊNCIA ALTERNATIVISTA

Buscando uma efetiva compreensão da inovação introduzida pelo Direito Alternativo no cotidiano e na jurisprudência dos tribunais, destacamos algumas decisões relevantes, fundamentadas segundo a concepção do uso alternativo do direito.

No primeiro caso, observamos a rejeição da denúncia contra o senhor Julio Susin com fundamento na efetivação do princípio da insignificância. A decisão, prolatada pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo relator era o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, cuidava da tentativa de furto de um hidrômetro, uma chapa de alumínio e um metro de cortina, que já haviam sido restituídos e nem sequer somavam o equivalente a um salário mínimo:

Nº 70029665502 - 2009/Crime. EMBARGOS INFRINGENTES. Furto QUALIFICADO. princípio da insignificância. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA CONFIRMADA. Lesão inferior à metade do mísero salário-mínimo nacional não justifica a movimentação de uma máquina cara, cansativa, abarrotada e cruel, como o Judiciário. Cuida-se de valor que dispensa a insurgência punitiva – última *ratio* da interferência controladora estatal. No mais, a simples presença de qualificadoras, no mensurar do desvalor da conduta, compensa-se com a circunstância de ter sido o delito meramente tentado (prejuízo meramente potencial, e não efetivo). Desatendido o princípio da ofensividade, resta afastada a tipicidade da conduta delitiva. Embargos acolhidos. Por maioria.

No presente julgado, a aplicação do princípio da insignificância, enquanto excludente de tipificação ou ilicitude, levou em consideração o valor sociocultural do bem jurídico tutelado. Como não houve uma ofensa grave ou sequer relevante ao patrimônio da vítima, a rejeição da denúncia foi mantida.

O segundo caso, mantém o mesmo entendimento acerca da aplicação do princípio da insignificância. Podemos vislumbrar a astúcia, a sabedoria, a sensibilidade e a humanidade do magistrado no sentido de dar vida e corpo às nossas normas aproximando a concepção do direito ao conceito de justo:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 647, 648, I E 654, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - A decisão que recebe a denúncia não é irretroatável. Cabe ao Magistrado, a qualquer tempo, rejeitá-la, em *habeas corpus* de ofício, sempre que verificar a ausência das condições da ação penal, por ser matéria que independe de dilação probatória. PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - Lesão correspondente a 50% do mísero salário mínimo não justifica a movimentação de uma máquina cara, cansativa, abarrotada, cruel, como o Judiciário. Cuida-se de valor que dispensa a



insurgência punitiva - última '*ratio*' da interferência controladora estatal -, até bem distante do generoso patamar de R\$ 1.000,00 adotado para alguns setores privilegiados da criminalidade. - Desatendido o princípio da ofensividade, resta afastada a tipicidade da conduta delitiva. Lição de Eugênio Raul Zaffaroni. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. - Em se tratando de suspensão condicional do processo, a decisão que extingue a punibilidade do fato apenas declara aquilo que, juridicamente, já se constituiu no momento do decurso do período de prova. Logo, qualquer revogação do benefício deve se dar ainda dentro do período estabelecido para a suspensão, '*ex vi*' do art. 89, § 5º, da L. 9.099/95. Precedentes desta Corte. - À unanimidade, prejudicado o apelo ministerial, declararam extinta a punibilidade do fato. (Apelação Crime Nº 70005025119, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 16/10/2002).

O terceiro caso, examinado na mesma câmara criminal, versa acerca do porte ilegal de arma por parte de um suicida. Diversificando conteúdo, analisemos um julgado da mesma quinta câmara criminal, que trata da concessão ou não de uma apelação criminal por porte ilegal de arma, no caso de um suicida:

Ementa: PORTE ILEGAL DE ARMA. É DESUMANO CONDENAR POR PORTE ILEGAL DE ARMA, CIDADAO QUE TENTA SUICÍDIO; DIREITO NAO É MERA FORMA "HASTA TAL PUNTO QUE INCLUSO EL PROBLEMA DE LA VIDA HUMANA PIERDE IMPORTANCIA" - LICA0 DE DAVID SANCHEZ RUBIO. (6 FLS.) (Apelação Crime Nº 70001945070, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 07/02/2001)

A referida decisão destaca-se pela sua peculiar sensibilidade com a qual questiona a necessidade da condenação pelo porte ilegal de arma de um sujeito que havia cometido a tentativa de homicídio, já tendo sido penalizado pelas graves sequelas e consequências de seu ato desesperado e insensato.

O quarto e último caso diz respeito à concessão do indulto humanitário, cujo beneficiário era um indivíduo portador do vírus da Aids e de tuberculose:

Ementa: EXECUÇÃO PENAL. INDULTO HUMANITÁRIO. PRESENTES, CUMULATIVAMENTE, TODOS OS REQUISITOS DO ART. 1º, VI, "B", DO DECRETO N.º 5295/04, A CONCESSÃO DO INDULTO É DE RIGOR: PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS. APENADO PORTADOR DE VÍRUS SIDA E TUBERCULOSE. - A pena não tem um fim em si mesmo, de modo a converter-se em pura retribuição e aniquilamento da condição humana do apenado. Não! Ela encontra limites - claros - no sistema de garantias estabelecidos pela Carta Política. - O suplício gótico imposto pelo sistema prisional ao apenado adoentado. Em outras palavras, se a prisão, por si-só, infringe uma carga de sofrimento ao preso, revela-se cruel e



desumana - logo, irracional - quando o apenado está acometido de doença grave. - A finalidade segregacional da pena privativa de liberdade, mesmo que por meios tortuosos, resta atingida. Não no sentido de retirar do cidadão condenado a liberdade de ir e vir - a imposição do cárcere -, mas por força do ostracismo a que indubitavelmente o apenado será submetido enquanto portador de AIDS. Ou seja, além de estigmatizado pelo sistema de persecução penal, o estigma da doença acaba por lhe subtrair a "liberdade". - Lições de Luigi Ferrajoli, Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni. À unanimidade, deram provimento ao recurso. (Agravo em Execução Nº 70015235948, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 14/06/2006)

Importa observar que a inovação dos referidos julgados incide justamente na promoção da justiça realizada pela efetiva aplicação do arcabouço jurídico do nosso sistema legal, afastando e invalidando toda e qualquer crítica empenhada contra o Direito Alternativo e sua afronta à segurança jurídica, a sua imparcialidade ou mesmo ao voluntarismo dos magistrados.

## 5. TEORIA CONSTITUCIONAL E DIREITO ALTERNATIVO

Em seu texto “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)” Clemerson Cléve propõe a elaboração e fundamentação de uma nova dogmática jurídica alçada em uma prática emancipatória comprometida com a materialização dos valores igualitários e libertários constantes do “corpo constitucional” capaz de atender os anseios das classes sociais menos favorecidas, conduzindo-as a um processo de emancipação. Partindo de uma abordagem pluridisciplinar, o empenho na construção desta nova dogmática jurídica implica a releitura da constituição. Para além de um instrumento estatal normalizador, repleto de declarações vazias de sentido e mantenedora de uma espécie de “juridicização da política”, as Constituições hodiernas constituem a expressão de uma reelaboração dos laços sociais e políticos em uma dada sociedade. É, portanto, no texto constitucional que podemos vislumbrar um verdadeiro embate de forças sociais e ideológicas que se refletem e se reproduzem posteriormente no campo da aplicação e da hermenêutica jurídica.

Cleve insiste em ressaltar a necessidade de resguardar, aplicar e, sobretudo defender a Constituição brasileira de 1988 uma vez que esta instrumentaliza os operadores do direito e oferece um arcabouço jurídico suficiente no resguardo dos mesmos direitos que coube ao movimento alternativo defender. Ao rebater as severas críticas direcionadas a nossa



Constituição, Cleve argumenta que nosso texto constitucional, enraizado no contexto político e social de sua época aponta para o futuro, para a superação das nossas limitações sociais, pavimentando o percurso de uma nova via, daí o feliz emprego da expressão “reflexo invertido do real” ao referir-se as contradições intrínsecas de suas disposições constitucionais em face de realidade socioeconômica e política do país:

A crítica não é justa nem sábia. Ora, a Constituição, em muitas situações, apresenta-se como reflexo invertido do real. Quando o Constituinte aponta, em norma constitucional, para a Construção de uma sociedade livre, justa e solidária ou para a erradicação da miséria e da desigualdade regional, é evidente que não pretende ser retórico, hipócrita ou mentiroso. Claro que os postulados constitucionais são contrariados pela realidade crua do cotidiano, repleta dos oprimidos, excluídos, pobres, marginalizados, etc. A Constituição reflete, de modo contrário ou invertido, essa situação, apontando e exigindo a sua superação. (CLÉVE, 1995)

A pretensão da nova proposta consiste em vivificar o caráter analítico, democrático, dirigente, reflexivo presente no texto constitucional de 1988 que prima pela materialização, a partir de um viés político e jurídico, de demandas caras aos segmentos populacionais menos favorecidos de nosso país. Exige, deste modo, um esforço constante arraigado no exercício de transformá-la em uma Constituição normativa integral.

Neste contexto, o direito constitucional alternativo pode e deve atuar no sentido de empregar uma dogmática da efetividade. As disposições constitucionais são normas e devem assim ser consideradas no sentido de inspirar as normas infraconstitucionais exigindo certa gravidade e seriedade no tocante aos seus princípios e propósitos.

Resta claro que seu aporte principiológico assim como suas normas programáticas fixam padrões de justiça e igualdade que não apenas densificam, mas impregnam de sentido a funcionalidade de seus dispositivos:

Não há, na Constituição, dispositivo despido de normatividade. O preâmbulo, os princípios, ou preceitos, inclusive os programáticos, são norma e assim devem ser considerados. Encontra-se absolutamente superado (...) o entendimento de que as programáticas não são normas e, bem por isso, desmerecem aplicação. Encontra-se também superada a tese segundo a qual o preâmbulo da Constituição nenhuma normatividade pode produzir. (CLÉVE, 1995)

Trata-se de uma funcionalidade indicada em cada um dos dispositivos do texto constitucional em prol da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático



de Direito e de outros valores que precisa ser exercida. Diz respeito a um conteúdo que impede a elaboração de leis que contrariem seus princípios, ou seja, as ideias e os objetivos lançados pela constituição. Vislumbramos elementos substantivos e a presença de instrumentos procedimentais que propiciam a concretização desses valores defendidos pelo direito brasileiro: “o conteúdo decorrente desses valores, princípios e objetivos conforma o que alguns constitucionalistas chamam de Constituição jurídica material (que não se confunde com a constituição real de Lasalle), aquele corpo de ideias que indicam o conteúdo do direito de determinado tempo e lugar”.

Cumpre, portanto, à dogmática constitucional a filtragem material e formal das normas infraconstitucionais contrárias aos padrões de justiça e igualdade expressos no documento constitucional, orientando para a necessidade de reler e reinterpretar o direito infraconstitucional à luz dos novos parâmetros e *standards* preconizados pelo texto constitucional. A este movimento, Cléve chama de “constitucionalização do direito infraconstitucional”.

Cléve ressalta, portanto, as distinções deste processo em relação à positivação do direito infraconstitucional: “O primeiro consiste num processo de releitura do direito infraconstitucional. O segundo consiste em técnica de atribuição de status constitucional formal a institutos tradicionalmente tratados pelo direito infraconstitucional.” (CLÉVE, 1995).

A formação desta dogmática constitucional que se propõe a potencializar e vivificar os valores plasmados no texto constitucional impõe a emergência de uma ética da responsabilidade, uma política da criatividade e um compromisso ideológico definido, nas palavras do autor.

Uma severa crítica subsiste na suposta neutralidade da decisão judicial, que travestida de legalidade e imparcialidade, manifestam claramente um posicionamento ideológico inquestionável comprometido, sobretudo, com a defesa dos interesses, privilégios e *status quo* da classe hegemônica dominante. A exigência de um posicionamento ideológico expresso, comprometido com os ideais igualitários e libertários consagrados pela nossa constituição possibilita uma transparência no mundo e na cultura jurídica. Transparência essa, exigida pelo Estado Democrático de Direito: “Pior, todavia, do que o que pretende decidir ocultando a ideologia é aquele que decide ideologicamente imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade”. (CLÉVE, 1995)



Desse modo, os juízes inconscientes, no dizer do autor, constituem verdadeiras marionetes do poder, acobertando interesses espúrios, promovendo um exercício jurisdicional irresponsável, desengajado e descomprometido com reflexos sociais e políticos de sua decisão.

A questão levantada pelo autor consiste na forma através da qual o texto constitucional será lido ou interpretado. O caminho apontado requer a elaboração de um arcabouço teórico apto a estruturar e instrumentalizar a materialização dos propósitos deste movimento no sentido de oferecer bases teóricas e metodológicas para a sua efetivação e legitimação. Há que se abandonar o discurso altamente subjetivista e adotar contornos e “padrão objetivo de juridicidade”.

O papel da educação, no seio das escolas de direito, vem sendo desconsiderado. É justamente no momento da formação dos novos operadores do direito que a atualização e adequação dos manuais à própria realidade social, a própria dinâmica da cultural e novas demandas sociopolíticas devem ganhar espaço:

Se o juiz não consegue, com o apoio de disciplinas como a filosofia, a sociologia e a história, desenvolver uma visão global do direito, de sua estrutura e de seus problemas, então teremos um homem escravo de concepções jurídicas que podem ser contraditórias. (CLÉVE, 1995)

No que diz respeito à ética da responsabilidade associada à uma política da criatividade possibilitam a construção de “formulas jurídicas indispensáveis para a efetividade dos comandos emancipatórios definidos na constituição”.

É necessário ter em conta que a Constituição, como ensina Canotilho, é um sistema aberto e por isso dispõe de uma ‘capacidade de aprendizagem’. A Constituição comunica-se com a realidade, aprendendo com ela, apreendendo-a inclusive, e interagindo com os signos mutacionais que ela, a realidade, oferece. Por isso, a Constituição pode registrar (com limites, é evidente), sem necessidade de alteração formal de seu texto e através de seu código de aprendizagem (mutação constitucional), a alteração no grau de simetria e assimetria da correlação de forças dinamizadora das várias instancias da formação social. Encontra-se aqui a válvula de oxigenação de todo o direito positivo e o canal legitimador da atuação do jurista criador e criativo. (CLÉVE, 1995)

Ressalta a desnecessidade de recorrer aos critérios e argumentos jusnaturalistas para a concretização da nova dogmática jurídica: “O acesso à Constituição, compreendida como



*hard law* e norma, pode substituir, com vantagens, essas tentativas nem sempre bem sucedidas.” (CLÉVE, 1995)

Necessário se faz discutir o empenho da teoria jurídica no âmbito do direito constitucional no sentido de transcender as limitações das velhas concepções jurídicas e ampliando “parâmetros objetivos de aferição da juridicidade”.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que as duas últimas décadas do século XX foram palco de um intenso debate jurídico acerca do reconhecimento de um direito insurgente propagado pelo Movimento do Direito Alternativo.

Apesar do conceito de direito, tal como ensinado nas escolas de direito e defendido pelos dogmáticos-positivistas, encontrar-se enraizado no campo do dever-ser, o Direito estatal apresenta em seu âmago inúmeras ambiguidades, lacunas e contradições manifestas na sua incapacidade de solucionar os mais diversos conflitos decorrentes da multiplicidade da vida.

Ao longo dos últimos anos, a incapacidade do ordenamento jurídico estatal em monopolizar a produção e a aplicação das normas jurídicas vem contribuindo para a emergência de outros sistemas jurídicos, fenômeno concebido como pluralismo jurídico.

Um das vias exploradas para transpor a flagrante inércia e ineficiência do ordenamento jurídico estatal na resolução dos conflitos foi o Direito Alternativo. Segundo a perspectiva deste movimento, a decisão do juiz poderia ultrapassar os limites impostos pela lei. Buscava-se, antes da aplicação da norma jurídica, o justo para, posteriormente, fundamentar a decisão.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, Cléve propõe a aplicação e, especialmente, a defesa da Constituição brasileira de 1988. Para ele, é a própria Constituição que instrumentaliza os operadores jurídicos e fornece um arcabouço normativo eficiente no resguardo dos mesmos direitos que coube ao movimento alternativo defender.

Opondo-se às severas críticas direcionadas a nossa Constituição, Cléve sustenta que nosso texto constitucional aponta para a superação das nossas limitações sociais, pavimentando o percurso de uma nova via. Propõe, deste modo, a implementação de uma dogmática constitucional emancipatória responsável pela filtragem material e formal das normas infraconstitucionais contrárias aos padrões de justiça e igualdade expressos no



documento constitucional, orientando para a necessidade de reler e reinterpretar o direito infraconstitucional à luz dos novos parâmetros e *standards* preconizados pela Carta de 1988. Não se trata de promover o uso alternativo do direito e, sim, efetivar disposições normativas constantes do novo texto constitucional.

No dizer de Cléve, a instituição desta dogmática constitucional emancipatória que busca potencializar e vivificar os valores impressos no texto constitucional impõe a emergência de uma ética da responsabilidade, uma política da criatividade e um compromisso ideológico definido.



## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Lédio Rosa. O que é direito alternativo. Santa Catarina : Editora Obra Jurídica, 1998.

ARRUDA JR., Edmundo Lima (org.). Lições de direito alternativo. São Paulo: Acadêmica, Vs. 1 e 2, s.d.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito Alternativo. Uma Revista Conceitual. <http://www.uerj.br/~direito/rqi/07/a070402.htm>, 15 de outubro de 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin . A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos henrique de Carvalho. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. , p. 34-53.

GENRO, Tarso. “Os juizes contra a lei”. In ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1991.

JUNQUEIRA, Eliane. “O Alternativo regado a vinho e a cachaça”. In ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, v. 02, 1991.

LYRA FILHO, Roberto. “A nova escola jurídica brasileira”. Direito e Avesso. Boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira Brasília: Edições Nair, n.º 01, 1982.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. A verdadeira face do direito alternativo. Curitiba: Juruá, 1998.

MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. Lisboa : Editora Estampa, Imprensa Universtária, 1994.

PRESSBURGER, T. Miguel. “Direito Insurgente: o Direito do oprimidos”. In ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). Lições de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1991.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Ensino jurídico e direito alternativo. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. Elementos para uma crítica do Estado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.