

# O DIREITO ALTERNATIVO E SUA PROBLEMÁTICA TEÓRICA<sup>1</sup>

DANIELLE SOUZA DE ANDRADE E SILVA  
Mestre em Direito Público – UFPE  
Juíza Federal Substituta em Pernambuco  
Ex-Juíza de Direito em Pernambuco  
Ex-Promotora de Justiça no Rio Grande do Norte

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Legalidade, juridicidade e justiça; 3. As ideologias e o direito: o direito como processo dialético; Considerações gerais; 4. O dogmatismo no discurso jurídico; 5. A crise da razão moderna; 6. Repudiar a dogmática? 7. A crise social do direito; 8. A dialética dos direitos humanos e a desdogmatização do pensamento jurídico para uma democratização do Judiciário; 9. O movimento crítico no Brasil; 10. Direito alternativo e uso alternativo do direito; 11. Possibilidade e problematidade de um direito alternativo; 12. Dificuldades de uma teoria do direito alternativo; 13. Conclusão; 14. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O “Direito Alternativo” talvez seja um dos temas mais debatidos na atualidade jurídica brasileira. É responsável por uma agitação jamais conhecida nos meios jurídicos brasileiros: operadores do direito de espectro político amplo questionam o direito posto, motivados, segundo ressalta José Ribas Vieira<sup>2</sup>, pelo agravamento da crise de credibilidade e eficácia do Poder Judiciário, notando-se uma falta de preocupação com o problema da democratização. Não se configura propriamente numa escola, mas num movimento guiado por uma perspectiva mais moderna de ver o fenômeno Direito.

A denominação “Direito Alternativo” serve para indicar ora manifestações de *pluralismo jurídico* (direitos não estatais, além do direito positivo), ora uma *justiça alternativa* à tradicionalmente emanada do processo judiciário típico, ora o uso *alternativo do direito*, em prol de grupos desfavorecidos na sociedade, ora o movimento surgido na década de 60, entre magistrados italianos, e que, entre nós, ganhou força nos anos 90, especialmente nos círculos acadêmico-universitários, provocando centenas de debates, com destaque para a região Sul, onde cerca de trinta juízes organizaram-se em torno de um grupo de “Direito Alternativo”. Esse grupo (formado em 1986 durante um Congresso da Ajuris – Associação de Juristas do Rio Grande do Sul) vem questionando, em suas sentenças, os fundamentos do Direito, o Poder Judiciário e o próprio conceito de Justiça. Reconhecem que a lei vem sendo usada como instrumento de dominação, que o Judiciário não é neutro, mas comprometido com o Poder, que a lei não exaure todo o direito e, mais ainda, que existem leis injustas, cuja aplicabilidade pode ser recusada em nome de um compromisso superior, com a consciência e com a sociedade. Segundo Eros Roberto Grau (1998: 110), o movimento propõe a “adoção de uma norma sobre a interpretação dos textos

<sup>1</sup> Artigo publicado em: PEREIRA, Mirian de Sá e GOMES NETO, José Mário W. (Orgs.). *Sociologia do Direito e do Direito Alternativo: ensaios pós-graduados em homenagem a Cláudio Souto*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 59-84.

<sup>2</sup> VIEIRA, José Ribas. “O Judiciário e a democratização adiada: alternativas”, in: ARRUDA JR, E. L. de. (org.), 1992: 115.

normativos”, em favor dos pobres e oprimidos, podendo-se mesmo negar o princípio da legalidade. Também no nível institucional se fez presente a discussão: várias faculdades de direito criaram a disciplina direito alternativo, a começar pelo curso de Tubarão (SC), na própria escola de Magistratura (RS) e no curso de Pós-Graduação em Direito (SC), Mestrado e Doutorado, com rápida procura por parte de promotores e juízes, além de advogados interessados na linha de pesquisa em direito alternativo.

O objeto da expressão, que parece ter paralelos mais antigos nos termos *direito inoficial*, *paralelo* ou *marginal*, tem sido, hoje, usado para suprir necessidades práticas, em um grupo que reúne profissionais dos mais diferentes setores, como juízes, acadêmicos, advogados, membros do Ministério Público, de modo que não se trata mais de um movimento marginal. É um fato presente nos Estados modernos (caracterizados pelos fenômenos da ascensão da lei sobre as demais fontes do direito, pelo monopólio do Estado na produção de normas jurídicas e pela positivação do direito), principalmente os subdesenvolvidos<sup>3</sup>.

Há grande dificuldade na definição do termo, mesmo porque, apesar das várias tentativas dos autores nesse sentido, ele é um fenômeno que mais se entende pela observação da atuação dos diversos grupos sociais na sociedade do que pela própria definição. Cabe analisarmos, neste ensaio monográfico, as raízes do pensamento crítico que propõe alternativas ao Direito estatal, bem como as condições e os problemas de uma flexibilização dentro dos trâmites dogmáticos do Direito moderno.

## 2. LEGALIDADE, JURIDICIDADE E JUSTIÇA

As discussões realizadas, hoje, em torno da possibilidade de uma juridicidade “alternativa” geralmente se inserem em correntes de crítica do direito. Os questionamentos tratam das relações entre justiça, lei e direito, bem assim da validade e legitimidade de eventuais decisões *contra legem*.

O conceito jurídico iluminista de “igualdade” impregnou as revoluções burguesas, ressaltando a luta ideológica contra os absolutismos, erigindo-se o princípio da igualdade perante a lei entre os pressupostos de validade universal das ordens jurídicas contemporâneas. Em Rousseau e Kant, justiça é igualdade jurídica, e a lei é justa quando decorre de uma fonte de legitimidade inquestionável: a vontade geral, em Rousseau, e o imperativo categórico, em Kant. Deram legitimidade à lei positiva identificada com a justiça.

A identificação entre direito e lei atinge seu ponto culminante com o positivismo, que consolida a concepção dogmática do Direito, na qual ele é válido em si e por si, considerado o único direito, estatal<sup>4</sup> e racional, portanto, legítimo por si mesmo. O pós-guerra assiste a um “renascimento do direito natural”, ora por obra de jusfilósofos, como Del Vecchio, Stammler e Radbruch, ora, como aconteceu nos EUA, por obra de juízes, adotando a teoria de que a finalidade do Direito é resolver problemas sociais e não manter princípios<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> ADEODATO, João Maurício L. “Para uma conceituação do direito alternativo”, in: *Revista de direito alternativo*: 1992: 157-158.

<sup>4</sup> Sobre a identificação entre Estado e direito, preconizada pelo pensamento dogmático, oportunas as palavras do Prof. Cláudio Souto (1997: 91): “Só o Estado produziria verdadeiramente direito ou só ele poderia reconhecer como jurídico o que porventura brotasse de fontes sociais não-estatais.”

<sup>5</sup> COELHO, Luiz F. “Do direito alternativo”, in: *Revista de direito alternativo*, 1992: 11-12.

O surgimento dos totalitarismos do século XX agrava o problema da postura ética de juízes em face da lei injusta, surgindo a doutrina do direito político de resistência. As alusões ao Direito Natural no sentido tradicional tendem a escassear. Tendem, entretanto, a cobrar relevância às alusões a componentes metapositivos inseridos na denominada experiência jurídica. Significa que o jusnaturalismo vem-se transformando em um conjunto de componentes hermenêuticos: dentro da atividade do intérprete localizam-se elementos como a equidade, princípios gerais, padrões de compreensão, valores, *standards* de julgamento<sup>6</sup>.

Identificando-se direito e lei, sendo lei aquele produto que consagra a hegemonia dos mais fortes, termina o direito por reduzir-se ao poder, de sorte que a ordem legal e judicial não beneficia senão os mais fortes (cf. SOUTO, 1997: 92).

### 3. AS IDEOLOGIAS E O DIREITO: O DIREITO COMO PROCESSO DIALÉTICO

Há uma velha questão em filosofia jurídica: estabelecer o critério que se deve privilegiar na determinação do que é e do que não é direito. É a sua forma (jurídico-normativa) ou seus conteúdos (pautados em um valor supremo ou historicamente determinado)? Os dois modelos básicos de posicionamentos no panorama geral do pensamento jurídico são o jusnaturalismo e o juspositivismo. O positivismo, de um lado, enfatiza o direito como lei, como produto de um ato decisório do poder (político e econômico), validando-se por si mesma, desvinculada sua gênese como costume autorregulador da vida social. Assim, constata-se que a forma de construção do jurídico faz com que haja um distanciamento entre a norma e a realidade social que deveria ser o seu conteúdo básico, e que, se assim fosse, necessariamente, resultaria em uma ordem social mais justa<sup>7</sup>.

Se prestarmos atenção na teoria suporte do discurso jurídico burguês, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, observaremos que o direito moderno desloca o dogmatismo do eixo axiológico para o eixo técnico-formal. Assim, o jurídico é jurídico pela sua forma, e não pelos conteúdos e valores contidos em suas normas. Compromissados com a meta de produzir uma ciência jurídica neutra, nos planos político e moral, os positivistas-normativistas se propõem em superar o idealismo jusnaturalista, restringindo seu objeto de conhecimento ao direito concreto, real, firmado pelos homens, mais precisamente ao estatal.

Em campo oposto, o jusnaturalismo defende um Direito supralegal como base do direito positivo, sendo esta a única forma de recuperar a Justiça. Fundamenta-se em princípios universalmente válidos, que deveriam servir de pressuposto aos sistemas de direito positivo, como forma de aferir-lhes a justiça e resolver adequadamente o problema das desigualdades sociais, políticas e econômicas dos diversos núcleos sociais. Por revelar o *direito natural* intensa preocupação com a justiça social, apresenta-se como “antecessor básico”<sup>8</sup> do *direito alternativo*, com o diferencial de que este último não tem a preocupação com postulados jurídicos invariáveis.

---

<sup>6</sup> SALDANHA, Nelson (1990: 134-135).

<sup>7</sup> FARIAS, Maria Eliane M. de. “As ideologias e o direito: enfim, o que é direito?”, in: SOUSA JR. (org.), 1993: 15-17.

<sup>8</sup> SOUTO, Cláudio (1997: 98).

Como as duas teorias, tanto o jusnaturalismo quanto o juspositivismo, mostram-se insuficientes<sup>9</sup> para explicar o fenômeno jurídico na sua totalidade, os juristas passaram a fundamentar a eficácia das normas na própria experiência da sociedade, dentro do processo histórico, inaugurando uma visão concreta, aglutinadora e totalizante do fenômeno jurídico: a concepção dialética.

Por trás da concepção jurídico-formal do direito oculta-se o papel que um determinado tipo de organização social exige do direito para a manutenção de uma forma específica de poder. O verdadeiro fundamento desta concepção é o da dominação pela força, onde o direito e o Estado constituem-se em instrumentos para a manutenção e a reprodução deste tipo de dominação. Ao privilegiarmos a forma jurídico-estatal como critério que determina o que é direito, optamos por uma visão míope e alienadora que não percebe o fenômeno jurídico em sua totalidade.

Em uma sociedade plural, cheia de contradições e antagonismos emergentes da dominação do homem sobre o homem, seja ela de classe sobre classes, de grupo sobre grupos, ou de subgrupo sobre subgrupos, isto é, uma sociedade onde há pluralidade cultural e contracultural, social e política, necessariamente ali convivem vários direitos, várias concepções de justiça, enfim, constitui-se uma situação de pluralidade jurídica, onde as classes dominantes, com o controle da máquina estatal, cristalizam como direito positivo, isto é, como ordenamento jurídico estatal, os seus interesses setoriais e classistas, buscando ocultar por trás de um discurso unívoco, por trás da imagem de um direito único a verdadeira situação de pluralidade jurídica<sup>10</sup>.

#### 4. O DOGMATISMO NO DISCURSO JURÍDICO

Na sua função de imprimir forma normativa às instituições sociais, o direito e seu discurso dogmático cumprem uma outra função específica, a de adestramento político dos indivíduos. É através de seus dogmas, de sua ideologia manifesta através de um discurso dogmático que o poder ensaja a submissão, estabelecendo uma falsa unidade no seio de um espaço social essencialmente plural, carregado de conflitos e contradições, entre classes e grupos, sejam estes de ordem ética ou política<sup>11</sup>. Expressando-se por dogmas, esse saber jurídico contempla o mundo real à distância, porque seu olhar não vê além da superfície lisa da *igualdade formal*, da *livre-concorrência*, da *autonomia da vontade*, do *Estado-Nação e seu Bem-Comum*, do *Estado-Nação e seu Interesse Geral*.

Esses dogmas são noções que revelam a tendência de cristalizar-se em torno de idéias, de teorias, de assentos ou *praxis* obrigatórias, amparadas, simplesmente, no argumento de autoridade ou na determinação de poder. Segundo Marilena Chauí, o discurso por dogmas “é um discurso instituído, no qual os interlocutores já foram previamente reconhecidos como tendo o direito de falar e de ouvir, os lugares e as circunstâncias já foram predeterminados para que seja permitido falar e ouvir, o conteúdo e a forma já foram autorizados segundo os cânones da esfera própria de sua competência”<sup>12</sup>. Assim, complementa Luís Alberto Warat, dizendo que o discurso da Dogmática Jurídica cristaliza-se no imaginário dos juristas como “um sistema de conhecimentos que organiza

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, José Eduardo de Faria (“Positivismo x jusnaturalismo: um falso dilema”, in SOUSA JR. (org.): 1993: 19-22).

<sup>10</sup> BISOL, Rossana. “Dialética social do direito”, in: SOUSA JR. (org.), 1993: 35-37.

<sup>11</sup> BISOL, Jairo. “Dogma e dogmatismo”, in: SOUSA JR. (org.), 1993: 17-19.

<sup>12</sup> CHAUI, Marilena (1981: 7).

os dados da realidade, pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas dominantes, oferecendo respostas que apenas aludem ao real e são comandadas por interesses que tomam a forma de princípios e diretrizes”<sup>13</sup>. Em razão de sua auto-suficiência, a fala da Dogmática tradicional pretende imunizar o seu objeto das contradições que, como fenômeno social de uma sociedade contraditória, lhe são ontologicamente inerentes.

## 5. A CRISE DA RAZÃO MODERNA

A modernidade ocidental enfatiza muito a racionalização, na tentativa de reduzir todos os aspectos da vida social em uma idéia de razão. É uma Razão Instrumental, que, dentro de uma relação de poder na qual nada se questiona, desconsidera a vontade do homem, passando este a ser apenas uma coisa, subordinado a um ente chamado Estado. Analisando atentamente o passado dos nossos juristas, pode-se constatar, a nível de tendência dominante do comportamento social, exatamente o inverso: os juristas, de modo geral, têm-se mantido afastados da sociedade real, enclausurando-se em seus “casulos teóricos”, evitando, tanto quanto possível, contatos diretos e diálogos abertos com o mundo onde vivem e sofrem os mortais comuns.

Em geral, estão atrasados na teoria e na prática da interpretação e ainda pensam que um texto a interpretar é um documento unívoco, dentro de um sistema autônomo (o ordenamento) jurídico dito pleno e hermético e que só cabe determinar-lhe o sentido exato, seja pelo desentranhamento dos conceitos, seja pela busca da finalidade, isto é, acertando o que diz ou para que diz a norma abordada<sup>14</sup>. Formados numa tradição em que predominam o “malabarismo retórico” e a idéia de apego irrefletido à legalidade, os juristas nem sempre resistem à tentação de imaginar que o seu saber e a sua *praxis* revelam maturidade, prudência e racionalidade não experimentadas pelas demais manifestações intelectuais e profissionais<sup>15</sup>.

O tema da racionalidade como discurso legitimador da produção jurídica capitalista está presente em dois autores belgas, Jacques Lenoble e François Ost, que desenvolvem suas reflexões a partir de uma teoria da ideologia, demonstrando que a racionalidade do direito é uma imagem ideológica, para legitimar o sistema do direito positivo estatal a partir de uma aparência de racionalidade, cujo fundamento é mais mítico do que racional, ou seja, “mito-lógico”. Concluem que o discurso jurídico é uma articulação entre a razão e o mito, sendo a racionalidade jurídica, em si, um mito<sup>16</sup>.

Admite-se, em geral, que o Direito se exprime através de um certo tipo de norma – a norma jurídica. Reconhecendo e reduzindo o direito às normas legais, os positivistas dogmatizam os “mores” e costumes da classe e grupos dominantes, orientando todo o ordenamento<sup>17</sup>. Devemos, entretanto, salientar que esta é a embalagem: o Direito é o conteúdo. Ele se forma antes de ser acondicionado na norma jurídica, e nem tudo que nela é posto será direito legítimo, inclusive porque há mais de uma série de normas

<sup>13</sup> WARAT, Luís Alberto (1993: 20).

<sup>14</sup> LYRA FILHO, Roberto. “Por que estudar direito, hoje?”, in: SOUSA JR. (org.), 1993: 22.

<sup>15</sup> LIMA, Miguel Alves. “O Direito alternativo e a dogmática jurídica”, in: ARRUDA JR, E. L. de. (org.), 1992: 42-43.

<sup>16</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Op. cit.*, pp. 17-18.

<sup>17</sup> DINIZ, Melillo. “Qual a verdadeira face do Direito?”, in: ARRUDA JR, E. L. de. (org.), 1992: 60.

jurídicas, em coexistência conflitual, a cada momento, e todas elas pertencem à dialética social do Direito<sup>18</sup>.

## 6. REPUDIAR A DOGMÁTICA?

Como podemos observar, uma forte tendência vem percorrendo o século XX no sentido da crítica, e até do repúdio da dogmática. Poderíamos, então, delinear, num rápido balanço, a trajetória da dogmática, apontando seu apogeu e sua crise. Os juristas medievais, que faziam dogmática *sans le savoir*, transmitiram aos modernos alguns traços metodológicos, provindos do padrão escolástico de pensar. Os modernos, evoluindo com o racionalismo e com a filologia, desenvolveram, após as codificações, uma série de *escolas*, entre as quais a da Exegese na França e a dos Pandectistas na Alemanha corresponderam mais aproximadamente ao que se tem como dogmática jurídica. No século vinte, as dificuldades relativas ao convívio das pretensões conceituais da ciência jurídica com a realidade social se agravaram, começando a prosperar um tipo de crítica que apontava para os “conflitos” entre a lei e os fatos e para temas desta espécie. A *crise* do Direito, de que se vem falando há algumas décadas, pode ser vista, neste caso, como crise institucional do culto à lei (cf. Saldanha, 1977: 115-6), e como crise histórico-epistemológica do saber dos juristas.

Evidentemente não se pode evitar hoje o questionamento sobre a situação *real* do conhecimento jurídico, que se faz crítico de si mesmo, compreendendo-se como saber marcado por circunstâncias histórico-sociais. Frequentemente, falta aos juristas, por outro lado, a dose de senso crítico bastante para assumir e consumir esta crítica, que é, sem dúvida, necessária. A crítica atualmente feita nem sempre leva em conta os contornos. Há alguns que, contundentemente, recusam a dogmática, confundindo-a, sem mais, com o dogma e o dogmatismo, e pretendendo um direito mais livre ainda do que o pleiteado por Gény ou por Ehrlich, enquanto outros – como Michel Mialle, na França – buscam no próprio compromisso histórico-social do jurista com situações-de-classe a base do repúdio ao saber jurídico dito “burguês”<sup>19</sup>.

O problema não consiste propriamente em rejeitar a dogmática, ou em condenar sem mais o formalismo. O que cabe é a *compreensão* do formalismo em sua condicionalidade histórica, e, com ela, a da dogmática como fenômeno da história da *epistème* ocidental e do saber jurídico. Assim se conjurará o perigo dos reducionismos, se reentenderão os problemas e se terá, da hermenêutica e da interpretação, uma idéia que inclui a formulação dogmática, mas vai além dela, pois ela se apresenta como uma das instâncias capazes de revelar significados: não a única. Inclusive porque o significado histórico das relações entre dogmática e direito não é revelado pela dogmática, e sim pela hermenêutica histórica<sup>20</sup>.

Não se está a pretender o total subjetivismo do julgador ou a regra geral da não aplicação da lei. Uma visão crítica pressupõe, antes, uma interpretação e aplicação do direito sem o indevido apego às amarras que a dogmática pode impor; uma aplicação que, em muitos casos, há de ser *praeter* ou mesmo *contra legem*, se se quiser privilegiar o

---

<sup>18</sup> LYRA FILHO, Roberto. “Normas jurídicas e outras normas sociais”, in: SOUSA JR. (org.), 1993: 52.

<sup>19</sup> SCHIAVONE, Aldo (1980: 78-9).

<sup>20</sup> SALDANHA, Nelson (1987: 78-86).

direito em nome de todos (ou de uma maioria grupal), o direito como uma “racionalidade testável do conhecimento e sentimento de justiça”<sup>21</sup>.

## 7. A CRISE SOCIAL DO DIREITO

Fala-se muito em crise no direito em vigor na periferia do capitalismo ocidental, no dito mundo subdesenvolvido, crise nitidamente exemplificada pela situação brasileira. Ela não pode ser pensada fora da situação crítica pela qual passa a ordem capitalista – centro e periferia. Uma das fontes dessa crise é o fenômeno que atinge as ditas ciências humanas: desinteresse generalizado pela cultura diante de questões consideradas prioritárias; política desastrosa por parte dos órgãos governamentais; baixo nível do ensino; incremento de uma alienação típica dos métodos e procedimentos meramente quantitativos, hoje estendidos a toda ciência<sup>22</sup>. Na periferia, onde as contradições e os antagonismos de classe são radicais, esta crise pode ser atestada num conjunto de fatos: rompimento com vários princípios de direito constitucional já consolidados; dissolução do princípio da legalidade e da segurança jurídica; caducidade do sistema teórico recebido; não-efetividade do Direito Público às “liberdades públicas” e aos “direitos individuais”; crescente percepção de que ao lado do monopólio da violência do Estado existem poderes difusos, disciplinadores, que escapam à “concepção liberal” do poder jurídico-político; progressiva compreensão do mito da neutralidade do Judiciário e imparcialidade dos magistrados; explosão de litigiosidade; crise de legitimidade das corporações profissionais; entre outros.

Entre as conseqüências fundamentais da progressiva hegemonia do positivismo normativista, enquanto princípio paradigmático constitutivo dos cursos jurídicos do país, está a de que o direito pode ser todo ensinado se forem transmitidas as premissas básicas do sistema. As funções criativas e especulativas são relegadas à categoria de matérias introdutórias, cuja função é menos a de “formar” os alunos e mais de informá-los de maneira estereotipada e padronizada sobre linguagem necessária ao aprendizado da dogmática. Além do mais, os institutos jurídicos não são apresentados com referência aos problemas concretos que os geraram, mas como soluções definitivas em conformidade com as leis vigentes. Em vez de apresentar institutos jurídicos como formas de soluções de conflitos com raízes no processo das relações sociais, valoriza-se quase que exclusivamente uma abordagem sistemática e lógico-dedutiva, privilegiando-se o princípio da autoridade (a opinião dos “insignes mestres e doutores”).

Ao forjar uma mentalidade estritamente legalista em progressiva contradição com uma realidade crescente não-legalista, em cujo âmbito a “racionalidade” material cada vez mais se sobrepõe à “racionalidade formal”, esse tipo de “ciência” praticado em nossos cursos de direito reduz o saber normativo a um estereotipado “senso comum teórico”<sup>23</sup>. Isso implica uma saturação ideológica no conhecimento do direito, um fechamento na possibilidade de discussões epistemológicas, uma inércia reflexiva, a falta de interesse na reforma social, o conformismo dos satisfeitos, a ausência de crítica por

---

<sup>21</sup> SOUTO, Cláudio (1997:95).

<sup>22</sup> ADEODATO, João Maurício L. (1995: 28).

<sup>23</sup> Na lição de Warat (*apud* STRECK, 2000: 58), o sentido comum teórico dos juristas teria uma função normativa (atribuir significado aos textos legais), uma ideológica (homogeneizar valores sociais e jurídicos), uma retórica (proporcionar argumentos para efetivar a função ideológica) e outra política (reassegurar as relações de poder).

parte tantos de alunos quanto de professores e um impedimento para a mudança da própria problemática jurídica<sup>24</sup>.

Com o passar do tempo, portanto, a ausência de raciocínio crítico e problematizante termina por cristalizar e esclerosar um conhecimento jurídico setorializado em múltiplas áreas de especialização, impedindo por completo sua adaptação às novas situações sociais.

## **8. A DIALÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS e A DESDOGMATIZAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO PARA UMA DEMOCRATIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Nos anos 60, principalmente, nas sociedades centrais, o alargamento de novas conquistas sociais e a instituição de novos direitos (direitos dos consumidores), acarretaram um aumento de demanda para a efetivação e a proteção dessas lutas sociais. Concomitantemente, a crise financeira e de legitimidade progressiva do “Estado de Providência” nesses países industrializados tem como consequência a impossibilidade de atender não só orçamentariamente a demandas por novos direitos (alcançados), como também há uma impossibilidade de cumprir a prestação jurisdicional por parte do Poder Judiciário diante de um quadro tão complexo de pressões sociais. Nesse nível, a questão do acesso à Justiça reveste-se como um dos pontos mais importantes da agenda dessa cidadania fortalecida e ampliada nas denominadas sociedades de Estado de Providência<sup>25</sup>.

Na sociedade brasileira, pode-se afirmar, sem nenhum exagero, que a maioria da população – aquela que compõe os 70 por cento de pobres, indigentes e miseráveis – não tem os direitos individuais assegurados. Todos os direitos que lhes estão reconhecidos pela Constituição não têm uma tradução concreta no seu cotidiano. Para esses grupos, submetidos à tortura, aos esquadrões da morte, aos linchamentos, às execuções e seqüestros policiais, falar em *direitos individuais* é uma excentricidade, mas esse tipo de alternatividade não se poderá denominar *direito* numa perspectiva racional e moral. Um critério racional e objetivo é necessário para definir o direito e o direito alternativo

Mas, se sempre foi assim, é de justiça dizer que algo começa a mudar. E, paradoxalmente, essa transformação ocorreu nos últimos anos da transição mais longa que se conhece: os movimentos sociais na chamada “sociedade civil” alcançaram sua maior expressão na resistência à ditadura. O grande aprendizado talvez tenha sido a constatação de que a vigência de um regime tendencialmente democratizante não é condição automática para o alastramento e consolidação desses direitos sociais. Porque algo é fazer a defesa de direitos individuais e sociais de um pequeno grupo de oprimidos (politicamente) na ditadura; outra é promover a defesa desses direitos para a esmagadora maioria da população. Os direitos individuais somente podem prevalecer na medida direta em que forem reconhecidos como *direitos sociais* para todos os grupos marginalizados, mortificados e anulados na sociedade brasileira<sup>26</sup>. Daí que a questão de *cidadania* passa a

<sup>24</sup> BISOL, Jairo. *Op. cit.*, pp. 20-21.

<sup>25</sup> VIEIRA, José Ribas. “O Judiciário e a democratização adiada: alternativas”, in: ARRUDA JR. (org.), 1992: 121.

<sup>26</sup> PINHEIRO, Paulo Sérgio. “Dialética dos direitos humanos”, in: SOUSA JR.(org.), 1993: 79-81.

ser dada pela expansão dos direitos de cada segmento social e, em especial, daqueles esmagados pela racionalidade dos códigos<sup>27</sup>.

O Direito tem que ser dinâmico. Assim, a busca de uma democratização das formas institucionais de mediação apresentam-se como uma exigência necessária para fazer frente a uma pressão pela concretização de novos direitos. Dentro desse processo, os mecanismos de informalismo, oralidade e conciliação assumem, naturalmente, um contorno de possibilitar uma Justiça mais próxima, ágil e democrática, apta a atender a todos os segmentos sociais demandantes de suas conquistas.

## 9. O MOVIMENTO CRÍTICO NO BRASIL

Lutando pela desdogmatização do Direito, contra o positivismo normativista e o jusnaturalismo clássico, cresce, no Brasil, desde o fim dos anos 70, num contexto marcado pela combinação de fatores de ordem política (redemocratização do país), social (aparecimento dos chamados “novos movimentos sociais”) e econômica (miserabilização crescente das já depauperadas massas brasileiras), a chamada perspectiva *crítica*, que, nos círculos acadêmico-universitários ligados ao direito, aparece comprometida com o projeto de construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

No início dos anos 90, o movimento representa algo além de um simples modismo ou movimento marginal, ostentando uma continuidade e permanência, com produção bibliográfica relevante, além de diversos grupos – Ajuris; Grupo de Trabalho “Direito e Sociedade; o Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos, da UNB; Encontros Nacionais da “Nova Escola Jurídica” – que conferem ao movimento uma vitalidade aparentemente longe de se exaurir.

Essas críticas ao positivismo dogmático dominantes são agrupadas sob denominações diversas como *novo direito*, *teoria crítica do direito*, *zetética jurídica*, *direito alternativo*, *uso alternativo do direito*, entre outras. O que se quer dizer é que o movimento crítico não é um monobloco -- abriga, pelo menos, três tendências:

1) De um lado, o que se chama “crítica do direito *stricto sensu*”, de origem francesa, que apareceu e se difundiu no Brasil sobretudo através da obra *Introdução Crítica ao Direito*, de Michel Mialle, publicado na França em 1976 e que teve uma extraordinária divulgação entre nós através de sua edição portuguesa. Herdeira da análise materialista de Pashukanis e contemporânea do anti-humanismo teórico de Althusser, tal crítica adotava uma perspectiva escatológica, cujo limite era, no fim das contas, o fim do próprio direito.

2) O “uso alternativo do direito”, cuja aparição remonta aos anos 60, na Itália, através dos trabalhos de juristas como Pietro Barcellona e Giuseppe Cotturri, e tem ambições políticas e epistemológicas mais modestas. Seu objetivo é propor, diante da dominação e da conservação do Direito burguês-capitalista, a utilização do ordenamento jurídico vigente e de suas instituições, na direção de uma prática judicial emancipadora, voltada aos setores sociais ou às classes menos favorecidas<sup>28</sup>. Poderíamos ainda ressaltar, dentro dessa tendência, o que se chama “uso social do direito”: toda vez que uma norma jurídica não estiver de acordo com um postulado da ciência, obedeça à ciência, e não ao Direito.

<sup>27</sup> SCHIMDT, Margrit Dutra. “A questão da cidadania”, in: SOUSA JR. (org.), 1993: 74.

<sup>28</sup> WOLKMER, Antonio Carlos (1991: 76).

3) Entre essas duas vertentes, surge uma terceira tendência, que se vem afirmando, ao longo dos anos 80, como hegemônica no Brasil e mesmo na América Latina de um modo geral. Atualmente, é mais conhecida como “Direito Alternativo”, designação que, ao que tudo indica, remonta à proposta do jurista colombiano Antonio Muñoz Gómez<sup>29</sup>. Para ele, o “uso alternativo do direito” colocaria o juiz como protagonista da Justiça, enquanto que, no “direito alternativo”, o protagonista seria a própria comunidade.

O Prof. João Maurício Adeodato faz uma divisão das posições relativas aos procedimentos alternativos de solução de conflitos. Ele ressalta, em primeiro lugar, aqueles que simplesmente desconsideram tais procedimentos, definindo-os como juridicamente *irrelevantes*, meros usos sociais sem força jurídica, ou simples *ilícitos* diante do ordenamento jurídico estatal, cujas decisões *contra legem* precisam ser reformadas e banidas do ordenamento. A segunda posição é a que aceita a atuação do direito alternativo enquanto direito *praeter legem*, apenas para preencher lacunas ou inconsistências do ordenamento jurídico estatal. Admitem como legítimas certas decisões de associações de moradores, como forma de complementar o direito da comunidade, mas recusam o direito alternativo conflitante com o direito estatal. Ora, nesse caso, não caberia falar em um Direito Alternativo, pois os procedimentos usados estariam dentro do próprio direito positivo estatal, não indo além do que se prevê nele: a integração de lacunas não é direito alternativo. Numa terceira perspectiva, enfatiza-se o *uso diferenciado do direito estatal*, que se denomina *uso alternativo do direito*. Esse movimento consistiria, basicamente, em uma utilização crítica das normas jurídicas e dos órgãos do Estado, de um ponto de vista mais intra-sistemático do que externo. Recusa princípios basilares do positivismo dogmático, como a imparcialidade do juiz, a cientificidade da aplicação do direito, a neutralidade da lei. Afirma uma maior politização do direito oficial, mas não se afasta da esfera de atuação do Estado, procurando mais uma otimização do que uma desconformação ou negação. Haveria ainda uma quarta tendência, a qual parece vincular o conceito de direito alternativo a uma luta política e a uma opção preferencial pelas classes economicamente menos favorecidas, expressando “o atual nível da luta de classes no interior da instância jurídica”<sup>30</sup>.

A principal expressão de todo o pensamento crítico-intelectual no Brasil é Roberto Lyra Filho. Diz ele que, estando as posturas gnoseológicas do idealismo e do realismo superadas, deve ser recusada, por consequência, a tradicional redução distorcida e ideológica do Direito em jusnaturalismo e positivismo legalista. Esta transposição favorece o surgimento de uma concepção dialética da sociedade e do Direito, havendo a preocupação constante de encarar os fatos na sua totalidade, em função de conjunto<sup>31</sup>. A nova Filosofia Jurídica deve ser embasada numa Sociologia Jurídica crítica que revele o caráter instrumental do Direito, não só para o controle e a dominação, mas, sobretudo, para as mudanças sociais e para a libertação conscientizada. Assim, surge para Lyra Filho a necessidade de um *projeto alternativo*, sendo a tarefa primordial criar uma ciência jurídica sem dogmas, analítica e crítica ao mesmo tempo, baseada numa ontologia dialética do Direito e na análise da dialética social das normas, em ordenamentos plurais e conflitivos e sob o impulso da *praxis* libertadora<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> GÓMEZ, Jesús Antonio Muñoz (1988: 58).

<sup>30</sup> ADEODATO, João Maurício L. “Para uma conceituação do direito alternativo”, in: *Revista de direito alternativo*: 1992: pp. 162-163.

<sup>31</sup> LYRA FILHO, Roberto (1980a: 14).

<sup>32</sup> *Idem* (1980b: 42).

Seu principal seguidor tem sido o Prof. José Geraldo de Souza Jr. Sustenta ele um projeto de pesquisa que explora a ausência de qualquer legislação, pretendendo estabelecer a legitimidade jurídica dos movimentos populares, mais particularmente, da autotutela do direito de moradia. Defende, ao longo de sua obra, a clara opção por um “Direito novo”, em configuração alternativa, distinta do positivismo burguês e do legalismo socialista, mas fundamentado na concepção dialética de um humanismo realista<sup>33</sup>. Para ele, importa observar a descoberta de canais de expressão que viabilizem a participação dos indivíduos e grupos sociais no processo de elaboração do direito, a fim de que a necessária formalização não se oponha, antinomicamente, ao direito que nasce, ainda desprovido de forma, da base social, em fluxo constante e incessantemente renovado<sup>34</sup>. Para uma crítica da eficácia do Direito, ele retoma e dialética conceitos como anomia e *pluralidade de ordenamentos*, no sentido de fundamentar a proposta de um Direito novo que, em contexto alternativo, possa se prestar ao projeto de ampliação da capacidade popular de auto-exercitar a sua participação como agente determinante, ativo e soberano no encaminhamento de seus interesses e na direção de seu próprio destino. A construção de um direito novo começa no seio da sociedade que se quer negar, transformando-a numa processualidade que envolve vários campos de lutas institucionais. Poulantzas<sup>35</sup> enriqueceu Gramsci nesse aspecto, admitindo a luta dentro dos aparelhos do Estado.

## 10. DIREITO ALTERNATIVO E USO ALTERNATIVO DO DIREITO

Não se deve confundir o que se chama de direito alternativo com o que se convencionou chamar “uso alternativo” do Direito. O *uso alternativo* mantém a legalidade instituída, traduzindo, na teoria jurídica e na prática judicial, a proposta política da transição pacífica do autoritarismo para a democracia, da dominação estamental para novas formas de democracia, onde a participação popular seja mais efetiva e a representação da sociedade mais autêntica. Assim, consiste em usar as normas já postas de modo diferente, mais condizente com a realidade social, para garantir o exercício da cidadania. É um problema de Hermenêutica Jurídica: o uso das contradições das leis, da jurisprudência, dos costumes e das doutrinas assentes deve basear-se numa abordagem totalizante do direito, e, pois, dialética.

Esse entendimento reformista-revolucionário ajuda-nos a compreender o importante trabalho dos juízes “alternativos”, advogados que os provocam a prolatar sentenças “alternativas” e promotores de justiça, mas também suscita a questão, junto aos movimentos sociais, de repensar o direito, pondo a legitimidade de suas mais justas pugnas expressivas de juridicidade ao lado da reflexão sobre a institucionalização da democracia, quando a questão da positividade de leis no estado deve ser vista tanto no aspecto concreto do choque frontal, quando da negação dessa juridicidade, ou quando da não efetividade de normas consideradas conquistas de toda a classe trabalhadora, a começar pela defesa da ordem institucional, do estado de direito, dos direitos humanos e outras verdadeiras instituições quase supraconstitucionalmente aceitas.

O movimento comporta, basicamente, duas frentes de luta, complementares entre si: as lutas desenvolvidas a nível do *instituído* e as que se apresentam como *instituintes*. Ao conjunto formado por essas frentes, Amílton B. de Carvalho denomina

---

<sup>33</sup> SOUSA JR., José Geraldo de (1982: 7-13).

<sup>34</sup> SOUSA JR., José Geraldo de (1984: 25).

<sup>35</sup> POULANTZAS, Nicos (1979: 120 e ss.).

“Direito Alternativo *Lato Sensu*”. Já Edmundo Lima de Arruda Jr.<sup>36</sup> prefere chamá-las de “Usos do Direito”. Segundo ele, tal expressão deve englobar três níveis de juridicidade e de lutas: o **Instituído Sonogado** (direitos consagrados a todos na ordem jurídica, mas sonogados pela falta de mecanismos estatais que os garanta – o intérprete não sai do ordenamento, não se falando em um Direito Alternativo); o **Instituído Relido** (faz-se uma releitura das normas, interpretando-as de maneira diferenciada, para que se adaptem de maneira mais condizente à realidade social: é o chamado “uso alternativo do direito”); e o **Instituinte Negado**: (plano do pluralismo jurídico, dos movimentos à margem do direito estatal, aos quais é negada a oportunidade de instituição. Trata-se do lugar não “exclusivo” dos operadores jurídicos, mas no qual os profissionais do direito e os pesquisadores do direito alternativo têm importante papel a desempenhar, buscando a inserção dos movimentos sociais na construção da cidadania). O Prof. Luciano Oliveira entende que apenas neste nível podemos falar em “direito alternativo”, pois os demais direitos subjetivos são amparados por lei. Um exemplo de Instituinte Negado seria o direito à moradia, pois a Constituição não o declara protegido expressamente, prevalecendo o direito à propriedade (cf. MAIA, Alexandre da, 2000: 71-3).

## 11. POSSIBILIDADE E PROBLEMATICIDADE DE UM DIREITO ALTERNATIVO

Há algumas características básicas que nos permitem separar a perspectiva dogmática sobre o Direito de perspectivas não dogmáticas. Tais perspectivas críticas não são grande novidade, embora cada discussão traga algo de novo ao velho problema. Essas novas óticas têm estado lá, marginais, mas sempre presentes, contestando ou simplesmente questionando as óticas “oficiais” dominantes. O postulado principal é o seguinte: existe um Direito que não cabe na teoria ensinada até hoje nas Faculdades de Direito brasileiras, ressalvadas as honrosas exceções, nem cabe na prática jurídica oficial do Estado. Não se nega o Direito estatal dogmático, mas se verifica a existência de outras instâncias de decisão de conflitos que independem, em larga margem, do Estado. E isso ocorre no Brasil de hoje. Conforme o Prof. Adeodato<sup>37</sup>, para entender essas perspectivas dogmáticas, precisamos começar de uma *definição negativa*, da verificação de que há formas de Direito, paralelas ao Estado, que se oferecem como alternativa diante do Direito dogmático – o Direito estatal contemporâneo por excelência, representado pela lei, jurisprudência, contratos etc. –, aproveitando-se de uma impotência e incompetência no trato dos conflitos.

Entender dogmática e crítica como correntes ideológicas e, mais ainda, adversárias, é tolice. No Brasil, o problema mistura-se com política, como se fosse possível a equiparação de “dogmáticos” a “conservadores” e de “não-dogmáticos” a “alternativos”. Todos sabemos que, a rigor, não temos uma dogmática jurídica como sistema autônomo, auto-determinado, autopoiético. Em nosso sistema jurídico, específico e altamente complexo (allopoiético, na expressão do Prof. Marcelo Neves<sup>38</sup>), o Direito não é apenas influenciado pelos demais subsistemas sociais (econômico, afetivo, de boas relações, etc.) como até depende deles para funcionar. Nos sistemas subdesenvolvidos, caracterizados, entre outros fatores, pela ineficiência do Estado, o problema é crucial, refletindo-se não apenas na distribuição da justiça pelo Estado, mas na própria legitimação do sistema.

<sup>36</sup> ARRUDA JR., E. L. de. “Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares”, in: ARRUDA JR. (org.), 1992: 174-5.

<sup>37</sup> ADEODATO, João Maurício L. (1995: 30 e ss.).

<sup>38</sup> NEVES, Marcelo (1993: 315-8).

Tal pluralismo ocorre em várias frentes, completando o Direito estatal ou mesmo contrariando-o. Há, certamente, um complexo de normas jurídicas no território brasileiro, que não estão inteiramente submetidas ao Estado e ao Governo, seja no conteúdo de suas regras, seja no poder que lhes dá sustentação. Este gênero que chamamos de direito extra-dogmático pode ser separado em duas espécies: uma processada à margem dos órgãos estatais, como nas favelas brasileiras, formas estudadas por Boaventura de Sousa Santos, Joaquim de Arruda Falcão e muitos outros; outra vinculada ao funcionamento do Estado, mas independente (em maior ou menor grau) das regras do Direito dogmático oficial (procedimentos legais, inseridos formalmente no sistema, e procedimentos de aplicação e funcionamento de regras, inseridos pela prática do sistema, mas que contrariam seus pressupostos fundamentais, prejudicando tanto a eficiência quanto a aceitação social do Direito estatal).

As disfunções ou estratégias extra-legais presentes no direito da periferia do capitalismo (que se configura independente desta ou daquela moral) podem agir justamente como impulsionadoras da máquina decisória, auxiliando na decisão de conflitos. Essas estratégias de legitimação, que combinam aspectos jurídicos e não jurídicos em um sistema allopoiético, podem tanto auxiliar os órgãos estatais quanto atuar contra eles. O Prof. João Maurício cita alguns exemplos dessas práticas: a corrupção, o jeitinho, o paternalismo, o poder militar politizado, o clientelismo, as formas de procrastinação do feito, a ineficácia da lei, a ficção da hierarquia no sistema jurídico oficial<sup>39</sup>.

Determinadas práticas, como os julgamentos populares realizados no interior de comunidades brutalizadas pela miséria (tome-se a hipótese do linchamento), não podem ser caracterizadas como Direito, já que a violência e outras práticas sociais repugnadas não se concatenam com um senso de justiça e com a racionalidade. Por seu engajamento na construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, militando em favor dos direitos humanos, nenhum dos autores ligados à perspectiva do “direito alternativo” compartilha o sentimento hoje em dia tão presente no imaginário popular brasileiro, a favor dos esquadrões da morte, dos “justiceiros”, das execuções sumárias.

## **12. DIFICULDADES DE UMA TEORIA DO DIREITO ALTERNATIVO**

Não é fácil a tarefa de politizar as estruturas político-jurídicas vigentes, e aprofundar teoricamente, na teoria geral do direito e na técnica jurídica, os rumos articulados de uma alternativa de luta política e jurídica que, integrando o jurista enquanto profissional e o jurista enquanto cidadão, permitam definir claramente a especificidade da instância jurídica nas sociedades periféricas, como é o caso do Brasil, dentro de um projeto de construção da democracia. Muitas são as dificuldades: teórico-científicas (as busca de uma definição substantiva do direito como objeto social, que não se reduza a uma fórmula em que possam caber conteúdos díspares, e que possa servir de base a um conhecimento geral empiricamente comprovável); institucionais (nas universidades, os teóricos ligados à reflexão epistemológica sobre o direito encontram-se muito marcados pelos “neopositivismos” e outras tendências analíticas de conteúdo conservador, incompatíveis com uma pós-modernidade científica), políticas (dentre as quais o desafio de aglutinar forças políticas partidárias distintas), paradigmáticas (chega-se ao ponto de prever que a “invenção democrática” estaria em jogo no projeto do direito alternativo). “Mas a crítica

---

<sup>39</sup> ADEODATO, João Maurício L. “Para uma conceituação do direito alternativo”, in: ARRUDA JR. (org.), 1992: 164 e ss.

ao direito alternativo tem sido salutar. Vinda dos conservadores com a virulência crescente a la Celso Bastos nos encoraja, pois sabemos trilhar o bom caminho. Vinda da esquerda, indica a possibilidade de estabelecermos pautas internas de discussão, nas lideranças, para rearticulação de linhas de pesquisa entre aqueles que orientam teses de mestrado e doutorado; para mediação entre os interesses das corporações sócio-profissionais; para encurtar o caminho entre dinâmica política e dinâmica teórica, partindo-se do pressuposto de que é na teoria que reside o passo inicial, posto que ela já pressupõe opção política, jamais neutralidade, possibilitando a redefinição de práticas sociais construtoras de juridicidade, no Estado, fora dele, articulando os níveis do instituído e do instituinte”<sup>40</sup>.

Outro grande problema parece ser a falta de crítica intra-dogmática. Há real confusão entre dogmática e dogmatismo<sup>41</sup>. Execrando este, abomina-se qualquer lado positivo da positividade jurídica, que, nos estados modernos, tem na racionalidade jurídica um dado comprobatório da irreversibilidade da modernidade, ainda não esgotada. Durante a ditadura, a crítica zetética prestava um grande favor à democracia, denunciando o caráter ideológico do direito vigente. Hoje, já se sabe que o direito não se restringe nem se esgota na ideologia dominante. O direito não é exterior aos atores sociais ocupados com a institucionalização de sua juridicidade.

Dever-se-ia dar maior ênfase à dogmática, colocando-a sob a crítica do direito comparado, que tem muito a ensinar à periferia da ordem capitalista, até porque as sociais democracia resultam não só do capitalismo, mas também de amplas lutas dos trabalhadores (no Brasil, 70% deles encontram-se na faixa de até 3 salários mínimos), cuja juridicidade está, no mais das vezes, fora do Estado, mas também existem positivamente da juridicidade cevada e engendrada nos movimentos sociais já reconhecidos nas leis do estado. Mesmo admitindo ser necessária a incessante crítica à legalidade estatal no que ela apresentava de arcaico, de tradicional, de conservador do *status quo* anti-democrático, é necessário, até como condição de construção de outros paradigmas, o prévio conhecimento da dogmática, por área. O despreparo na técnica tem sido um dos problemas nos movimentos sociais, com assessorias deficientes. “O Direito é, antes de mais nada, positividade sob critérios formais, e Kelsen, se peca pelo caráter conservador, politicamente considerado, está correto ao enfatizar o caráter essencialmente normativo e estatal do fenômeno jurídico”<sup>42</sup>.

As inúmeras pesquisas dos alternativos no Brasil ainda estão voltadas para uma sociologia jurídica bastante externa ao direito. Não há trabalhos com aprofundamento teórico-alternativo ou técnico-alternativo em áreas como direito comercial, direito do trabalho, direito civil ou direito tributário.

Vemos também que o discurso crítico comete o equívoco de não diferenciar as demandas sócio-econômicas não atendidas pelo direito positivo – daí as críticas ao positivismo dos juristas – dos direitos civis e políticos teoricamente protegidos por esse mesmo direito (ainda que, na prática, sabidamente desrespeitados quando se trata de fazê-los efetivos em relação às classes populares). Essas duas situações estão longe de ser idênticas, pois, em relação às demandas sócio-econômicas, trata-se de criar novos direitos, enquanto que, em relação aos direitos civis e políticos, trata-se, ao contrário, de fazê-los respeitar. Nesse caso, não é possível negligenciar o aspecto formal que o respeito desses direitos implica. Não fazendo essa diferenciação, parecem assentar nas experiências dos

<sup>40</sup> ARRUDA JR., E. L. de (1992: 7-9).

<sup>41</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. “Direito alternativo e saber jurídico”, in: ARRUDA JR. (org.), 1992: 9 e ss.

<sup>42</sup> ARRUDA JR., E. L. de (1992: 176-7).

grupos populares a fonte dos novos direitos civis e políticos. Assim, podem estar, de fato, dando cobertura teórica à injustiça, o que ocorre quando formas populares de criatividade legal envolvem já não direitos sócio-econômicos (dos quais o de morar seria um dos mais legítimos e sagrados), mas práticas ilegais que ofendem os chamados direitos e garantias individuais. Tais condutas não merecem respeito e certeza frente à sociedade, pois nada que afeta direitos sociais será considerado direito.

Sabemos que a cultura jurídica burguesa está ruindo e conhecemos a necessidade de posituação jurídica do direito dos trabalhadores, sentindo a necessidade de articular forças entre os operadores jurídicos e destes com os movimentos sociais, o que se trata de um longo processo.

### 13. CONCLUSÃO

É incontestável a importância de uma teoria do direito alternativo, no bojo de um pensamento crítico do direito: um repensar do direito em função da realidade social.

A dialética social do direito nos apresenta a outra parte do fenômeno jurídico, isto é, a gestação do direito nas próprias relações infra-estruturais, como conteúdo por vezes contraditórios, que podem ou não vir a ser cristalizados como normas do arcabouço jurídico estatal.

Cabe salientar que o uso alternativo do direito (que é apenas parte do fenômeno de produção do direito) é atividade que sempre existiu no âmbito jurídico, praticada por aqueles operadores, principalmente juizes, que visam a interpretar a lei além do seu sentido literal, adaptando-a aos casos que se revelam na prática. Sendo assim, ao prolatar uma sentença *contra legem*, o juiz está, na maioria das vezes, sendo equitativo; equidade é uma noção que já vem dos romanos – justiça do caso concreto), não saindo, pois, do ordenamento positivo, apenas aplicando leis de forma mais justa (a resistência às leis injustas deve começar pelos juizes). Além disso, a ordem jurídica prevê, dentro da sua doutrina positiva, a habilitação de normas ao ordenamento, apesar de conflitantes com ele.

O que importa salientar é que, além do uso alternativo do direito estatal, em que o advogado militante dos movimentos populares pode instrumentalizar as lutas sociais, aproveitando-se das lacunas e das contradições deste mesmo direito, é preciso reconhecer, tanto científica quanto politicamente, os direitos humanos dos oprimidos como Direito, como uma referência à legitimidade das normas positivadas e, mais do que isto, como o verdadeiro *direito justo*, que deve ser o legítimo regente das relações sociais. Neste aspecto, situa-se o direito alternativo (cuja discussão se ressent de maior concreção, à medida que o debate continua eminentemente acadêmico), enfatizando fenômenos que sempre se verificaram na prática, como as decisões *contra legem*, mas que tem a pretensão de ser um direito co-existente ao estatal, principalmente naquelas esferas marginalizadas pelo Estado. Além disso, o movimento ressalta as disfunções do direito estatal nas sociedades capitalistas periféricas, evidenciando-se estratégias extra-legais como alternativas às decisões de conflitos.

O grande obstáculo na real afirmação do Direito Alternativo, essa espécie desviante do *status quo* normativo estatal, é encontrado não apenas pelos seus teóricos, mas pelos teóricos do direito em geral, juristas e sociólogos. Consiste na falta de uma definição substancial do direito como fenômeno social (as tentativas existentes, de há muito, não passam de definições técnico-formais, servindo para albergar conteúdos o mais

diferentes e contraditórios), para se possa, assim, definir aquela espécie de direito que se opõe ao círculo fechado da legislação do Estado (porque o Estado é apenas um grupo do poder oficial), em que se aprisiona a realidade social e que demanda, por isso, uma interpretação mais abrangente que a estatista. Isso não significa abandonar critérios de racionalidade e de moralidade, senão não se poderá chamar *direito*. A simples alternativa ao direito estatal, motivada tão-só pela afirmação de um sentimento de justiça ou de agradabilidade predominante em um grupo social determinado, pode conduzir a soluções não-científicas e imorais. Por isso, faz-se mister a presença da nota de racionalidade, a fim de se chegar a um *direito* alternativo, cientificamente falando.

Se é impossível purificar o direito de aspectos ideológicos, mormente em países de terceiro mundo, devem os cientistas estar voltados a reduzir ao máximo tais condicionamentos, a fim de alcançar-se uma maior objetividade, testável pela observação controlada da realidade descrita pelo direito. A ciência do direito alternativo, assim, há de ser mais objetiva que ideológica, para melhor servir às ideologias de benefício geral, como ressalta Cláudio Souto (1997: 117). E uma prática jurídica alternativa, que favoreça o equilíbrio dos sistemas sociais, exerce papel fundamental na construção e afirmação desta racionalidade científica.

#### 14. BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício L. (1995). “Filosofia do direito e dogmática jurídica”, *in: Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*. Vol. 2, n.º 2, Recife: IAP.
- ARRUDA JR. Edmundo Lima de (org.) (1992). *Lições de direito alternativo 2*. São Paulo: Acadêmica.
- CARVALHO, Amílton Bueno de (org.) (1992). *Revista de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica.
- CHAUI, Marilena (1981). *Cultura e democracia; o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Moderna.
- GÓMEZ, Jesús Antonio Muñoz (1988). “Reflexiones sobre el uso alternativo del derecho”, *in: El Otro Derecho*. Bogotá: ILSA/TEMIS, n.º 1.
- GRAU, Eros Roberto (1998). *O direito posto e o direito pressuposto*. 2.ª ed., São Paulo: Malheiros.
- LYRA FILHO, Roberto (1980a). *O direito que se ensina errado*. Brasília: Nair.
- \_\_\_\_\_ (1980b). *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris.
- MAIA, Alexandre da (2000). *Ontologia jurídica: o problema de sua fixação teórica com relação ao garantismo jurídico*. Porto Alegre: Livraria do advogado.
- NEVES, Marcelo (1993): “Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina”, *in: Anuário do Mestrado em Direito*, n.º 6, Recife: Universitária (UFPE), pp. 313-357.
- POULANTZAS, Nicos. *Poder, Estado e Socialismo*. São Paulo: Graal, 1979.
- SALDANHA, Nelson (1977). *Legalismo e Ciência do Direito*, São Paulo: Atlas.

- \_\_\_\_\_ (1987). “A propósito de crítica da dogmática; anotação a um texto de Cossio”, in: *Teoria do direito e crítica histórica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- \_\_\_\_\_ (1990). “Direito natural e jusnaturalismo no pensamento jurídico contemporâneo”, in: *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*. Recife: IAP, 1990.
- SANTOS, Boaventura de Souza (1988). *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Sérgio Fabris.
- SCHIAVONE, Aldo. *Storiografia e Critica del Diritto. Per una “Archeologia” del Diritto Privato*, Bari: De Donato, 1980.
- SOUSA JR., José Geraldo de (1982). “Fundamentação teórica do direito de moradia”, in: *Revista Direito & Avesso*. Brasília: Nair, n.º 2, dez.
- \_\_\_\_\_ (1984). *Para uma crítica da eficácia do direito*, Porto Alegre: Sérgio Fabris.
- SOUSA JR., José Geraldo de (org.) (1993). *Introdução crítica ao direito* (Série “O direito achado na rua”). Vol. 1, Brasília: UnB.
- SOUTO, Cláudio (1997). *Tempo do direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- STRECK, Lenio Luiz (2000). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2.ª ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- WARAT, Luís Alberto (1993). *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Rio Grande do Sul: Síntese.
- WOLKMER, Antonio Carlos (1991). *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica.