

O DIREITO ALTERNATIVO NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO

Débora Ferrazzo¹

Francisco Carlos Duarte²

Fecha de publicación: 01/01/2015

*[...] acreditamos ser fundamental
aos operadores jurídicos
comprometidos com a abolição da
sociedade de classes o não
abandono do referencial marxista
[...] Alguns contemplam o mundo.
Outros tentam transformá-lo*

Arruda Jr., 1993, p.92-93

SUMÁRIO: Introdução. **1.** Direito alternativo: história e formas de expressão. **2.** América latina e os limites do direito alternativo dentro do Positivismo jurídico. Considerações finais. Referências.

¹ Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB) em 2011. Mestranda em Teoria, Filosofia e História do Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Integrante do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE/UFSC).
E-mail: chevivesiempre@gmail.com

² Mestre e doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-doutor pela Università degli Studi di Lecce (Itália) e pela Universidad de Granada (Espanha). Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador do Estado do Paraná e advogado.
E-mail: franciscoduarte@hotmail.com

RESUMO:

O direito alternativo foi um movimento de transformação na ordem jurídica brasileira, aproximando-a das necessidades do povo. A partir deste movimento, surgiram novas formas de inclusão dos direitos populares na pauta do judiciário e de outras instâncias do Estado Brasileiro. Entretanto, os problemas enfrentados pelas diversas comunidades latino americanas derivam de uma raiz mais profunda: o próprio sistema capitalista. A consciência destes limites norteará a reflexão sobre as conquistas e limites do Movimento do Direito Alternativo.

PALAVRAS-CHAVE: direito alternativo; América Latina; sociedade de classes.

INTRODUÇÃO

Há cerca de vinte anos, um movimento italiano denominado Direito Alternativo passou a se manifestar também no Brasil: alguns magistrados vanguardistas, assumiram um compromisso com comunidades excluídas ou oprimidas, contrariando os interesses da classe burguesa. No Brasil magistrados e juristas em geral assumiram tal compromisso em alto e bom tom, para que toda a sociedade pudesse ouvir.

A partir do instrumental oferecido pelo Movimento do Direito Alternativo (MDA), as lutas populares tiveram grande avanço na conquista de direitos e até hoje, decorridos mais de vinte anos de seu início no Brasil, repercute nos tribunais e nos estudos jurídicos desenvolvidos nas Universidades os pressupostos e as realizações do MDA. Todavia, as sociedades ocidentais e, em especial, as latino americanas, que são periféricas e de capitalismo dependente, apresentam grandes dificuldades para a concretização de direitos, pois, a oposição de interesses burgueses aos interesses populares em geral, produz condições de vulnerabilidade social, através da concentração de riquezas.

Diante destas circunstâncias, este trabalho se dispõe a analisar o MDA, buscando a compreensão, não somente de seus limites, mas também da importância de suas intervenções e seus reflexos nas práticas jurídicas brasileiras.

Como o marco teórico deste texto parte do reconhecimento da oposição dos interesses de classes, o método de abordagem será o dialético, contrapondo, nos temas analisados, as perspectivas decorrentes deste pressuposto. Assim, como método de procedimento, será adotado o método

funcionalista. Com isto, o impacto do MDA sobre a realidade jurídica latino americana será interpretado desde o ponto de vista das classes populares, e a função das estruturas sociais será interpretada a partir função do Estado e do sistema jurídico nas sociedades de econômica capitalista. A técnica de pesquisa adotada é a consulta à documentação indireta, constituída esta em referências bibliográficas relacionadas ao assunto.

Desta forma, a primeira parte deste trabalho fará um breve resgate da origem do MDA, apresentando as definições de suas nuances teóricas, sistematizadas a partir de Amilton Bueno de Carvalho, para na segunda parte discutir os limites das lutas populares desenvolvidas desde dentro do sistema positivo nas sociedades capitalistas.

Espera-se ao fim, alcançar um balanço sobre as contribuições apresentadas pelo MDA, especialmente no sentido da formulação e embasamento de uma teoria crítica sobre o sistema positivo de justiça, e os limites deste movimento diante das necessidades dos povos latino americanos.

1 DIREITO ALTERNATIVO: HISTÓRIA E FORMAS DE EXPRESSÃO

Em meados do século XX, surge um novo debate no campo jurídico criando polêmica acerca dos postulados do positivismo clássico, expresso nas teorias de Kelsen ou ilustrado no pensamento de Hart, autor do qual Ronald Dworkin parte para formular sua crítica e teoria. Para Dworkin (2002, p. 23 e ss.), o arcabouço jurídico vinha fundado em um conjunto de regras que ensejavam um sistema coercitivo, todavia, o próprio sentido das regras, ou obrigações jurídicas, era, muitas vezes, de difícil precisão. Além disto, diagnosticava o autor que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39). A simplicidade de tais formulações deixava, na tese do autor, uma lacuna importante no sistema jurídico, justamente onde se instauravam conflitos jurídicos mais complexos, que perpassavam diversos temas e contrapunham interesses não passíveis de subsunção às regras jurídicas:

Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar estes casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar nenhum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação,

talvez graças a sua simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas (DWORKIN, 2002, p. 71-72).

Com esta percepção, o autor constrói então, uma teoria sobre os princípios e as regras, sobre sua vigência, eficácia e relação com outros dispositivos jurídicos. Em breve síntese, é dizer que os princípios teriam caráter mais elástico e flexível, para atender às necessidades destes casos complexos, todavia, teriam também maior importância no ordenamento, pois incidiriam sobre matérias mais relevantes. Ante sua relevância, os princípios poderiam ser parcialmente aplicados ou “ceder” lugar a outras regras, ou mesmo a outros princípios, sem perder sua validade. Diferentemente das regras que, cedendo lugar a outras, poderiam perder seu sentido.

E assim, diferenciando regras e princípios, o autor contribui para a abertura de um caminho novo para o direito, onde a atividade hermenêutica ganha força por meio da legitimidade científica. A existência da ação do intérprete deixa de ser negada e ganha uma base de legitimidade a partir do próprio direito. O direito ganha maior mobilidade, mas deve observar o “método legítimo” de aplicação das normas.

O espaço de elasticidade criado pelos princípios e pelo fortalecimento da atividade hermenêutica manteve a zona de atuação do conservadorismo jurídico, do ponto de vista da sociedade de classes, embora com algumas perdas, que seriam as conquistas populares. Mas esta nova configuração também permitiu o surgimento de um movimento que representou, e ainda representa, um importante espaço de resistência dentro do direito positivo. Trata-se do Movimento Direito Alternativo (MDA), que, no Brasil, assumiu grande importância no final dos anos oitenta.

O direito alternativo, mais ligado ao jusnaturalismo e ao direito livre, em franca oposição ao positivismo exegético, surgiu na Itália, na década de 70 (PASSOS, 2001). Cientes de que o positivismo clássico não acompanhava as modificações sociais, bem como não era eficaz em responder às necessidades das classes populares, o direito alternativo nasce e se fortalece pelo compromisso com os pobres. Com esta motivação, juristas brasileiros, especialmente gaúchos, iniciaram debate acerca de “outro” direito, mais humano e desvinculado dos interesses burgueses e do poder.

Como historicamente, o direito era uma zona menos conflituosa burguesia, o direito alternativo passou a consistir um verdadeiro “campo de

batalha”, como diz Carvalho (1998) e também um espaço de resistência.

Então, ainda que circunscrito nos limites da legalidade, mais ou menos vinculado a esta, a maior contribuição do direito alternativo é que este rompe com o dogmatismo, propiciando uma nova forma de manifestação dentro do arcabouço jurídico.

Não há dúvida sobre a contribuição do MDA para a cultura jurídica no Brasil e no exterior [...] A agitação do MDA colaborou para explicitar essa relação entre a crise na cultura tradicional do direito e a necessidade de renovação informada de outros discursos (ARRUDA JR. 2007, p. 39).

Por outro lado, os principais limites desta contribuição aparecem quando o direito alternativo é utilizado nos espaços institucionais, considerando Estado e o próprio Direito Positivo como instrumentos de manutenção de interesses burgueses. Nos dizeres de Marx: “O executivo no Estado moderno não é senão um comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa” (MARX e ENGELS, 1998, p. 42) ou ainda “governo é o órgão da sociedade para a manutenção da ordem social; detrás dele vêm as diferentes classes de propriedade privada, com suas respectivas pretensões, pois as diferentes classes de propriedade privada são as bases da sociedade” (MARX, 2000, p. 15).

Desta forma, sendo os espaços institucionais da sociedade subordinados aos interesses burgueses, toda a lógica sobre a qual se estruturam tais instituições favorece à sonegação material das conquistas formalmente celebradas. Ainda assim, neste espaço e com estes limites, o direito alternativo se insurge, propondo uma nova leitura e uma nova aplicação das normas. Sobre o direito alternativo e seu horizonte político:

Ele se caracteriza (e assim procuro defini-lo) pela busca (desesperada e urgente) de um instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática. Uma atividade comprometida com a utópica vida digna para todos, com abertura de espaços visando à emancipação do cidadão, tornando o direito em instrumento de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação. O direito enquanto concretização da liberdade. (CARVALHO, 1998, p. 50. Grifo no original)

Esta mesma perspectiva, e a mesma busca, motivaram advogados, promotores, assessores e juízes do Brasil todo, que inicialmente, atuavam de maneira esparsa, mas que acabaram se organizando como se vê:

Embora já crescendo no Brasil um grupo juristas críticos restava ainda a necessidade de um fato aglutinador, o que foi propiciado pelos eventos que culminaram com o surgimento do movimento do Direito Alternativo (DA). Amilton Bueno de Carvalho, retomando a história do movimento lembra que o início do engajamento de juízes – que acabaram por ser os pioneiros - deu-se em meio à discussão pré-constituente de 1985 quando a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul promoveu encontros para fazer sugestões à Constituição em projeto de elaboração e durante os debates um deles se declara publicamente socialista provocando perplexidade, para os que por força ideológica não poderiam admitir um posicionamento político de um juiz, e alívio para outros que descobriam não serem sós nem tampouco exóticos por se identificarem com as lutas populares e, em todo país iam surgindo declarações de juízes com o desejo de reconstrução democrática comprometida com a inclusão das vítimas da história. A partir de então formou-se um grupo de estudos para repensar o direito a partir do desejo de um novo modelo de sociedade. (LIXA, 2008)

Carvalho (1998, p. 12), em crítica à atividade acrítica dos juristas que as escolas vêm formando, destaca: “sacrificamos o princípio (que tudo informa) em benefício da norma (que deve concretar àquele) em nome do discurso hipócrita da segurança (que, levantado o véu, esconde o medo e a impossibilidade de enxergar um palmo diante do nariz)” Note-se com este posicionamento – que é uma importante orientação para as diversas correntes do direito alternativo – que de fato, a introdução dos princípios enquanto categoria normativa dentro do positivismo guarda fundamental importância para atuação crítica e criativa dentro do ordenamento jurídico.

Com relação às diferenças que marcaram posicionamentos dentro do MDA, pode-se falar em “correntes do direito alternativo”, o qual, não sendo uniforme, acabou comportando dentro de si algumas variações, ora sutis, ora mais profundas. Estas “correntes”, que serão melhor analisadas adiante, podem ser definidas como: positivismo de combate, uso alternativo do direito e direito alternativo, propriamente dito.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 forneceu abundante aporte técnico do movimento. Em resposta à violência enfrentada nos anos de chumbo da ditadura militar, acolheu uma série de garantias e direitos, inclusive em favor das classes mais oprimidas e estas garantias acabaram por legitimar a hermenêutica alternativa ao conservadorismo. Neste sentido, uma das principais garantias constitucionais, do ponto de vista dos direitos das comunidades de exclusão do sistema sócio econômico e

político, está prevista no artigo 134, a Defensoria Pública, através da qual o acesso integral e gratuito à justiça (art. 5º, LXXIV) é efetivado. Estes defensores constituem um importante grupo de atuação em defesa dos movimentos populares dentro do sistema judicial e extrajudicial, visto que não somente acompanham os processos destes movimentos, como também prestam orientações e assessoria extraprocessual, constituindo ao mesmo tempo local e instrumento de luta por efetivação dos direitos dos empobrecidos.

A fim de compreender as possibilidades e limites da luta iniciada pelo MDA, cabe uma análise mais aprofundada sobre suas diferentes abordagens, adotando a tipologia proposta por Amilton Bueno de Carvalho (1998), sendo que, é através das iniciativas do Direito Alternativo que os direitos das comunidades excluídas encontram sua máxima elevação dentro do ordenamento positivo.

1.1 POSITIVIDADE COMBATIVA

Uma forma de atuação do direito alternativo se dá no campo daquilo que é garantido formalmente, ou seja, pela lei, mas negado na aplicação prática desta. É o instituído sonogado, onde o garantismo jurídico sustenta o posicionamento dos intérpretes. Há discussão acerca da definição desta corrente como direito alternativo, pois na verdade ela não parte de um direito alternativo, mas sim, de um uso alternativo do direito vigente.

O primeiro momento do Direito Alternativo chama-se *positivismo de combate* ou *instituído sonogado*. É uma luta dentro do Direito já posto, que procura dar uma eficácia concreta aos direitos individuais e sociais já constantes nos textos e contextos legais. Está inserido mais na visão européia.

É uma luta que visa a colocar em prática os direitos individuais dos mais necessitados, já existentes formalmente. "A matéria- prima de seu labor é o Direito dogmático sonogado a que se pretende atribuir eficácia e não mera vigência." (PEIXOTO, 2000. Grifo no original)

Acerca da denominação "positivismo de combate", Carvalho (1998, p. 56-59) informa tratar-se da primeira classificação utilizada, mas que afetada pelo debate teórico acabou sendo revista, dando lugar à denominação "Positividade Combativa", conforme informa o autor. É que dentro do positivismo, não há espaço para a criatividade do operador: o positivismo se funda nos alicerces da neutralidade, da imparcialidade, entre outros, incompatíveis com a abordagem proposta por esta corrente, onde o operador precisa ser combativo para efetivar as normas jurídicas que

amparam direitos daqueles que não detém o poder e neste contexto, utilizar a lei de forma diferente da hermenêutica conservadora.

Sob a perspectiva do garantismo jurídico, um autor que pode ilustrar bem o processo hermenêutico desta corrente, é Luís Roberto Barroso. Com sua “hermenêutica e aplicação da constituição” e outros escritos, demonstra como o processo hermenêutico pode ser voltado para a inclusão dos direitos marginalizados. Se a hermenêutica tradicional é rígida com as leituras mais progressistas, Barroso (2010) destaca que dentre as peculiaridades das normas constitucionais destaca-se a natureza aberta na linguagem constitucional, através das cláusulas gerais, que ensejam interpretações múltiplas. Então, é neste espaço que o uso do alternativo do direito se faz possível e é neste espaço também que a tese garantista dos direitos fundamentais é desenvolvida, através da evidenciação de certos princípios constitucionais.

Estas circunstâncias são um problema, pois constituem uma “zona cinzenta” no ordenamento, onde não é possível estabelecer o mínimo de segurança, mas é também uma zona controversa, donde surgem entendimentos interessantes do ponto de vista do direito alternativo. É o espaço mais propício para as inovações jurídicas, pois quando os problemas não podem ser resolvidos pelo simples enquadramento dos casos nas regras jurídicas, exige-se a atuação criativa do intérprete. Reconhece-se, neste contexto, que ao jurista é impossível ser neutro ou objetivo. Se tiver consciência destas limitações “Sua atuação não consistirá na **manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas** na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.” (BARROSO, 2001, p.6. Sem grifo no original).

A provocação proposta pelos intérpretes críticos conduz alguns magistrados a novos entendimentos e inclusive, posturas mais ativas na sociedade, posicionando-se em prol das instituições democráticas, tanto inibindo as práticas imorais ou ilícitas, quanto determinando as condutas necessárias para efetivação dos direitos. Muitas vezes, quando o Executivo ou Legislativo não cumprem seu papel, é o judiciário que sai na defesa dos direitos democráticos:

A entrada no século XXI, embora não triunfal, nas terras brasileiras foi feita sob a égide da democracia aliada a esperança – nunca perdida – de reafirmação de cidadania. É neste contexto que o sistema judiciário internamente assumiu o papel inédito de assegurar não apenas o conjunto de direitos fundamentais duramente conquistados, mas o de também manter a estabilidade

política numa historicamente frágil ordem democrática. [...] Ao bem da verdade, o judiciário não foi alvo de atenção nem das elites nem das forças progressistas, talvez porque nunca representou obstáculo para aquelas, tampouco fonte de justiça social para estas, mas acabou em finais do século XX assumindo um papel político do qual não pode mais renunciar (LIXA, 2008).

Em suma, a positividade combativa se configura numa postura pautada estritamente nos limites da lei, utiliza da forma mais efetiva possível as normas escritas para garantir direitos negligenciados à classe trabalhadora, aos pobres, enfim, aos de qualquer forma oprimidos pela ordem econômica e social.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, relativamente contemporânea ao MDA no Brasil, consolidou-se com o mais importante instrumento para a “positividade combativa”, uma vez que colocou diante da ordem política mundial um dos mais extensos inventários de direitos já vistos, os quais são abrigados especialmente no art. 5º e seus incisos.

1.2 USO ALTERNATIVO DO DIREITO

Ainda não entrando no campo do direito alternativo estritamente dito, Amilton Bueno de Carvalho (1998, p. 55-56) chama “uso alternativo do direito” o campo jurídico regularmente instituído, que acaba na atividade interpretativa, comportando novas significações. Destaca que o campo de atuação desta corrente é intenso onde há lacunas jurídicas ou contradições, ou obscuridades na norma.

Neste tipo de conflito, onde a atividade do hermeneuta é mais marcante, o uso alternativo do direito propõe uma interpretação diferenciada da norma, com perspectiva mais democratizante, como destaca o autor. Com isto, pretende-se ampliar os espaços de conquistas sociais pelas lutas populares. Na verdade, “se busca olhar os textos diversamente do usual que é centrado, como regra, na proteção aos donos do poder real (donos do capital) ou do poder formal (que estão a serviço daqueles)” (CARVALHO, 1998, p. 56). Os principais atores desta corrente são os intérpretes das normas (juízes, promotores, advogados, etc.).

É através desta prática interpretativa que se faz possível obter resultados mais democráticos e humanizados do que os prescritos por aquilo que Carvalho (1998) chama de “legalidade rasteira”. Como está mais pacificado entre a doutrina e jurisprudência que, mesmo normas claras (STRECK, 2004, p. 99 e BARROSO, 2009, pg. 110), guardam espaço para a interpretação, o campo de atuação do uso alternativo também se amplia. Na verdade, os diversos campos do uso diferenciado do direito se

intensificam porque as exigências da ordem democrática cada vez mais extrapolam a oferta do dogmatismo jurídico. Ao invés de corrigir os problemas do sistema econômico, político social, vão se admitindo as leituras alternativas das normas aplicáveis aos conflitos.

1.3 O INSTITUINTE NEGADO

É no campo do chamado “instituinte negado” que se manifesta o direito alternativo propriamente dito, ou, “direito alternativo em sentido estrito”. Para Carvalho (1998, p. 59) este é o

direito que emerge do pluralismo jurídico. É o reconhecimento de que não se faculta apenas ao Estado o papel criador do direito. Há direito paralelo, emergente, insurgente, achado na rua, não-oficial, que coexiste com aquele vindo do Estado. É direito vivo, atuante, rebelde, em permanente formação/transformação.

Os atores principais desta corrente não são os intérpretes, mas a própria comunidade, organizada em seus movimentos coletivos diversos. Tomam assim em suas próprias mãos o poder que não deveria ser delegado: de decidir sua vida, conforme sua realidade e suas necessidades e não submeter seus direitos à arriscada apreciação por terceiros via de regra desvinculados de sua cotidianidade e, eventualmente, submetidos às influências de uma consciência conservadora e parcial.

o “direito alternativo em sentido estrito” que se busca dar efetividade é aquele que resume conquistas democráticas, que ambiciona uma sociedade mais igualitária e solidária (e, por consequência, mais justa), que tenha por fim estabelecer o poder criador do direito pela sociedade na busca pela superação da opressão/dominação, tendo como horizonte a utopia vida digna em abundância para todos. (CARVALHO, 1998, p. 61. Grifo no original)

Este movimento contesta o monismo estatal. Especialmente por ter claro que o Estado não é um órgão livre de interesses. É neste espaço de contestação e crítica que o direito alternativo que este se realiza mais plenamente e é neste espaço que estão guardadas as maiores possibilidades de emancipação. É neste espaço que o oprimido ou marginalizado tem maiores possibilidades de alcançar a libertação.

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da posituação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a

encontre na lei. (BARROSO, 2001, p. 10)

2 AMÉRICA LATINA E OS LIMITES DO DIREITO ALTERNATIVO DENTRO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Salvo as contribuições do MDA à cultura jurídica brasileira, suas diretrizes se constituem quase que exclusivamente a partir da matriz europeia, de modo que manifestações alternativistas, dentro das abordagens jurídicas, inclusive forenses, não são dominantes. Os pleitos judiciais originados das necessidades da classe trabalhadora, ou dos pobres, nem de longe, são os que geram maior demanda ao judiciário, e as escolas de direito, de uma maneira geral, não dedicam muita atenção à abordagem crítica. Desta dinâmica decorre que o direito, tal como está posto, oferece muitos obstáculos ao acesso à justiça e aos direitos pelas comunidades econômica e socialmente excluídas.

Na América Latina em geral, entre a dimensão formal e a dimensão material do Direito, há uma grande diferença. É a realidade com a qual se deparou Jesus Antonio de la Torre Rangel, ao atuar como defensor de ofício em matéria civil, uma espécie de advogado dos pobres, pago pelo Estado:

esos mismo problemas de los pobres me llevaron a descubrir también todavía de una manera muy incipiente, la otra cara del Derecho: su inutilidad para hacer justicia verdadera. Llegue a sentir la impotencia de derecho, pues con los instrumentos jurídicos que tenía al alcance no podía hacer nada para remediar la situación de fondo de los pobres que solicitaban mis servicios. Empece a descubrir entonces, no sólo la inutilidad del Derecho, sino también la injusticia de fondo de todo el aparato jurídico (RANGEL, 2006, p. 20).

A “justiça verdadeira” referida por Rangel, raramente acontece, e caracteriza-se por relativa oscilação nas decisões “oficiais”³, o que acaba evidenciando seu caráter político. É certo que, algumas vezes, a decisão institucional se diferencia, não por ser injusta em algum dos casos semelhantes, mas porque, casos semelhantes pleiteiam decisões diferentes, que caibam em noções particulares de justiça. A solução justa para uma comunidade pode não ser para outra em caso idêntico. No sistema jurídico colombiano, onde a Constituição do Estado confere relativa autonomia jurídica aos agrupamentos sociais (justiça comunitária, justiça indígena

3 Considerando assim todo tipo de decisão ou postura emanada de autoridades do Estado, sejam autoridades administrativas, judiciais ou mesmo representação legislativa.

entre outras), os conflitos jurídicos decididos pelas justiças outras, que não a ordinária (do Estado), tem desfechos diferentes em casos idênticos e às vezes mesmo desproporcionais (SANTAMARÍA, 2010).

O problema surge quando o relativismo nas decisões deriva não do que é legitimado socialmente, mas sim, da influência e predominância de interesses particulares. Neste contexto, que se busca evidenciar é que no plano formal, as discrepâncias entre decisões e outros mecanismos de aplicação do direito, estão fundamentados no método hermenêutico.

Ou seja: o método de interpretação enseja, de modo formalmente legítimo, as diferentes decisões vislumbradas nos conflitos judiciais. Este tema é abordado por Lênio Streck onde define a crise do paradigma do direito e ressalta que o positivismo coloca o sentido comum teórico dos juristas como horizonte de sentido na dogmática jurídica (STRECK, 2004, p. 69 e ss.). Isto limita o campo hermenêutico à estrita legalidade. Para o êxito deste modelo, tem-se que todos os espaços institucionais cooperam com a reprodução de um discurso que reforça este sentido comum teórico. Então a dogmática jurídica constrói conceitos que perpassam a ciência jurídica permeando as outras significações que preenchem a vida do jurista e “influenciam despercebidamente, os operadores do direito” (STRECK, 2004, p. 69). Desta forma, o direito e seus conceitos são “coisificados” e a possibilidade da crítica é erradicada do espaço de [re] produção da dogmática jurídica. Esta conjuntura culmina na função política do senso comum teórico, que se empenha em assegurar as relações de poder, tal como estão estabelecidas. É que a legalidade se adapta, através das construções hermenêuticas nas teses jurídicas, às necessidades das classes dominantes.

Fica difícil superar este modelo, porque a faculdade cognoscitiva é conformada ao propósito do positivismo e os operadores do direito “não conseguem se dar conta do *fumus* ideológico que, de forma inexorável, está por detrás de cada interpretação da lei, de cada sentença, enfim, de cada discurso acerca do direito” (STRECK, 2004, p. 71. Grifo no original). O autor fala ainda da ideologia e como a abstração jurídica possibilita este processo, ao tornar os conflitos concretos em conceitos jurídicos abstratos, e assim, desprovidos de materialidade perceptível.

A atividade teórica, no campo jurídico então, acaba, de modo geral, manifestando-se com baixo grau de criticidade ou questionamento sobre a justiça ou adequação da norma. Nos cursos e mesmo na prática jurídica, abordagens que transcendam a legalidade não são encorajadas, inclusive por uma lógica de ratificação hierárquica: abordagens não fundadas na

estrita legalidade não são acatadas pelas turmas recursais, sendo, portanto, ineficazes. Tal cultura dificulta os processos de mudança jurídica a partir das práticas sociais, problema intensificado num Estado onde o processo legislativo é tão truncado e moroso, quanto o é no Brasil. Afasta-se assim, cada vez mais, a lei, do que é socialmente legítimo.

As inúmeras possibilidades interpretativas inauguradas com a força normativa dos princípios abrem margem para práticas jurídicas como as do MDA, ou seja, comprometidas com os interesses populares, todavia, ainda abrigam fundamentações que atendem a interesses de elites. Tal fenômeno indica que a normatização de princípios e reconhecimento da atividade hermenêutica representam esforços da elite dominante em manter um monismo jurídico centralizado no Estado.

O fato é que, para sustentar a tese da segurança jurídica no sistema positivo de direitos, a doutrina cria e a jurisprudência colhe diversos métodos e parâmetros de interpretação. Estes parâmetros se difundem buscando como se fosse possível ser imparcial, seguro ou neutro, mas isto na verdade não é possível. Não importa quantos critérios sejam criados para limitar os entendimentos acerca das normas⁴ as normas sempre serão vagas e a segurança jurídica continuará sendo um mito.

Na verdade, crê-se que todos estes métodos, alguns propostos pelas teorias críticas, são subsumidos às teorias positivistas e vêm para disfarçar e justificar ideologicamente, sob a aparência de “cientificidade”, a subordinação das decisões judiciais aos interesses das classes dominantes. Assim, a ordem jurídica brasileira seria na

uma ordem repleta de conceitos tópicos, indeterminados e programáticos, destinados a dar a sujeitos de direito desigualmente situados em termos socioeconômicos e geo-ocupacionais a (falsa) idéia de um “acabamento” lógico, harmonioso, uniforme e unívoco de um sistema legal formalmente concebido como sendo capaz de traduzir “interesses comuns” a partir de uma “vontade geral” (FARIA, 1994, p. 49).

Se por um lado o sistema juspositivista se viu forçado a incorporar garantias formais em atendimento aos movimentos sociais e em resposta a abusos históricos, por outro, tornou-se eficiente em negar estas mesmas garantias formais, especialmente nos Estados Democráticos de Direito com traços de opressão marcando sua história. Assim é o caso das áreas de colonização europeia, atualmente sociedades de capitalismo periférico e

4 Lênio Streck “catalogou” mais de cem princípios... (STRECK, 2010).

dependente, nestas inclusas o Brasil, de modo que pode-se dizer que

Em sociedades com estas características, as declarações em favor dos direitos humanos e sociais tendem a ficar apenas enumeradas e/ou propostas, uma vez que costumam ser utilizadas para exercer o papel de instrumento ideológico de controle das expectativas sociais [...] servem para conquistar o silêncio, o apoio, a lealdade e a subserviência dos segmentos sociais menos favorecidos, pouco dando em contrapartida, em termos de efetivação de seus direitos humanos e sociais (FARIA, 1994, p. 50).

Assim fica evidente que nem sempre os êxitos celebrados no ordenamento positivo refletem vitórias populares. A questão (latente) da insegurança mostra que o ordenamento tanto pode ser utilizado para emancipar as massas oprimidas quanto para perpetuar as mais variadas formas de opressão. O grande problema é que o aparato que sustenta o ordenamento jurídico é institucionalizado e gerido numa lógica desgastada e curvada ante as relações de dominação social. Por isto, para o jurista crítico, fica o desafio de atuar dentro do sistema, mas não se esquecer de vislumbrar o horizonte que está para além, trata-se de assumir uma “práxis transformadora”, como defende Sánchez Vázquez (2007).

A pressão libertadora não se faz, apenas, de fora para dentro, mas inclusive, de dentro para fora, isto é, ocupando todo espaço que se abre na rede institucional do *status quo* e estabelecendo o mínimo viável, para maximizá-lo, evolutivamente. (LYRA FILHO. **Por que estudar direito hoje?** In. SOUSA Jr., 1990, p. 24)

Com tal motivação, os direitos historicamente negados encontram uma maneira de se infiltrar no sistema e dentro dele se insurgir contra a opressão e exploração. A necessidade de legitimação do Estado Democrático de Direito, torna forçoso incluir na pauta do positivismo o atendimento às demandas sociais e cabe aos juristas críticos questionar se são incluídas de fato ou se o são como uma medida ilusória para conformar as massas e evitar a rebelião e insurgência contra a opressão econômica e social.

O marxismo assume neste contexto um papel importante, como já sinalizado na epígrafe destas reflexões, pois consiste em contundente forma de conscientização das massas de sua condição de opressão e de seu papel revolucionário. É neste sentido que Sánchez Vázquez, importante teórico marxista latino-americano, defende a práxis transformadora, através da junção entre a consciência teórica crítica e a prática cotidiana, porque a

“[...] práxis ocupa o lugar central da filosofia que se concebe a si mesma não só como interpretação do mundo, mas também como elemento do processo de sua transformação. Tal filosofia não é outra senão o marxismo” (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, 2007, p.28).

Desvendando as tensões entre as classes, a dinâmica capitalista que cria um abismo entre trabalhadores e donos dos meios de produção e coloca todo o aparato jurídico e o próprio Estado a serviço dos interesses destes últimos, o marxismo apresenta-se como teoria crítica capaz de desvendar as contradições ocultas no direito através dos instrumentos ideológicos. Mostra porque o direito positivo estatal, num contexto capitalista, está fadado a ser permanentemente injusto. Outro teórico marxista latino-americano, Atilio Boron, defendendo que um sujeito genuinamente democrático deve ser intransigentemente anticapitalista, informa que existe um

[...] carácter incorrigivelmente antidemocrático da estrutura social econômica do capitalismo, que repousa sobre a insanável cisão entre uma maioria que para sobreviver tem que vender sua força de trabalho e uma minoria que, quando lhe convém, tem os recursos necessários para comprá-la. Sobre estes fundamentos é absolutamente impossível construir uma ordem democrática (BORON, 2009, p. 13-14. Tradução livre⁵).

Neste horizonte (o sistema capitalista e suas contradições), parece se localizar o limite possível aos êxitos do Movimento do Direito Alternativo, que, por mais que abrigasse práticas insurgentes, não chegava, de modo geral, a transformar revolucionariamente a ordem positiva. E o positivismo, se por um lado, se vê obrigado a garantir formalmente direitos humanos e sociais, por outro, é para a classe dominante a racionalidade positivista a única forma de “garantir a ineficácia” destes direitos. Assim, a relativização/subjetivismo do direito, junto à ineficácia das garantias constitucionais, evidencia, à luz de uma teoria crítica, estes conflitos nascidos das contradições produzidas pelo capitalismo.

Nas sociedades periféricas os efeitos da ordem social, dependentes do contexto econômico mundial, ao qual se vinculam e se subordinam, explicitam os paroxismos do paroxismo, os pontos culminantes de uma situação

5 carácter incorregiblemente antidemocrático de la estructura económico-social del capitalismo, que reposa sobre la insanable escisión entre una mayoría que para sobrevivir tiene que vender su fuerza de trabajo y una minoría que, cuando le conviene, tiene los recursos necesarios para comprarla. Sobre estos fundamentos es absolutamente imposible construir un orden democrático.

estrutural de “crise” sob a batuta de uma política de reforço e reprodução das desigualdades, *Conditio sine qua non* do *status quo* nos planos hegemônicos interno e externo (ARRUDA JR. 1993, p.121).

O autor provoca então, em sua obra, à reflexão sobre o quanto o direito alternativo pode afetar a luta de classes. Neste sentido percebe a luta surgindo através das críticas acerca destes aparelhos de dominação burguesa e certo empoderamento da classe trabalhadora. Arruda reconhece, convergindo com as ponderações já informadas de Lyra Filho, que a revolução não se daria pelo direito, mas alerta que esta é uma instância indispensável ao processo revolucionário (ARRUDA JR., 1993, p. 132 e ss.).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento do Direito Alternativo constituiu um momento de imensurável importância no direito brasileiro, especialmente para os partidários e defensores dos direitos do povo, ou da classe trabalhadora. A prática jurídica insurgente, fundada, seja em um uso alternativo do direito, seja em uma positividade combativa, ou ainda no direito alternativo propriamente dito, constitui a resistência e ao mesmo tempo a denúncia das insuficiências do sistema político e econômico que determinam a vida pública e dos quais dependem milhões de brasileiros para suprir necessidades das mais básicas à manutenção de suas vidas.

Isto quer dizer que ao mesmo tempo em que o MDA contribui para inserir no campo político e jurídico institucional do Estado, as lutas populares por educação, saúde, moradia, alimentação, entre outros elementos indispensáveis à constituição de uma existência digna, denunciam de modo inegável ao próprio Estado e à sociedade, o quão deficitárias são as políticas públicas, o quão contraditórias são as condições de estatalidade na sociedade capitalista.

Esta realidade vivenciada no Estado brasileiro é partilhada por toda a América Latina, sendo esta, um continente marcado pela exploração de suas riquezas humanas e naturais, desde o princípio do fenômeno histórico da colonização. Fala-se aqui do mesmo fenômeno que introduziu o capitalismo no continente, todavia, em uma relação de dependência e exploração. E que, para instrumentalizar a expansão capitalista e a dominação política, trouxe o sistema de Direitos que vigora na maior parte do continente: o direito positivo. O juspositivismo é então, um sistema de direitos vinculado aos interesses da elite colonizadora, hoje ilustrada nas elites nacionais e internacionais. Assim também o é o Estado.

Movimentos críticos de leitura da realidade e proposição de transformações apresentam-se como “fissuras” nestes aparelhos burgueses e introduzem, à força, as pautas populares, e, dependendo de sua organicidade e também da amplitude e relação e forças que se confrontam, conseguem tornar eficazes as cartas de direito formalmente consolidadas. Neste sentido, os espaços mais significativos que se conquistou na promoção dos direitos de minorias, se deram com especial destaque, às contribuições do Direito Alternativo.

Em 2011, comemorou-se o aniversário de vinte anos deste movimento, na cidade de Florianópolis, reunindo grandes expoentes deste movimento, como Amilton Bueno de Carvalho, João Batista Herkenhoff, Edmundo Lima de Arruda Jr. (coordenador do evento) entre outros. Embora nos dias atuais, o Direito Alternativo não esteja mais em intenso movimento, deixou a porta aberta para a inclusão das lutas populares e propiciou um espaço de resistência dentro do sistema.

Ainda que o MDA seja um dos elementos mais importantes para a crítica e resistência no âmbito jurídico institucional, enfrenta, desde sua origem até os dias atuais, os severos limites da ordem capitalista e o abismo que impede o pleno comprometimento do Estado e do sistema de justiça com os interesses populares, prejudicados pela dinâmica das relações em sociedades de economia de mercado.

REFERÊNCIAS

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Direito alternativo e contingência: história e ciência: manifesto**. Florianópolis, SC: CESUSC, 2007. 140 p.

_____. Introdução ao idealismo jurídico (uma releitura de San Tiago Dantas).. Campinas: Julex Livros, 1988. 195 p.

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação Constitucional**. Aula Magna. Brasília: TV Justiça. 2010. Programa veiculado em televisão. Disponível em < <http://www.youtube.com/watch?v=sFV574ddeA4> > Acesso em: 06 de Nov de 2010.

_____. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico. Ano I. Vol. 1. Nº 6. Setembro de 2001. Salvador. BA. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> > Acesso em: 14 dez. 2010.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo:

Saraiva, 2009. 432 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. acesso em: 28 set. 2012.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo**: teoria e prática. Porto alegre: Síntese, 1998. 201 p.

DWORKIN. Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Marin Fontes, 2002. 568 p.

FARIA, José Eduardo. **Os desafios do judiciário**. Revista USP, São Paulo, n. 21, 1994. p. 46-57.

HARMS, Andreas. In. **Produções literárias dedicadas à formação de revolucionários marxistas que atuam no domínio do direito, do Estado e da justiça de classe**. Disponível em: < <http://www.scientific-socialism.de/KMFEDireitoCapa.htm> >. Acesso em: 24 abr. 2011.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Pós-positivismo jurídico**: reflexões sobre o paradigma emergente. Revista jurídica, Blumenau, v. 10, n. 19, p. 201-215, jan./jun. 2006.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **La Hermenéutica como Condición de Posibilidad Crítica del Derecho: un análisis poscolonialista de la experiencia brasileña**. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla: Espanha. 2008. Tese de Doutorado em Direito Público.

MARX, Karl. **Crítica ao programa de GOTHA**. Abril de 2000. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/gotha.pdf> >. Acesso em 14 set. 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. São Paulo: Boitempo, 1998. 254 p, il.

PASSOS, Anderson Santos dos. **Direito Alternativo, Realidade ou Ficção**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2077> >. Acesso em: 12 abr. 2011.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Direito: um querer necessário e potencialmente insurgente?** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2000. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/38> >. Acesso em: 5 abr. 2011

- Platão. **Diálogos**: O banquete; Fédon; Sofista; Politico. São Paulo: Abril Cultural, 1972. 269p.
- RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. **El derecho como arma de liberación en América Latina**: sociologia jurídica y uso alternativo Del derecho. 3 ed. Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2006. 201 p.
- SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. **El derecho profano**: justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo. Colômbia, Universidad Externado, 2010.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Filosofia da práxis**. Buenos Aires: Conselho Latino Americano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, Brasil, 2007. 488 p.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SANT’ANNA, Alayde. **O Direito achado na rua**.3. ed. Brasília : UnB, 1990. 144p.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 343p.
- _____. **Hermenêutica e Decisão Jurídica**. Aula Magna. Brasília: TV Justiça. 2010. Programa veiculado em televisão. Disponível em < <http://www.youtube.com/watch?v=0sdyomqFjf4> > Acesso em: 06 de Nov de 2010.