

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO**

**ROBERTA DREHMER DE MIRANDA**

**A “REINVENÇÃO” DO DIREITO ALTERNATIVO**

**PORTO ALEGRE  
2012**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO**

**ROBERTA DREHMER DE MIRANDA**

**A “REINVENÇÃO” DO DIREITO ALTERNATIVO**

Tese apresentada para fins de qualificação em  
Curso de Doutorado em Direito, Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul, na Linha de  
Pesquisa Fundamentos Teórico-Filosóficos da  
Experiência Jurídica, sob a orientação do Prof.  
Dr. Cezar Saldanha Souza Junior.

**PORTO ALEGRE  
2012**

**Roberta Drehmer de Miranda**

**A “reinvenção” do Direito Alternativo**

Tese apresentada para fins de qualificação em  
Curso de Doutorado em Direito, Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul, na Linha de  
Pesquisa Fundamentos Teórico-Filosóficos da  
Experiência Jurídica, sob a orientação do Prof.  
Dr. Cezar Saldanha Souza Junior.

---

**Prof. Dr.**

---

**Profa. Dra.**

---

**Prof. Dr.**

---

**Prof. Dr.**

*Ao Alfredo, Juan Antonio, Ignacio José e Luzia*

Agradeço ao Prof. Cezar Saldanha Souza Junior,  
meu orientador, e pai intelectual, pela amizade,  
força, dedicação, incentivo, mas, principalmente, por  
ter acolhido esta doutoranda, mãe de família,  
profissional, para lutar com ela a finalizar esta tese.

**“Faz o que deves e está no que fazes”**  
*São Josemaría Escrivá*

## RESUMO

Esta pesquisa tem por objeto investigar o processo sofrido pelo “Direito Alternativo”, na história do pensamento sociológico-jurídico, caracterizador do fenômeno da “reinvenção”, isto é, mutação e/ou transformação do alternativismo, enquanto movimento prático, para uma corrente de pensamento formadora de um imaginário social e jurídico. Há controvérsias, na teoria do Direito, quanto à denominação “Direito Alternativo”, e se efetivamente “existiu” um direito “alternativo” ou se foi apenas um movimento social. Contudo, na visão da Sociologia Jurídica proposta na presente tese, percebeu-se que o “Direito Alternativo” foi um fenômeno sócio-político-jurídico constituído de modo a oferecer uma “resposta” a uma determinada época histórica do pensamento jurídico. Com efeito, perceptível o surgimento do “Direito Alternativo”, primeiramente como um movimento de juristas práticos, em sua grande maioria juízes, no período pós-segunda guerra mundial, momento em que a Europa passava por um processo de reconstrução política e social, e a América Latina vivia o prenúncio dos regimes autoritários e ditatoriais. Cada período político apontado correspondia a um regime e pensamento jurídico, que o apoiava e dava fundamento. O “Direito Alternativo” era, como o próprio termo demonstra, uma “alternativa” ao direito então vigente, no caso, o período do domínio do pensamento positivista jurídico. Por consequência, o “Direito Alternativo” aliava o social (no que tange às mudanças sociais ocorridas nos anos 60 a 90) ao político e ao jurídico, tendo em vista que, para os chamados “alternativistas”, toda corrente de pensamento jurídico corresponderia a uma ideologia política. Portanto, o direito “tradicional” positivista corresponderia, nessa visão, à política “liberal”, enquanto que o direito “alternativo”, em contrário, significava a “oposição”, quer dizer, uma política “antiliberal”. É neste meio que as correntes dentro do próprio Direito Alternativo se formam: de um lado, os alternativistas “radicais”, de orientação política marxista, e os “moderados”, que se aliam a um pensamento denominado, genericamente, “Teoria Crítica”. Tal divisão entre os alternativistas ficou nítida no Brasil, onde o “Direito Alternativo” conseguiu permanecer como pensamento jurídico, apesar de ter desaparecido enquanto movimento social. Desta forma, com a promulgação da Constituição de 1988, que foi a causa para diversas mudanças sociopolíticas no Brasil, este mesmo “Direito Alternativo” sofreu um processo de “reinvenção”, transmutando-se para três linhas principais de pensamento jurídico: o garantismo penal, o neoconstitucionalismo e os “direitos humanos”. Assim, o que a presente tese quer demonstrar é que tais linhas do direito brasileiro contemporâneo são, em verdade, direito “alternativo” “reinventado”, quer dizer, apesar de suas particularidades são, em verdade, o mesmo direito alternativo dos anos 90.

Palavras-chave: Direito Alternativo – Uso Alternativo do Direito – Reinvenção social – Imaginário social – Imaginário Jurídico – Pensamento Jurídico

## ABSTRACT

The object of this research is to investigate the process passed by “Alternative Law”, in the history of sociological-jurisprudential thought, which characterize the “reinvention” phenomenon, that is, mutation and/or transformation of alternativism, as a practical movement, to a line of thought which forms a social and juridical “imaginary”. It is controversial, in Law, the theme about “Alternative Law”, and if truly “existed” a “alternative” law or if it was only a social movement. However, in the vision of Sociology of Law proposed in this thesis, it realized that “Alternative Law” was a social-political-juridical phenomenon formed to offer an “answer” to a particular time of juridical thought history. Therefore, is perceptible the emerging of “Alternative Law”, first as a practical-jurists movement, mostly judges, at the period after the second world war, in a moment which Europe was passing by a process of political and social reconstruction, and Latin America was living the “sign” of authoritarian and dictatorial regimes. Each political period correspond a legal thought, which support it and gived it basis. The “Alternative Law” was, as the expression shows it, a “alternative” to the law in vigor, in case, the period of majority by juridical positivism thought. Therefore, the “Alternative Law” allied the social (as to the social modifications occurred in the 60’s to 90’s) to politics and law, because for the “alternativists”, all line of legal thought correspond with a political ideology. Therefore, the positivist “traditional” law is compatible, in this meaning, to “liberal” politics, as the “alternative” law, otherwise, means the “opposition”, as a matter of fact, an “antiliberal” politics. In this area the lines inside Alternative Law came true: on one side, the “radical” *alternativists*, with a Marxist guide, and in the other side the “moderates”, with are allied to a thought called, generically, “Critical Theory”. This division between the alternativists was clear in Brazil, where “Alternative Law” got remained as a legal thought, despite of have disappeared as a social movement. Thus, with the promulgation of 1988 Constitution, which was the cause for different social-politics changes in Brazil, this same “Alternative Law” suffer a “reinvention” process, altering for three lines of legal thought: the “penal garantism”, the “neoconstitutionalism” and “human rights”. Thereby, what this thesis intends to demonstrate is that this lines in contemporaneous Brazilian law are, in fact, “alternative law” reinvented, which means, regardless any characteristics are the same alternative law of the 90’s.

Keywords: Alternative Law – Alternative Use of Law – Social Reinvention – Social Imaginary – Legal Imaginary – Legal Thought

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	13
<b>2 O NASCIMENTO DO ALTERNATIVISMO</b>	17
<b>2.1 O contexto europeu</b>	18
2.1.1 França – O movimento <i>Critique du Droit</i>	23
2.1.2 Itália: a <i>Magistratura Democrática</i> e o uso alternativo do Direito	28
2.1.3 Espanha – movimento <i>Jueces por la Democracia</i>	40
<b>2.2 O contexto brasileiro</b>	43
2.2.1 O período autoritário militar e os movimentos sociais “de reação”	47
2.2.2 A Constituição de 1988 e o poder político ampliado dos juízes	50
2.2.3 A difusão das ideias alternativistas e o movimento dos “práticos do Direito”	56
<b>3 APOGEU E QUEDA DO ALTERNATIVISMO: O MOVIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO BRASILEIRO (MDAB)</b>	62
<b>3.1 O “MDAB” como uma experiência particular brasileira</b>	62
3.1.1 A constituição do Movimento: juízes do Rio Grande do Sul	64
3.1.2 A reação dos setores “conservadores” do Judiciário	77
3.1.3 Disseminação das ideias alternativistas nos campos práticos do Direito	80
<b>3.2 O “MDAB” e a sustentação ideológica: a aproximação com a Academia jurídica</b>	82
3.2.1 O Congresso de Florianópolis: consolidação do Movimento a nível nacional	85
3.2.2 O uso da Sociologia do Direito como suporte jurídico do Alternativismo	92
3.2.3 O fim do Movimento e a absorção do ideário alternativista no Direito	108
<b>4 A “REINVENÇÃO” DO DIREITO ALTERNATIVO</b>	112
<b>4.1 O garantismo penal</b>	122
4.1.1 “Política Criminal” e Alternativismo	124
4.1.2 A hegemonia das ideias alternativistas “garantistas” na prática jurídica	131
<b>4.2 O neoconstitucionalismo ou “princípioalismo constitucional”</b>	132
4.2.1 O “uso alternativo” do Direito Constitucional	138
4.2.2 O Alternativismo e a “Constitucionalização” do direito	140
<b>4.3 Os “direitos humanos” e o “direito das minorias”</b>	143
4.3.1 A absorção pelo Direito Alternativo dos Movimentos Sociais de Direitos Humanos	148
4.3.2 A proteção dos “direitos das minorias” como reinvenção do direito alternativo na dogmática jurídica	152

<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	161
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	167

## 1 INTRODUÇÃO

Uma das lições que a modernidade aprendeu com o fim da Segunda Guerra Mundial foi que nunca mais deveria viver, novamente, um totalitarismo, tomado, aqui, no sentido de regime político centrado na supressão das liberdades individuais e políticas e exercido por partido único com ideologia oficial (LOCHAK, 1999). Na Europa, que mais sensivelmente viveu esta experiência totalitária, as mudanças sociais e institucionais ocorreram ligeiramente e de forma expressiva.

Na política, a formação plural dos parlamentos – com alianças entre partidos conservadores e socialistas para reconstrução da postura ideológica de cada país – contribuiu para a modificação das Constituições e inserção de valores no seu conteúdo; no arranjo institucional estatal, a formação dos Tribunais Constitucionais como instâncias simbólicas da democracia (consoante dissertação de Mestrado de MIRANDA, 2009), ou seja, a nova autoridade política que guarda os valores consensuais agora dispostos na Constituição; no Direito – ciência social fundamental para consecução e aplicação dos valores constitucionais – uma nova vertente teórica, de pensamento e de ideias que pudessem contrapor a hegemonia da linha positivista imperante, até então, no período totalitário.

Dita “vertente teórica” não é uniforme, nem una, nem única. Consoante a experiência sociojurídica de cada país, verificou-se na Europa linhas de pensamento cujo ponto em comum era a adequação do Direito a essa nova realidade do pós-guerra: nova hermenêutica, na Alemanha; uso alternativo do Direito, na Itália (POZZOLO, 2000); *critique du droit*, na França e Bélgica (ARNAUD, 1998); neoconstitucionalismo ibérico (Portugal e Espanha).

Dessa forma, natural seria que tais linhas de pensamento europeias – que, como já dito, viveu mais proximamente o totalitarismo da Segunda Guerra – influenciassem o pensamento sócio-político-jurídico de outros países (principalmente sul-americanos), visto que as consequências do fim da guerra repercutem no mundo como um todo e seu impacto é relevante, socialmente, até em nações geograficamente distantes do cenário europeu.

No Brasil – objeto desta pesquisa – as consequências do pós-guerra repercutiram rapidamente, aliada a outra realidade até então não vivida na Europa: a crise político-institucional que resultou na assunção ao poder de um governo autoritário militar (autoritário no sentido de concessão mínima de prerrogativas individuais e políticas, bem como tolerância com outras ideologias, na linha de LOCHAK, 1999). De certa forma, o Brasil experimentou um autoritarismo (muitos consideram, inclusive, uma ditadura) nos anos 30, com Getúlio Vargas (consoante SALDANHA, 1999); mais tarde, o próprio Vargas retorna com outra postura, mais democrática, abrindo a possibilidade, no país, de uma sucessão de governos plurais que dessem um mínimo de estabilidade política.

Essa transição democrática foi coroada com o advento da Constituição de 1946, que vigorará – mesmo em situações políticas delicadas, como a crise institucional do governo Café Filho e a renúncia de Jânio Quadros – pelo menos até a Revolução de 64, dentro das disposições do Ato Institucional “nº01” (ou “nº0”, na leitura feita pelo professor CEZAR SALDANHA SOUZA JUNIOR, 1998), o qual deu sustentação jurídica ao governo militar na ruptura constitucional então realizada.

Importante observar este cenário político brasileiro a fim de alcançar uma compreensão plena da realidade brasileira pré-Constituição de 1988. Na verdade, todos os movimentos, ou mudanças sociopolíticas ocorridas no Brasil a partir dos anos 70 – ou seja, no início da crise dos governos militares e da gradual transição para o processo de redemocratização do país – são uma resposta àquele cenário político anterior, e, também, uma resposta à política autoritária militar então vigente desde 1964.

Essas mudanças sociopolíticas aconteceram por diversos fatores; dentre eles, o mais significativo talvez seja o aumento dos movimentos sociais, formados por grupos sociais ligados a uma “causa” (“liberdade de pensamento”, na imprensa; “liberdade de expressão”, entre os estudantes universitários; “participação da mulher no mercado de trabalho”, entre as feministas; “luta armada”, entre os revolucionários ou milícias armadas ligadas a partidos de esquerda) ou a uma ideologia, como a formação e consolidação dos partidos

contrarrevolucionários, como o próprio MDB, que visavam realizar a transição democrática pelo fortalecimento das prerrogativas e do poder do Congresso Nacional.

Notório, pois, verificar que no período pré-Constituição de 1988 o pluralismo de ideias e de demandas político-sociais é significativo, forçando, assim, o Direito a conceder respostas jurídicas que pudessem abarcar todo este cenário social. Dessa maneira, assim como no âmbito social as mudanças de paradigma foram manifestas, também no Direito houve a inserção ou crescimento de novas ideias (ou de um novo pensamento, uma nova postura) que rompessem com o Direito anterior, positivista, então considerado “ultrapassado” e “insustentável”.

O positivismo jurídico já não fornecia respostas satisfatórias ao pluralismo e às mudanças sociais drásticas dos anos 80; era preciso, então, consolidar novas formas de pensar o Direito e de concretizá-lo – razão pela qual houve, no Brasil, uma rápida expansão dos movimentos de uso alternativo do Direito, ou “alternativismo”, nos anos 80 e 90 (consoante AMÍLTON e SALO DE CARVALHO, 2003); das novas teorias hermenêuticas aplicadas ao ensino jurídico, também a partir dos anos 90 (conforme ENGELMANN, 1997); e, por conseguinte, do “neoconstitucionalismo”, a partir dos anos 2000 (BARROSO, 2010).

Assim, a presente pesquisa visa demonstrar que tais movimentos jurídicos, ocorridos no Brasil em período relativamente curto (dos anos 80 à atualidade), não são apenas correntes de pensamento, ou criações teóricas acadêmicas feitas por professores ou juristas eminentes, mas, também, (ou até quase totalmente) fruto de uma conjuntura sociopolítica que ensejou (ou foi a causa) ditas respostas jurídicas. Dessa forma, será demonstrado que o alternativismo, bem como as teorias hermenêuticas ou de interpretação, e o próprio neoconstitucionalismo tiveram uma concretização no Brasil distinta de outras realidades políticas, exatamente por ser uma resposta peculiar a um cenário institucional cultural próprio e particular. Certamente o Brasil sofreu e absorveu influências das realidades sociopolíticas de outros países; contudo, a forma como se manifestou no âmbito político brasileiro foi distinta, e merece uma análise apurada, em separado.

Dessa maneira, o objeto material do presente trabalho consiste no fenômeno do direito alternativo brasileiro, nascido nos anos 90 e, após um período de declínio e dispersão do movimento, ressurgiu, hoje, nas modalidades de teorias jurídicas hermenêuticas, no igualmente fenômeno jurídico do “neoconstitucionalismo” e no movimento prático-ideológico dos direitos humanos e das “minorias”. Por decorrência, o objeto formal da tese se justifica na análise do fenômeno do alternativismo sob o ponto de vista da sociologia do direito, na medida em que consiste a ciência social mais apta a demonstrar o processo de “reinvenção” do direito alternativo dos anos 90.

Ainda, esta pesquisa tem por finalidade **demonstrar que o fenômeno do direito alternativo, nas características e consequências que teve, somente existiu no Brasil; que a permanência, por longo período, da hegemonia das ideias alternativistas deve-se precipuamente ao poder político dado aos juízes no Brasil; que o direito alternativo, enquanto movimento, não “morreu”, mas passou por um processo de “reinvenção social”; e que existem linhas de pensamento no direito, com outras denominações, que são, na verdade, direito alternativo.**

Para tanto, a escolha pelo método sociológico de apuração de dados empíricos, sua análise teórica (com base nestes fatos) e a busca pela identificação e esboço de tipos ideais (dentro, pois, de uma metodologia weberiana de análise científica, consoante WEBER, 1992) corresponde ao objetivo proposto nesta pesquisa. A fim de demonstrar essa origem social dos movimentos jurídicos, torna-se necessário que o Direito se apoie na Sociologia para que a análise seja a mais ampla possível e, principalmente, o mais próxima da verdade real dos fatos – ou seja, dos fatos como se apresentam na realidade empírica. É preciso, pois, que o Direito não parta de premissas meramente teóricas ou de uma postura idealizada, mas da realidade que o criou, e da sociedade que o concebe.

O método, pois, que se optou nesta tese de apuração dos dados empíricos para análise sociológica do Direito Alternativo, consiste na **pesquisa comparativa**, ou seja, na combinação de dados sociológicos com históricos, esboçando o que se chama **análise secundária** do objeto estudado (GIDDENS, 2005). A pesquisa também conta com a apuração

de **histórias de vida** (entrevistas) e de **pesquisa documentária** (primeiros escritos dos “fundadores” do ativismo).

Importante referir, igualmente, que a Sociologia do Direito – ciência autônoma, com objeto, metodologia e finalidade cognoscitiva próprias – então estudada, nos anos 40 a 60, pelo menos, nos âmbitos acadêmicos apenas nos cursos de Sociologia, Ciências Sociais e pontualmente como disciplina eletiva nos cursos jurídicos (SOUTO, 1995), “de repente, não mais que de repente”, passa a ser usada por uma gama de juristas e profissionais do Direito nas suas produções científicas e, até, na sua prática jurídica.

É muito comum, atualmente, observar, em dissertações de Mestrado, teses de Doutorado, artigos científicos, e, inclusive, peças processuais técnicas, o uso da Sociologia Jurídica, seja por meio da sua metodologia (análise empírica do fenômeno jurídico), ou como técnica de argumentação para convencimento de um determinado público-alvo (artigos científicos) ou grupo de profissionais (no meio Judiciário, por exemplo). Muitas vezes, o uso da Sociologia Jurídica é pontual, feito por dogmáticos (consoante REALE, 1998), ou ideológico, feito por juristas com orientação política definida (Sociologia “crítica”, como é chamada – consiste na linha de FARIA, 1996, e LIMA JUNIOR, 2001).

Assim, pode-se dizer que, em meio aos movimentos jurídicos pós-positivistas, no Brasil, a Sociologia do Direito passou a ser protagonista, muitas vezes como “chave de leitura”, para a consolidação do *novel* pensamento jurídico contemporâneo. Em algumas situações, a Sociologia é incorporada à Teoria do Direito (FARIA, 1996), em outras é aliada à Criminologia (a chamada Sociologia Criminal – consoante SOUTO, 1992), e, muito pontualmente, relacionada às disciplinas mais dogmáticas, como o Direito Civil (FACHIN, 2000). O que, de fato, torna-se incontestável, é esta busca pela análise empírica, proporcionada pela Sociologia, por todas as disciplinas jurídicas, de forma a aproximar mais o Direito da realidade social, e, assim, distanciar-se, mais ainda, do positivismo jurídico, então considerado teórico e distante da sociedade.

A presente pesquisa objetiva, pois, demonstrar que movimentos como o ativismo e o neoconstitucionalismo representam uma continuidade entre si, tratando-se de um mesmo fenômeno sociojurídico global, de certa forma, reformulado e reinventado. Outrossim, busca refletir que no que tange à dimensão prático-profissional do movimento do direito alternativo (dimensão esta ligada, fortemente, aos práticos do direito, como juízes, advogados, “ativistas” jurídicos), este transformou-se num movimento geral e global traduzido pela ideia da “defesa de direitos humanos” e “proteção do direito das minorias”.

O texto está dividido em três capítulos, dando sequência, desta maneira, à linha de argumentação esboçada nesta Introdução. Vejamos sinteticamente o que será trabalhado nos próximos passos.

No primeiro capítulo, a pretensão será estudar o nascimento social do fenômeno do ativismo: o contexto europeu, o qual de certa maneira influenciou as teses ativistas no Brasil; e, no contexto brasileiro, delimitar, historicamente e sociologicamente, as circunstâncias políticas que circundavam o nascimento do direito alternativo, tratadas, na pesquisa, como causas diretas da formação do pensamento crítico-ativista.

Por sua vez, no segundo capítulo, analisar-se-á o direito alternativo enquanto movimento político, expondo tratar-se de uma experiência particular brasileira, a qual se sustentou na academia jurídica para formar uma linha de pensamento, principalmente apoiando-se na sociologia do direito.

Por fim, no terceiro e último capítulo, tratar-se-á dos “movimentos” e “teorias” que são consequência do ativismo, manifestando-se como transformações do movimento do direito alternativo, explicado sob a denominação sociológica da “reinvenção”, isto é, uma nova criação do ativismo consoante as mudanças sociais brasileiras e adequando-se à realidade contemporânea do direito e das relações sociais.

## 2 O NASCIMENTO DO ALTERNATIVISMO

O “Direito Alternativo”<sup>1</sup> constitui-se, segundo LÉDIO ANDRADE (ANDRADE, 2004, p. XI e XII), em um movimento político propugnado por juristas que visavam modificar a sociedade por meio da aplicação de princípios jurídicos que ultrapassassem a letra da lei. Para estes juristas, a lei pode ser injusta e, portanto, deve ser corrigida, ou deixar de ser aplicada, em lugar da concretização de princípios, em especial, o da justiça.

E justiça para quem? Na verdade, diante dos fatos e da situação socioeconômica brasileira (e de certa forma latino-americana) pós-88, a justiça propugnada pelos juristas “alternativos” é direcionada a implementar os direitos e políticas sociais para a camada mais pobre e necessitada da população, já que, na visão deles, as leis então ainda existentes, e boa parte do Congresso brasileiro, ainda eram dominados pelas “elites” e pelo conservadorismo remanescentes do período da Ditadura Militar.

O “direito alternativo” ganhou sua força após a promulgação da Constituição de 1988, e dominou o discurso e imaginário jurídicos por todo o período dos anos 90. Contudo, passou por um determinado declínio das suas ideias principalmente depois da queda do muro de Berlin e do enfraquecimento dos regimes comunistas europeus. Por ter sido atrelado ao pensamento de esquerda marxista, o direito alternativo, no Brasil, estava fadado fatalmente ao esquecimento e à morte.

No entanto, segundo SAAVEDRA (SAAVEDRA, 2004, p. XXI), o ativismo passou por uma revitalização necessária para manter sua continuidade. No contexto europeu,

---

<sup>1</sup> Deve-se distinguir, num campo conceitual, a “justiça alternativa” do “Direito Alternativo”. A justiça alternativa é “expressão que designa o conjunto das práticas ou procedimentos, na maioria das vezes informais, implicando, habitualmente, a intervenção de um terceiro, que, com o auxílio de técnicas não jurisdicionais, permite chegar à resolução de um conflito que opõe duas ou mais partes”; já o Direito Alternativo é “forma de regulação jurídica destinada a preencher as lacunas de um direito em vigor, seja marginalmente, seja nos interstícios desse último, e freqüentemente oriundo da jurisprudência de uma justiça alternativa”: ver o livro ARNAUD, André-Jean. Verbete: Alternativo (Direito) – Alternativa (Justiça). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10 e 11. No entanto, no Brasil o Direito Alternativo surgiu como uma prática jurisdicional, oriundo de jurisprudência estatal, cujo adjetivo “alternativa” direcionava-se à contraposição do “direito oficial”, então vigente.

segundo o mesmo autor, o direito alternativo teve influência efêmera, devido à estabilidade das instituições políticas europeias.

Após a Segunda Guerra Mundial, as forças políticas, por meio de alianças, comprometeram-se a implementar uma consolidação da instituição do Parlamento e de direcionar para esse âmbito as discussões democráticas reconstrutoras da Europa de então. O surgimento dos Tribunais Constitucionais vinha para construir o equilíbrio entre todas as instituições, resguardando, ao mesmo tempo, o princípio da legalidade, os princípios constitucionais e o jogo político (sendo, assim, também um poder contramajoritário). Portanto, a Europa tem instituições fortes, e, diante disso, a própria esquerda (por seus partidos) manteve a aliança parlamentar e procurou não realizar a defesa forte do alternativismo, tal como ocorreu no Brasil.

### ***2.1 O contexto europeu***

O direito alternativo europeu (ou melhor, o alternativismo europeu), principalmente representado por LUIGI FERRAJOLI<sup>2</sup>, defendia um uso alternativo da lei, utilizando critérios de interpretação e aplicação da norma jurídica onde prevaleciam os princípios constitucionais e os direitos humanos. Assim, a lei e o Parlamento têm um limite, que são os princípios constitucionais, e tem um conteúdo (o qual não podem ultrapassar), que são os direitos humanos. A atuação dos juízes e do próprio Tribunal Constitucional são a garantia, na verdade, desse pacto democrático do pós-guerra e visam resguardar a força da lei e do jogo político parlamentar, prevendo limites para evitar qualquer evidência totalitária na aplicação do Direito.

---

<sup>2</sup> Segundo CALERA, Ferrajoli mudou sua opinião com a transição democrática europeia: nos anos setenta, propugnava o uso alternativo do direito com vistas à revolução social, fundado, pois, nas ideias marxistas; já no fim dos anos 90, e anos 2000, o mesmo Ferrajoli abandona o marxismo – pois não havia mais razão em defender um socialismo radical diante da aliança democrática entre os partidos de direita e esquerda em prol do fortalecimento dos Parlamentos e, também, diante da criação do Parlamento Europeu – e passa a defender o que se chama “uso alternativo razoável do direito”, corrente que se aproxima da nova hermenêutica jurídica constitucional (quer dizer, interpretar o direito segundo a Constituição e seus direitos fundamentais – CALERA, 2004, p. 30).

Dessa forma, pode-se afirmar, com CALERA (2004, p. 25-29), que no âmbito europeu o uso alternativo do direito, direcionado à luta política, deu-se nos anos setenta. Com a queda do muro de Berlim, e o fim do comunismo (pelo menos como regime de governo), o uso alternativo do direito transformou-se (ou transitou para) em uma teoria do direito, ou com pretensões de teoria do Direito.

Deve-se entender que, no contexto europeu do pós-segunda guerra, o realinhamento dos partidos políticos e a gradual reconstituição dos Parlamentos dependeu, basicamente, de alianças políticas daqueles que puderam manter, de certa forma, seu poder com a queda dos regimes totalitários nazifascistas. Com efeito, em um meio político de alianças entre conservadores-nacionalistas (então “remanescentes” do antigo regime, anterior ao período totalitário) e socialistas (os quais surgem com força política diante da vitória soviética sobre o nazismo), a reestruturação política atinge, por consequência, todas as instituições públicas, não estando alheio o Judiciário, o qual começa a ser visto, por todos, como o guardião da “nova lei” e da “nova ordem”.

O primeiro ponto, portanto, enfrentado pelos europeus foi realizar uma gradual “substituição” da legislação ordinária totalitária para uma nova ordem democrática. Enquanto que uma parte das forças políticas propugnava por uma ação parlamentar (no qual se insere os partidos mais conservadores, juntamente daqueles de cunho liberal) outra parte, mormente de linha socialista, defendia a instauração de nova ordem (e novas leis, portanto) diretamente pelo povo, ou mediante seus representantes mais diretos, que eram, exatamente, os juristas – representados especialmente pelos juízes.

Este contexto sociopolítico explica, num primeiro momento, o nascimento na Europa da linha alternativista do Direito. Com efeito, ao contrário de uma visão marxista “pura”, presente nos escritos da Marx e Engels, que via o Direito como uma mera instância da “superestrutura” dominante para manter o poder da burguesia, sem importância alguma, pois, para a revolução social, a ser realizada pela mudança do sistema econômico (na “estrutura”), os chamados “neomarxistas” (representados, precipuamente, pelos juristas soviéticos

STUCKA, PASCHUKANIS e NICOS POULANTZAS) passaram a focar o Direito como o tema principal na discussão da instauração da nova ordem democrática.

Nesse sentido, consoante CALERA (1978, p. 25):

Em épocas posteriores, sobretudo depois do triunfo da revolução de outubro, o tema do direito começou a interessar progressivamente ao marxismo-leninismo por dois motivos. Em primeiro lugar, porque a mesma construção de uma sociedade socialista exigia constituir-se o problema de uma **legalidade socialista**. Tal é o caso do jurista soviético Stucka que, junto a Paschukanis e Vischinsky entre outros, assumiu a tarefa de iniciar uma **teoria socialista do direito**, chegando a afirmar que o direito devia ocupar um lugar de preferencial atenção dentro do materialismo histórico. (grifamos)

Nessa linha, para os juristas soviéticos “neomarxistas”, o Direito era o instrumento mais eficaz para a realização da luta contra a “sociedade burguesa”, tendo em vista que, se um dado momento a ordem jurídica atendia aos interesses burgueses, e sustentavam seu “poder de domínio”, por consequência, no momento da dominação da classe trabalhadora, esta mesma ordem jurídica, substituída por uma nova, a qual garante direitos e regras a favor do proletariado, pode dar fundamento e sustentação ao poder político do povo. Dito fenômeno sintetiza o que CALERA chama de “transposição da luta de classes para o mundo jurídico” (1978, p. 27), quer dizer, para os juristas citados, a luta de classes se realiza no Direito, e não na ordem estrutural econômica de base social.

A elaboração, pois, de uma teoria socialista do direito (ou teoria “crítica” do direito de bases marxistas) teve por objetivo, no contexto europeu, sustentar uma nova forma de interpretação jurídica e de concreção das normas jurídicas positivas. Por isso, dita teoria nunca teve pretensões de estabelecer premissas fundamentais ou de expor complexidades maiores, mas, sim, de propugnar por orientações básicas para uma mudança efetiva no âmbito da *praxis* jurídica e da atuação dos juristas nos conflitos sociais.

Pode-se dizer, pois, que o “uso alternativo do direito” e o “direito alternativo” vêm da mesma fonte teórica socialista do direito, consoante CALERA (1978, p. 19):

O uso alternativo do direito se inscreve dentro das atuais tendências neomarxistas que sabem bem de como têm evoluído as estruturas dos sistemas capitalistas avançados e concluem, sob princípios estritamente marxistas, que não cabe manter as mesmas análises nem as mesmas estratégias que em outros tempos já muito longínquos.

De qualquer forma, a luta política foi abandonada e passou-se a realizar a luta pela efetivação dos direitos fundamentais, por meio da interpretação jurídica – e, assim, para continuar opondo-se ao “direito oficial” liberal-kelseniano, a teoria da interpretação principiológica da Constituição e a defesa do pluralismo jurídico foram soluções teóricas para que o direito alternativo permanecesse vivo (com uma nova roupagem). Dita postura foi chamada pelos alternativistas de “uso alternativo **razoável** do direito”.

O uso alternativo europeu do direito, assim, encontrou na teoria constitucional o suporte teórico necessário para sua aceitação, mais ampla, na ciência jurídica. E, no que tange à prática jurídica, encontrou, na interpretação jurídica elaborada pelos juízes, com fundamento na Constituição, a legitimidade então inexistente no período esquerdista-marxista anterior.

Nas palavras de SAAVEDRA,

[...] O UAD aglutinou durante alguns anos, sobretudo na Itália, e em menor medida na Espanha e outros países, um setor significativo da magistratura e da ciência jurídica comprometidos com os valores jurídicos e políticos da esquerda. Hoje em dia, sem embargo, é visto como um fenômeno já superado, associado a uma conjuntura política e ideológica específica, que já não mais existe e, portanto, carente de valor para a teoria e a prática atuais. Atualmente, há uma tendência de falar-se de ‘uso garantista do direito’ ou simplesmente de garantismo jurídico. [...] o declinar do UAD se deve, sobretudo, na modificação do clima ideológico produzido pela crise da esquerda marxista, e o abandono e marginalização do projeto político baseado na luta de classes e tendente à transformação radical da sociedade capitalista. (SAAVEDRA, 2004, p. 33 e 34)

O referencial ideológico do movimento – o marxismo – notadamente em crise, foi abandonado pelos partidários do uso alternativo do direito, diante do consenso perante as Constituições democráticas e a aliança política em torno da função e do poder do Parlamento. Contudo, os “ideais socialistas” como a implementação da revolução social perante o poder “das elites”, a aplicação da legalidade “esquecida” em favor das classes sociais mais

desfavorecidas, o reconhecimento jurídico (força normativa) do direito “paralelo” ou gerado diretamente na sociedade, por grupos heterogêneos (as “minorias étnicas” ou sociais), com fundamento nos direitos humanos e no princípio “geral” da dignidade da pessoa humana, ainda permanecem na atuação dos juristas favoráveis ao ativismo.

Por isso, a diferença entre as premissas teóricas e circunstâncias fáticas que resultam no “neoconstitucionalismo” e as ideias ativistas são muito tênues. Nesse sentido, isso vem reforçar a tese de que se trata, ao fim e ao cabo, de um único fenômeno jurídico-social, heterogêneo.

Nesse sentido, SAAVEDRA chega a criticar o movimento do direito alternativo brasileiro, que, segundo o autor, resultou num antilegalismo e num déficit de legitimidade exatamente diante da falta de consenso político social e do desequilíbrio socioeconômico da sociedade brasileira; em comparação com o uso alternativo europeu, afirma o já mencionado autor:

Ainda que sofresse de uma falta de eficácia pela precariedade de amparo social e institucional, podemos dizer que o velho UAD era uma prática legal. [...]

Não pretendia uma ruptura do princípio da legalidade (em sentido amplo), mas sim propugnava uma interpretação distinta das leis, apoiando-se nos preceitos constitucionais e também nos princípios gerais do Direito. Suas condições de possibilidade como prática legal eram dadas por esses princípios e pela Constituição, especialmente por se tratar de uma Constituição dotada de força vinculante e não simplesmente de um ideário político. Com este caráter, **a Constituição não só pode se fazer presente pelo Tribunal Constitucional, com também os juízes ordinários estão obrigados a aplicá-la, ainda que, ao menos nos países europeus nos quais chegou a reivindicar um UAD, não possam declarar nula uma lei que estimem contrária a alguma de suas disposições. O controle de constitucionalidade das leis fica nas mãos do Tribunal Constitucional, se bem que os princípios constitucionais projetem sua força normativa sobre a função jurisdicional em todos seus níveis, inspirando uma interpretação do direito conforme à Constituição.** (SAAVEDRA, 2004, p. 42 e 43; grifamos)

Ora, como na Europa existe apenas controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelos Tribunais Constitucionais, cabendo aos juízes ordinários tão somente interpretar as leis em consonância com os princípios constitucionais, claro está que o uso

alternativo do direito cresceu em meio à magistratura exatamente para tentar, na prática jurídica, exercer um poder que não têm (o poder de declarar nula uma lei). A finalidade é procurar, mediante a interpretação jurídico-constitucional, efetivar os ideais de justiça social e de movimento “contra o direito oficial”, este visto como o direito interpretado pelas “forças conservadoras” muitas vezes presentes nos próprios Tribunais Constitucionais.

Na visão de HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES, a “escola europeia” do uso alternativo do direito “tem sua origem na crise socioeconômica que varreu o capitalismo das nações industrializadas (principalmente Itália e Espanha) em fins dos anos 60” (1991, p. 187). Assim, o momento de reconstrução da Europa, no período do pós-guerra, significou também uma espécie de reconstrução do direito, razão pela qual a aproximação da esfera jurídica com a política deu-se com maior intensidade e visibilidade:

No solo do surgimento do “Uso Alternativo do Direito” temos um direito estatal bem melhor aparelhado e garantidor dos direitos da classe trabalhadora, fruto de muitas lutas por ela empreendidas principalmente a partir do século XVIII. Também o surgimento da social-democracia na Europa levou ao desenvolvimento e ampliação de uma série de direitos sociais. Com isso a maioria das lutas jurídicas se dá no sentido do cumprimento dos direitos já existentes mais do que na reivindicação de novos direitos (RODRIGUES, 1991, p. 188).

Dessa forma, no âmbito europeu, o embate político-partidário se realiza nos Parlamentos; e a ação político-social, por meio do direito, se efetiva pelo uso alternativo praticado pelos juízes por meio da interpretação constitucional.

### **2.1.1 França – O movimento *Critique du Droit***

O movimento “Crítica do Direito” foi fundado em 1978 por juristas (em sua maioria, professores universitários) com orientação socialista que visava a constituição de uma nova teoria do direito, fundada nas premissas marxistas do materialismo histórico e da luta de classes (MIALLE, 1999). Observe-se que sua fundação ocorreu dez anos depois dos

“acontecimentos de 68”<sup>3</sup> na França, os quais se caracterizaram por seu aspecto revolucionário e progressista.

Ditos juristas iniciaram seus estudos revisitando algumas posições de teóricos marxistas franceses sobre a teoria do direito, até então considerada “supérflua” ou sem importância por se tratar de uma visão “ortodoxa” das ideias do próprio Marx sobre o fenômeno jurídico.

Consoante MICHEL MIAILLE (1999, p. 188 e 189),

Os anos 60 assistiram a uma mudança importante: uma nova escola marxista althusseriana e a redescoberta de Gramsci, um interesse renovado pelo direito por parte dos economistas e dos historiadores, especialmente M. Foucault. Este movimento de idéias foi acompanhado, e algumas vezes suscitado, por um movimento social e econômico [...].

Mais ou menos na mesma época, alguns docentes se reuniam regularmente, em um seminário perto de Lyon, e compartilhavam suas reflexões dentro de um objetivo comum: dar lugar a uma crítica do direito nas Faculdades de Direito.

Percebe-se, pois, que o movimento “Crítica do Direito” na França constituiu-se por iniciativa dos professores universitários, teóricos do Direito, e seu objetivo era, em verdade, criar uma nova escola jurídica, propondo novas concepções teóricas e metodológicas da Ciência Jurídica. A “novidade” do movimento era, exatamente, fomentar a aproximação entre o direito e a política, a partir de uma visão de sociedade baseada no conflito social:

Pode-se distinguir dois períodos do movimento: o de uma tentativa muito ambiciosa de **reconstrução de uma teoria geral do direito** e aquela, ulterior, mais prudente, de uma análise concreta do jogo dos mecanismos jurídicos na sociedade burguesa. O período da fundação (1978) é marcado pelo “manifesto” que estabelece as bases do movimento: **o Estado e o Direito são fenômenos resultantes da luta de classes**, de modo que uma análise pretensamente neutra do direito não faz senão reforçar a dominação

<sup>3</sup> Em março de 1968, estudantes tomaram a torre administrativa da Universidade de Nanterre e criaram o movimento “22 de março”. Foi o início de uma série de revoltas estudantis na França que culminaram na greve geral em maio do mesmo ano. O movimento estudantil visava enfraquecer o governo de Charles de Gaulle, e era basicamente sustentado por jovens de ideologia socialista, feminista e “libertária”. Em junho do mesmo ano de Gaulle vence as eleições legislativas e permanece com poder político – Fonte: Jornal Folha de São Paulo *on line*, especial “Maio de 68”, de 30 de abril de 2008. O texto está presente na Internet – Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foalha/mundo/ult94u396744.shtml>>. Acesso em: 26 de julho de 2012.

do modo de produção capitalista pelo idealismo e pelo formalismo burguês.  
[...]

Em consequência, **o objetivo do movimento é transformar as práticas de ensino e pesquisa nas Faculdades de Direito** e, portanto, de contribuir para um outro conhecimento do direito **dentro da perspectiva de uma transição para o socialismo**. Esta posição **tão teórica quanto política** se tornou **alternativa** para as práticas tradicionais das Faculdades de Direito (grifamos; MIAILLE, 1999, p. 189)

O movimento francês evoluiu, no início dos anos 80, do discurso jurídico para a análise de temas reais e práticos da realidade do direito: representação, jurisprudência, acesso à justiça, tratamento de conflitos e o papel do juiz. Instituições foram criadas para estudo destes fenômenos de modo a dar cientificidade às análises e resultados: *Centro de Epistemologia Jurídica e Política* de Lyon (CEJEP); *Centro de Pesquisas Críticas sobre o Direito*, de Saint-Etienne (CERCRID); e o *Centro de Estudos e de Pesquisa sobre a Teoria do Estado*, de Montpellier (CERTE).

Os acontecimentos políticos ocorridos na França tinham como fundamento teórico uma “recuperação” das teorias marxistas, as quais sofreram uma espécie de “metamorfose” consoante as mudanças sociais. A própria ideia de revolução social, baseada no conflito, sobreveio como uma resposta ao modelo sociopolítico e econômico adotado pela Europa do pós-Segunda Guerra Mundial, sujeito a críticas na forma de reconstrução e reestruturação dos países.

Nesse sentido, segundo ALAN HUNT (1999, p. 483),

O grande renascimento do interesse pelo marxismo após os anos 60, produziu uma avalanche de obras de inspiração marxista na Europa Ocidental e, em menor escala, nos Estados Unidos. Distinguimos, nele, várias correntes, contudo não devemos procurar nelas uma correlação precisa nem variações de posições políticas. Existe, sob o ponto de vista teórico, uma leitura de Marx cada vez mais sofisticada e uma redescoberta de marxistas como Pasukanis<sup>4</sup> e Renner. Além disso, existe uma corrente especialmente forte que segue o caminho gramsciano<sup>5</sup>. [...]

---

<sup>4</sup> Alternativistas como Nicolás Calera fundamentam seus estudos acerca do uso alternativo do direito no pensamento deste autor.

<sup>5</sup> Autores como Tarso Genro e Edmundo Lima de Arruda Junior, alternativistas, tinham grupos de estudo sobre a obra de Antonio Gramsci.

Na Alemanha Ocidental, uma corrente, que tinha afinidades com Pasukanis, procurava uma compreensão do Estado e do direito a partir da natureza das relações capitalistas de produção (vide Holloway e Picciotto, 1978). Uma leitura estruturalista, como a de Althusser, salienta o direito como uma conjunção de modos de dominação repressivos e ideológicos, enquanto que a corrente de inspiração gramsciana, chama a atenção sobre o papel desempenhado pelo direito na produção da hegemonia (vide Poulantzas, 1978, e Sumner, 1979). Na Inglaterra, a abordagem histórica, cujo exemplo capital está na obra de E. P. Thompson, forneceu uma crítica do antilegalismo entre os socialistas tradicionais e defende a importância do direito como necessário a todo e qualquer projeto de uma possível democracia socialista (vide Thompson, 1975). Essas correntes recentes inspiram um grande número de escritos mas, delas, não surge uma síntese teórica. Procura-se, em vão, uma teoria geral marxista do direito.

Nos anos 80, assistiu-se a um recuo defensivo da teoria marxista, embora essa teoria tenha exercido uma importante influência sobre outros acontecimentos recentes da teoria do direito contemporâneo, **principalmente sobre os estudos ditos “críticos do direito”** (grifamos).

A teoria marxista do direito, que concebe o direito como um produto das forças de um modo de produção dominante e resultante das relações conflituosas entre classes sociais, na verdade, é uma obra teórica advinda das leituras feitas por juristas que se alinhavam às ideias de Karl Marx – tendo em vista que o mesmo nunca havia deixado uma teoria jurídica elaborada, posto que o direito não era objeto de sua análise e pesquisa. Remonta, na Europa Ocidental, a uma “tradição social-democrata marxista”, a qual teve como grande representante o jurista austríaco KARL RENNEN.

Por sua vez, recorde-se que RENNEN buscou em seus estudos aliar ideias marxistas com o pensamento social-democrata. Com efeito, tal autor propugnava uma síntese entre uma regulação estatal centralizada e uma ação limitada do Estado sobre os atos do cidadão. Dessa forma, o direito deveria ser um instrumento para ordenação da regulação econômica, e, ao mesmo tempo, serviria de mecanismo de garantia dos direitos individuais e coletivos contra o Estado.

Sobre a teoria crítica do direito, de fundamento marxista, a relevante análise de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2008, p. 23):

Por teoria crítica entendo toda a teoria que não reduz a “realidade” ao que existe. A realidade qualquer que seja o modo como é concebida é

considerada pela teoria crítica como um campo de possibilidades e a tarefa da teoria consiste precisamente em definir e avaliar a natureza e o âmbito das alternativas ao que está empiricamente dado. A análise crítica do que existe assenta no pressuposto de que a existência não esgota as possibilidades da existência e que portanto há alternativas suscetíveis de superar o que é criticável no que existe. O desconforto, o inconformismo ou a indignação perante o que existe suscita impulso para teorizar a sua superação.

O impacto da obra de Michel Mialle, *Introdução Crítica ao Direito*, no imaginário jurídico brasileiro teve a intensidade suficiente para motivar os primeiros movimentos “pré-alternativistas” no Brasil e na América Latina. Nesse sentido, é o relato de MIGUEL PRESSBURGUER (1995, p. 27):

A segunda metade dos anos 70 foi marcante na América Latina por dois movimentos de revisão de dogmas: a Teologia da Libertação e a Crítica ao Direito. Se, segundo consta, o primeiro teve suas origens e raízes na própria América Latina, o segundo foi ainda um produto de importação, a “Critique du Droit”. [...]

Em seguida, em que pese à “Critique du droit” ter sido gestada em uma sociedade na qual o Estado de Direito é cultuado como sustentáculo da cidadania, a sua transposição para a América Latina teve ainda o mérito de estimular o combate ao formalismo, ao positivismo e ao dogmatismo, com conteúdos diferentes da crítica a eles feita pelos autores franceses, a tal ponto que influenciou todas as irrequietas escolas de pensamento jurídico, assessorias jurídicas a movimentos sociais e mesmo advogados e juristas progressistas isoladamente.

A “Nova Escola Jurídica Brasileira” (conhecida como “NAIR”), fundada por Roberto Lyra Filho (JUNIOR, 2008), foi o embrião do Movimento do Direito Alternativo (“MDAB”), formado pelos juízes gaúchos na década de noventa. O segundo movimento foi a formação da ALMED (Associação Latino-americana de Metodologia e Ensino do Direito), fundada por Luis Antonio Warat, na Argentina, em 1974, e depois “transferida” para a Universidade Federal de Santa Catarina quando o mesmo Warat assume como professor da Faculdade de Direito<sup>6</sup>.

Estas duas associações foram responsáveis pela expansão das ideias de Mialle no Brasil, principalmente por meio das suas revistas, “Direito e Avesso” e “Contradogmáticas”, respectivamente. Portanto, em termos de ideias, o pensamento de Mialle foi fundamental para

---

<sup>6</sup> Informações dadas em entrevista com o Professor José Alcebíades de Oliveira Junior, em 20 de março de 2012.

a fundamentação ideológica do movimento; contudo, em termos de “ação concreta”, o Movimento do Direito Alternativo teria se inspirado muito mais no movimento italiano de juízes do “uso alternativo do direito”, até porque alguns juízes gaúchos participantes do alternativismo realizaram estudos de pós-graduação naquele país<sup>7</sup>.

### 2.1.2 Itália: a *Magistratura Democrática* e o uso alternativo do Direito

O processo de reconstrução político-social da Itália no período do pós-guerra passou, primeiramente, por um momento de expansão econômica e industrial para, após, sofrer conflitos sociais significativos. Mais precisamente, entre 1968 e 1969 (tal qual ocorrido na França), explodiram movimentos sociais estudantis, e lutas armadas por revolucionários radicais de esquerda, chegando o país a uma verdadeira guerra civil.

Essa mudança no cenário político italiano deve-se, em grande parte, a uma reformulação ideológica das esquerdas, consoante relata LÉDIO ANDRADE:

[...] a estratégia de lutas armadas de esquerda mudou completamente. A ideia de revolução armada para a tomada do poder, exportada pelos comunistas do leste europeu, foi abandonada e em seu lugar optou-se por um resgate das teorias de Antonio Gramsci, principalmente por sua tática de guerra de posição. Assim, **o chamado eurocomunismo adaptou-se às condições socioeconômicas locais e como estratégia para chegar ao poder empenhou-se em conquistar posições não só na sociedade civil, mas, também, nas instituições estatais, aí incluindo-se o Direito, ou o aparato jurídico oficial** (grifamos; 1996, p. 237)

A aproximação dessa nova ideologia de esquerda com o Direito pode explicar a ação concreta e articulada de juristas italianos, neste período conturbado da política no país, no sentido de assumir, institucionalmente, a posição de “representante do povo” e de “guardião da democracia”. A demanda judicial passou a ser o instrumento de ação dos profissionais do

---

<sup>7</sup> O juiz Eugênio Fachini Neto, o qual proferiu a sentença, em 1990, que é considerada a “primeira sentença alternativista” (vide ponto 2.2.3 do presente capítulo), realizou estudos de Doutorado na Itália, em Firenze, mas manteve-se na linha doutrinária do Direito Privado (especificamente, da Responsabilidade Civil – fonte: *curriculum Lattes*).

direito, principalmente dos juízes, os quais passaram a relativizar a aplicação do direito positivo vigente em favor de “novos” princípios gerais de direito, derivados dos “princípios fundamentais” da Constituição italiana<sup>8</sup>.

Assim, no relato de MIGUEL PRESSBURGER,

[...] a inauguração do *alternativo*, no que se refere ao direito, pode se situar na Itália pós-fascista (possivelmente, um movimento anterior, também italiano, o *Socialismo Giuridico* devesse ser citado), quando uma estrutura jurídica arcaica não dava conta ou não queria reconhecer os avanços sociais expressados na Constituição de 1947, com fortíssima influência dos partidos comunista e socialista e da esquerda da democracia cristã. Sem querer fazer paralelo com a nossa atualidade, o Poder Judiciário italiano insistia em subverter a elegante geometria da pirâmide kelseniana, baseando seus julgados em legislação pré e infraconstitucional, a pretexto de ausência de normas complementares ou reguladoras decorrentes da *gründnorm*. Nesse quadro nasce a Magistratura Democratica Italiana, promovendo interrogantes dramáticas, pondo em evidência a crise da mediação jurídica, e dando uma cambalhota na interpretação das normas (ou colocando-a de pé?), numa hermenêutica até então governada por regras rígidas: assim surge o “primeiro” *uso alternativo do direito*.

A ação concreta dos juízes italianos era efetivada, primeiramente, nas decisões judiciais. No entanto, o processo de transformação do “uso alternativo do direito” numa práxis “institucionalizada” no Judiciário italiano ocorreu, consoante PRESSBURGUER (1995, p. 26), a partir de 1969, com um sucedâneo de crises sociais e políticas advindas da reformulação da economia capitalista, combatida pelo pensamento socialista de “reinvenção” do modelo econômico marxista.

O movimento italiano contava com a ação conjunta de magistrados, advogados e estudantes de Direito (ANDRADE, 1995). A participação de professores universitários

---

<sup>8</sup> A Constituição Italiana “Republicana” (chamada assim posto que aprovada logo após a Segunda Guerra Mundial, significando, assim, Constituição “Democrática”), aprovada em 22 de dezembro de 1947 e promulgada em 27 de dezembro de 1947, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1948, nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º, define como “princípios fundamentais”, a dignidade do homem, o respeito à sua individualidade e personalidade e, ao mesmo tempo, a “dignidade social”, quer dizer, o “cidadão” que tem seus direitos garantidos pela República. Este último princípio foi um dos mais invocados pelos magistrados italianos para pôr em prática o “uso alternativo do direito”, criando direitos subjetivos em face de leis positivas que não previam tais direitos (Texto original da Constituição Italiana, segundo a versão na Internet – Disponível em: <[http://commons.wikimedia.org/w/index.php?title=File:Italia,\\_Repubblica\\_\\_Costituzione,\\_testo\\_originale.pdf&page=14](http://commons.wikimedia.org/w/index.php?title=File:Italia,_Repubblica__Costituzione,_testo_originale.pdf&page=14)>. Acesso em: 25 de julho de 2012).

também foi significativa, principalmente por se tratar de um período, na Itália dos anos 60, bastante conturbado no ensino do Direito, em meio a debates sobre novas teses sobre a Ciência Jurídica e a Teoria do Direito.

Dito movimento formulou, de maneira teórico-prática (uma espécie de linha de pensamento), a chamada *jurisprudência alternativa*, cuja expressão, por si mesma, demonstra que se trata de uma reorientação das premissas teóricas do Direito dada, eminentemente, pela *praxis*. À respeito da *jurisprudência alternativa*, refere PIETRO COSTA (apud ANDRADE, 1995, p. 239):

As linhas de uma jurisprudência ‘alternativa’ começam, pois, a ser definidas, partindo da linha divisória de 1968-1969 e aprofundando-se aproximativamente, dentro de todo o primeiro quinquênio dos anos setenta, por iniciativa de juízes e juristas de cátedra para os que o enunciado ‘justiça de classe’ valeu como chamada a uma reorientação radical do próprio marco de referência<sup>9</sup> (tradução nossa).

Dessa forma, segundo ANDRADE (1995), a *jurisprudência alternativa* italiana possuía, em verdade, um projeto político a ser efetivado, por meio da atividade judicial, em duas frentes: a) num ponto de vista interno, visando modificar o conteúdo das decisões e o método (ou forma) de decidir; b) num ponto de vista externo, modificar a própria postura do juiz, mais acessível às partes, um juiz mais visível e mais “público”, devendo ser parcialmente favorável às camadas sociais vulneráveis e aos anseios mais urgentes da sociedade.

A vinculação do movimento da *jurisprudência alternativa* (a qual deu origem à concepção geral teórica do *uso alternativo do Direito*) ao marxismo era “real e direto” (ANDRADE, 1995, p. 240). O objetivo dos magistrados italianos – unidos sob a forma associativa a qual chamaram “Magistratura Democrática” – e dos demais juristas imbuídos da postura alternativista era “chegar ao socialismo de forma pacífica, pela via constitucional, utilizando-se do Direito” (ANDRADE, 1995, p. 241).

---

<sup>9</sup> No original: “Las líneas de una jurisprudencia ‘alternativa’ empiezan pues a ser trazadas, partiendo de la línea divisoria de 1968-1969 y adensándose aproximativamente, dentro de todo el primer quinquenio de los años setenta, por iniciativa de jueces y juristas de cátedra para los que la consigna ‘justicia de clase’ había valido como llamada a una reorientación radical del propio marco de referencia”.

Nestes termos, o uso alternativo do direito se resolve no **processo de reapropriação social da função normativa** – que se desenvolve e se desenrola contextualmente à modificação dos equilíbrios entre as forças sociais e políticas – na construção de novas formas de ‘auto-organização’ dos produtores, na difusão de instrumentos de democracia e de controle popular no tecido da sociedade civil, na *institucionalização* dos ‘espaços’ de luta, no interior dos aparelhos de direção da economia, que permitam manter a iniciativa política das classes trabalhadoras (grifos em itálico, do autor; grifamos, em negrito; tradução nossa – BARCELONA apud ANDRADE, 1995, p. 241).<sup>10</sup>

De fato, a formação da *Associação Nacional de Magistrados Italianos* foi determinante para a difusão da *jurisprudência alternativa*. Os magistrados eram proibidos de associarem-se, e, com o fim do fascismo, puderam organizar-se para fins de fortalecer o aspecto corporativo da Magistratura. LÉDIO ANDRADE explica que a Associação dos Magistrados Italianos teve forte influência na elaboração da Constituição de 1947:

Apresentando-se à sociedade como uma associação de ideologia unitária e coerente, representante de todos os magistrados, possuiu, naquela época, bastante força, a ponto de influenciar a Assembléia Constituinte na elaboração da Constituição Republicana da Itália [...] Entretanto, o período pós-fascista caracterizou-se, do ponto de vista da atividade judicial, pela atitude amplamente reacionária da maioria dos magistrados, em especial a Corte de Cassação [...] (1995, p. 245 e 246).

Os conflitos entre os magistrados aumentaram após o exercício prático da Corte de Cassação italiana como Corte Constitucional. As primeiras demandas e recursos envolvendo questões constitucionais eram analisados, na época, pela Corte de Cassação, pois a Corte Constitucional italiana só foi criada em 1956, passando a ser o órgão responsável pelo julgamento e apreciação de todas as ações judiciais questionadoras de algum preceito ou norma constitucional.

Nesse período os magistrados dividiram-se em dois grupos: os “conservadores” – chamados por ANDRADE (1995) de “fascistas”, pois aplicavam as normas positivas do

---

<sup>10</sup> No original: “En estos términos, el uso alternativo del derecho se resuelve en el proceso de reapropiación social de la función normativa – que se desenvuelve y desarrolla contextualmente a la modificación de los equilibrios entre las fuerzas sociales y políticas – en la construcción de nuevas formas de ‘autoorganización’ de los productores, en la difusión de instrumentos de democracia y de control popular en el tejido de la sociedad civil, en la *institucionalización* de los ‘espacios’ de lucha, en el interior de los aparatos de dirección de la economía, que permitan mantener la iniciativa política de las clases trabajadoras”.

direito vigente; e “reacionários”, estes últimos defensores da *jurisprudência alternativa*. O primeiro grupo era, na sua maioria, composto por magistrados da Corte de Cassação; já o segundo grupo, era composto de magistrados de primeiro grau, oriundos da *Associação dos Magistrados Italianos*.

Contudo, essa divisão não pode ser considerada estanque. Magistrados considerados “conservadores” eram favoráveis à correção legislativa ou interpretativa de leis com conteúdo totalitário advindo do regime fascista anterior, mas não concordavam com a postura mais “política” e “parcial” do juiz. Por sua vez, outros magistrados, considerados “reacionários”, eram favoráveis a uma postura mais política e pública do juiz, mas não concordavam com aplicações do direito *contra legem*.

De fato, no interior da *Associação dos Magistrados Italianos*, ocorreu uma divisão de grupos a ponto de resultar na cisão da organização, em 1961. Assim, magistrados de Cortes Superiores formaram outra entidade chamada *União das Cortes*, mais tarde mudando o nome para *União de Magistrados Italianos*; os magistrados de primeiro grau permaneceram na *Associação dos Magistrados*, porém, em diversas linhas ideológicas, umas mais moderadas, outras mais radicais (ANDRADE, 1995). O quadro a seguir expõe a tipologia proposta por RENATO TREVES sobre a magistratura italiana neste período:

Quadro 1 – Linhas valorativas da Magistratura Italiana (anos 60/70)

Grupo de magistrados	Linha ideológica	Finalidade de ação
<i>União de Magistrados Italianos</i>	Estrutural-funcionalista	Ação moderada: gradual concretização da Constituição de 1947
<i>Associação de Magistrados Italianos</i>	Conflitismo pluralista	Ação crítica reformista: mudança social pela atividade judicial e implantação progressiva da justiça
<i>Magistratura Democrática</i>	Conflitismo dicotômico de tipo marxista	Ação radical: predomínio da justiça sobre a segurança jurídica; função

		criadora do juiz; criação, pela atividade judicial, de uma sociedade igualitária e sem divisão de classes
--	--	---

Fonte: TREVES apud ANDRADE, 1995, p. 248.

Outra classificação possível foi proposta por PIETRO BARCELLONA, no quadro a seguir:

Quadro 2 – Divisão de grupos ideológicos na Magistratura Italiana (anos 60/70)

Grupo de magistrados	Linha ideológica	Finalidade de ação
<i>União de Magistrados Italianos</i>	Conservadora	Ação moderada
<i>Associação de Magistrados Italianos</i>	Pluralista – com várias linhas ideológicas	Ação crítica reformista
<i>Associação dos Magistrados Independentes</i> (magistrados do Conselho Superior da Magistratura)	Reformista “de direita”	Ação reformista “conservadora”
<i>‘Empenho’ Constitucional</i>	Interpretação Constitucional evolucionista	Ação reformista “constitucional”: o juiz como intérprete da Constituição e aplicador dos princípios constitucionais em favor das instâncias plúrais da sociedade
<i>Magistratura Democrática</i>	Reformista “de esquerda”	Ação reformista “radical”: o juiz exerce um papel político na sociedade, e coloca-se a favor da classe social mais oprimida, ao mesmo tempo, proclamando-se fiel à Constituição

Fonte: BARCELLONA apud ANDRADE, 1995, p. 247.

Em ambas as classificações, pode-se observar que o grupo mais ideologicamente identificado é o da *Magistratura Democrática*, ainda que seja possível identificar, no grupo da *Associação dos Magistrados Italianos*, juízes “mais positivistas” ou, até, ainda remanescentes do pensamento totalitário e defensores do regime fascista.

No entanto, é a *Magistratura Democrática* o grupo de magistrados responsável pelo movimento da *jurisprudência alternativa* e da concepção do *uso alternativo do direito*. Suas manifestações públicas eram notoriamente político-ideológicas, ainda que não pertencessem (por vedação legal diante do cargo de magistrado) a algum partido político:

Descoberta a politicidade da função judicial e no seio de uma magistratura renovada com vários magistrados novos que não tinham vivido os horrores do fascismo, criou-se a *Magistratura Democrática – M.D.* – no ano de 1964, por juízes mais de esquerda, que organizaram, anos depois, o *uso alternativo do direito*. [...]

Esse grupo de juízes caracterizou-se por uma postura progressista, de fundo marxista, menos preocupado com a legalidade e mais próximo dos problemas sociais. Seus membros criticavam o positivismo jurídico, seu distanciamento da população e buscavam exercer uma atividade jurídica comprometida com uma ideologia, visando a mudanças na estrutura de poder da sociedade (ANDRADE, 1995, p. 249).

Nesse sentido, LÉDIO ANDRADE ainda refere que a *Magistratura Democrática* passou por um processo de mudança ideológica dentro de sua própria estrutura:

Sua formação pode ser dividida em duas etapas distintas: 1) **em sua etapa inicial (1964-1968) prevaleceu uma linha política liberal-democrática, com uma pluralidade ideológica de seus membros.** Entretanto, nesse período predominou uma orientação mais cultural e menos política. Frente ao reacionarismo fascista da jurisprudência dominante, o movimento buscou na Constituição sua fonte legitimadora e efetuou uma prática de adequação da legislação ordinária aos preceitos constitucionais. Nesta fase conseguiu maioria no Conselho Superior da Magistratura e 2) **numa segunda etapa (1968-1969), o movimento assumiu uma posição política mais concreta, de conteúdo socialista,** sendo a primeira vez que num Estado burguês um grupo de magistrados se declara contrário ao grupo dominante. Foi uma reação aos graves conflitos desses dois anos. Na década de setenta, a M.D. realizou vários congressos [...].

Após sua segunda fase, a M.D. restringiu-se a mais ou menos seiscentos magistrados, de um total de mais de seis mil (grifamos; 1995, p. 250).

A *Magistratura Democrática* agia, assim, como um movimento social, dentro do próprio Poder Judiciário. Deste modo, seus integrantes passaram a participar de reuniões em meio à sociedade civil, vinculando-se a sindicatos, associações, movimentos sociais e movimentos estudantis.

Embora não pudessem ser filiados a partidos políticos, muitos desses magistrados participavam de debates proporcionados pela esquerda italiana, colocando-se numa postura ativista social. Com o apoio dos partidos de esquerda, os magistrados da *Magistratura Democrática* organizaram uma coleta de assinaturas para aprovação de referendo com a finalidade de revogar o Código Penal, então considerado “fascista” e repressivo dos direitos de mobilização e ação dos trabalhadores e estudantes (ANDRADE, 1995). O número de assinaturas para o referendo não foi atingido, mas a mobilização dos juízes obteve ampla aprovação social.

Dessa forma, com parte da sociedade italiana aprovando suas atividades, os juízes da *Magistratura Democrática* passaram a “sofrer represálias” por parte dos órgãos disciplinares do Poder Judiciário no país. Vários juízes foram afastados de suas funções, por indisciplina; outros não obtiveram promoção e outros foram removidos para outras jurisdições. Consoante se nota na ótica de LÉDIO ANDRADE (1995), todos estes atos foram exercidos por “juízes da Corte de Cassação” que, utilizando “leis fascistas”, passaram a “perseguir” os magistrados ativistas.

Contudo, necessário salientar que postura diversa não seria esperada pelo Poder Judiciário italiano, representado por seus órgãos administrativos (como o Conselho da Magistratura). De certa forma, os juízes “alternativistas” ainda estavam atrelados aos princípios constitucionais da imparcialidade e da neutralidade, os quais também eram princípios que regiam a sua atividade jurisdicional, consoante as regras internas da magistratura italiana.

O fortalecimento da *Magistratura Democrática* veio, exatamente, com o suporte teórico dado pelos “críticos do Direito” ou “teóricos do Direito”, mormente professores

universitários. O primeiro Congresso promovido pela *Associação Nacional dos Magistrados*, realizado em Gardone, em 1965, foi, na verdade, o início da expansão das ideias da *Magistratura Italiana* (ANDRADE, 1995), posto que nesta oportunidade os magistrados comprometeram-se a utilizar, na sua prática jurisdicional, uma interpretação constitucional do direito, de modo a aplicar diretamente, nos casos concretos, os princípios constitucionais, em lugar da “pura” aplicação da lei.

A partir deste Congresso (no qual a maioria dos participantes eram magistrados), e diante dos conflitos sociais de 1968 e 1969, os magistrados da *Magistratura Democrática* alinharam-se a uma postura ideológica mais definida e assumiram discurso “articulado” principalmente a partir da produção científica de “críticos” do Direito simpatizantes com o pensamento de esquerda.

Consoante LÉDIO ANDRADE, os magistrados “começaram a usar os princípios constitucionais, não só como critérios gerais, mas como um compromisso concreto da magistratura em defesa da liberdade e da democracia” (1995, p. 253), colocando-se numa postura de “guardiões da Constituição”, tal qual a Corte Constitucional italiana. Ainda segundo o mesmo autor, “daí surgiu o *uso alternativo do direito*, discutido no Congresso de Roma, em 1971, e afirmado na reunião da Catania, em 1972, e o fim da *jurisprudência alternativa*, decidido no Congresso de Rimini, 1977” (1995, p. 253).

O Congresso de Gardone, em 1965, publicou, em seus anais, as seguintes conclusões, que passaram a ser vistas como orientações para as ações jurisdicionais dos magistrados italianos (ANDRADE, 1995):

1) **Pluralidade na interpretação jurídica:** o sistema jurídico normativo admite várias interpretações valorativas, inclusive divergentes, sendo todas consideradas igualmente válidas;

2) **Pluralidade na linguagem jurídica:** a linguagem jurídica não é homogênea, mas polissêmica;

3) **Valorização do papel do juiz:** o juiz tem atividade criadora, e a ele cabe, por sua autoridade e vontade, definir qual interpretação é a mais correta, para evitar incertezas no pluralismo interpretativo. O juiz é agente transformador da situação jurídico-política “hegemônica”;

4) **Modificação do método da decisão judicial:** substituição do “silogismo jurídico” positivista pela interpretação consoante o caso;

5) **Opção política do magistrado:** o juiz exerce atividade política, e, portanto, sua personalidade e seus valores são levados em conta na decisão judicial;

6) **Agir em conformidade com a Constituição:** orientação de interpretar as normas positivas, consoante a Constituição, colocando sempre esta última em primeiro lugar, de forma a evitar a corrente jurídica do “Direito Livre” (direito sem conteúdo e com interpretação jurídica livre, sem critérios);

7) **Redefinir o papel profissional do juiz:** afastar a imagem do juiz como um “funcionário de Estado” para alguém que “representa a sociedade” e “defende a democracia”.

Mais adiante, em 1971, no I Congresso da *Magistratura Democrática* (nesse momento agindo de forma independente da *Associação dos Magistrados Italianos*), realizado em Roma, as linhas políticas de ação dos magistrados foram definidas e aprimoradas. Dentro deste contexto, alguns trabalhos importantes de SALVATORE SENESE e LUIGI FERRAJOLI ao final ofereceram suporte teórico fundamentado para as práticas da *jurisprudência alternativa*, sempre operando com categorias marxistas como “jurisprudência burguesa” (que seria proveniente das elites do Judiciário “conservadoras”) e “emancipação das classes oprimidas” (ANDRADE, 1995), principalmente no tocante a uma reformulação doutrinal e dogmática do direito trabalhista e direito penal.

A ação política dos magistrados, neste Congresso, passou a ser legitimada numa nova fonte normativa: a Constituição Italiana. Ora, os magistrados, decidindo em favor dos princípios constitucionais, não estariam agindo *contra legem*, mas cumprindo a própria Constituição<sup>11</sup>, que não teria recepcionado as normas jurídicas positivas consideradas “fascistas” e “totalitárias”:

Não se trata de ‘desaplicar’ a lei, mas, pelo contrário, de cumprir uma norma cardeal do ordenamento; não se trata de direito livre, confiado à arbitrária discricionariedade e criatividade do intérprete, mas antes de direito estritamente vinculado ao programa emancipador e enunciado pela Constituição; não se trata de negação da normatividade nem de sua redução à mera expressão das dinâmicas sociais, mas, ao contrário, de negação do modo burguês de entender a normatividade como instrumento exclusivo da classe dominante. Em conclusão, não se trata, para a jurisprudência alternativa, de uma arbitrária tomada de partido, e sim de fidelidade a um compromisso em favor das classes submetidas já assumido pela Constituição Republicana (FERRAJOLI apud ANDRADE, 1995, p. 259 e 260; tradução nossa).

No Congresso de Catania, em 1972, reuniram-se, além dos magistrados, outros profissionais do direito, bem como professores universitários, para consolidar o *uso alternativo do direito* como uma linha de pensamento jurídico. As discussões e painéis deste Congresso resultaram em uma obra científica significativa, chamada *L’uso alternativo del diritto*, coordenada por PIETRO BARCELLONA, que contava com trabalhos direcionados tanto à prática jurídica (considerada uma verdadeira ação política) quanto a uma nova proposta de “hermenêutica crítica” do direito (ANDRADE, 1995).

A *Magistratura Democrática*, após o Congresso de Catania, passou a agir de forma mais articulada e “externa”, tendo em vista que tinha o apoio dos movimentos sociais na época. Para os magistrados do movimento, a *jurisprudência alternativa* somente atingiria a

---

<sup>11</sup> Nas palavras do autor, em original: “No se trata de desaplicar la ley, sino, por el contrario, de cumplir una norma cardinal del ordenamiento; no se trata del derecho libre, confiado a la arbitraria discrecionalidad y creatividad del intérprete, sino antes bien de derecho estrictamente vinculado al programa emancipador y enunciado por la Constitución; no se trata de negación de la normatividad ni de su reducción a mera expresión de las dinámicas sociales, sino, al contrario, de negación del modo burgués de entender la normatividad como instrumento exclusivo de la clase dominante. En conclusión, no se trata, para la jurisprudencia alternativa, de una arbitraria toma de partido, sino de fidelidad a un compromiso en favor de las clases sometidas ya asumido por la Constitución republicana”.

sociedade, e realizaria a “revolução social”, com o apoio das “massas” e dos movimentos sociais de trabalhadores, “excluídos” e demais “minorias”.

Assim, um ano depois do Congresso de Catania, realizou-se, em Florença (1973), um segundo Congresso da *Magistratura Democrática*, desta vez articulando ações políticas mais ligadas ao “novo constitucionalismo” italiano. Neste Congresso, a interpretação proposta pelos juízes do movimento era uma visão marxista da própria Constituição, criando, desse modo, uma concepção jurídica no mesmo sentido:

**Não está errado dizer ter produzido o movimento italiano um encontro entre o saber jurídico e o marxismo, conectando o Direito e a política, com o objetivo de construir uma nova sociedade, como um todo.** Dito de outra forma, os requisitos teóricos do movimento devem ser buscados nos **suportes teóricos do materialismo histórico sobre o Direito.** [...]

A sentença, por exemplo, buscava ter uma relação com o sistema positivo e ter um comprometimento com uma nova leitura das normas em vigor, para buscar superar as contradições lógico-históricas da sociedade italiana mediante uma **hermenêutica que punha a norma constitucional em supremacia às normas infraconstitucionais** (grifamos; ANDRADE, 1995, p. 265 e 266)

A *Magistratura Democrática*, enquanto movimento, o *uso alternativo do direito*, enquanto suporte teórico, e a *jurisprudência alternativa*, enquanto prática jurídica, sofreram o processo de reformulação (ou “reinvenção”) na Itália quando os partidos de esquerda perderam as eleições de 20 de junho de 1976 (ANDRADE, 1995). A perda da eleição gerou um desgaste para o movimento, aliado às propostas do governo italiano, nesse período, de ações concretas de combate às greves, às lutas armadas, à guerra civil urbana e ao tráfico de drogas, todas chamadas de “ações de emergência”.

O grupo dos juízes da *Magistratura Italiana* seguiu reduzido, contudo, contou com o apoio de boa parte de teóricos críticos do Direito que, em Congresso realizado em 1977 (Congresso de Rimini), propuseram a reformulação do *uso alternativo do direito* para o *garantismo*.

Dentro desta mesma linha de argumentação, seria necessário recordar o relato feito por LÉDIO ANDRADE (1995, p. 273 e 274):

Em realidade, o *uso alternativo do direito* terminou, não por ter sido derrotado por seus opositores e críticos, mas devido ao abandono de seus próprios integrantes, que seguiram os novos rumos da esquerda política, mais precisamente, do Partido Comunista Italiano, deixando a atividade jurídica transformadora. [...] o *uso alternativo do direito*, na Itália, de início com idéias bastantes otimistas, foi teorizado por alguns professores, magistrados e outros juristas. Acabou, contudo, consubstanciando-se em uma estratégia executada, em um determinado contexto histórico, por um grupo de juízes de ideologia de esquerda, oriundo da Magistratura Democrática.

### 2.1.3 Espanha – movimento *Jueces por la Democracia*

De forma semelhante à Itália, a Espanha vivenciou um período político-institucional delicado após os anos 60, principalmente na chamada “era Franco”, no qual o país viveu sob regime autoritário em pleno pós-guerra. Assim, as primeiras ideias sobre o *uso alternativo do direito* chegaram à Espanha após as traduções, para a língua espanhola, de significativas obras de RENATO TREVES (*El juez y la Sociedad*), PIETRO BARCELLONA (*El Estado y los juristas*) e LUIGI FERRAJOLI (*Política y Justicia en el Estado Capitalista*), feitas por JUAN RAMON CAPELLA e PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, lembrando que este último autor é magistrado (ANDRADE, 1995).

A partir da recepção das ideias italianas, juristas espanhóis passaram a articular ações políticas anti-franquistas, tendo a primeira tentativa de associação realizada no Congresso de Advogados em León, em junho de 1970 (ANDRADE, 1995). Posteriormente, em Granada (1977), ocorreu um Seminário Jurídico sobre o *uso alternativo do direito*, tendo sido promovido por professores universitários os quais se alinhavam a uma hermenêutica “crítica” do direito.

Os juízes espanhóis tiveram poucas oportunidades de associação, devido ao reduzido poder de ação do Judiciário no país, dentro do cenário do regime franquista. O primeiro movimento social do Judiciário na Espanha formou-se em 1971 sob a denominação de *Justiça Democrática*, constituído por juízes, funcionários da justiça, promotores, todos de linhas ideológicas diferentes, mas que buscaram exercer, de forma política, alguma resistência aos abusos e ao regime de exceção vivido no país na época.

O grupo passou a agir de forma isolada, mediante a publicação de textos anônimos. Aos poucos vários de seus membros aproximaram-se da ideologia marxista, consoante relata MANUEL PERIS GOMEZ, magistrado:

Foi em meados de 1967. Recordo que foi Pedro Nacher, valenciano como Antonio e eu, quem nos disse que podíamos organizar umas tertúlias semanais para falar de cinema, de arte, de filosofia, etc., nas que podia vir também Luis Valentín, seu grande amigo. Nos pareceu bem e nos recordamos dos nomes de Fernando Ledesma, recém chegado a Barcelona em seu primeiro destino e Carlos Jiménez Villarejo. Em menos de um mês, o grupo se duplicou [...] e em dois meses se estava falando de filosofia marxista, de partidos políticos e de democracia, até que um dia Antonio Carretero disse, pouco mais ou menos, “bom, então está bem; paramos as carretas e vamos conspirar. Vamos criar uma consciência democrática dentro da Administração da Justiça”. Em um ano o grupo superava vinte pessoas e acreditamos ser necessário sair do âmbito catalão. [...] Em dois anos se estendeu por toda a Espanha e em 1974 acordamos chamá-lo *Justiça Democrática* (apud ANDRADE, 1995, p. 288)

Assim, em 1977, ocorreu o *I Congresso Nacional de Justiça Democrática*, no qual o objetivo principal era propor o retorno a um Estado Democrático, de fundamentos liberais e sociais, com poderes independentes e com uma organização da justiça que permita uma ação do magistrado mais livre e, ao mesmo tempo, mais comprometida com a sociedade. Interessante observar que os magistrados da *Justiça Democrática*, neste Congresso, lembraram o *uso alternativo do direito* italiano, mas rechaçaram o seu caráter revolucionário, optando por uma posição mais moderada e progressista (ANDRADE, 1995).

Nesse período a magistratura espanhola dividiu-se em dois grupos: uma “ala conservadora”, a qual defendia a manutenção do sistema positivo legal, contudo, sob o regime democrático e não totalitário, e outra “progressista”, de orientação centro-esquerda, os quais

formaram a base do movimento *Justiça Democrática*. Segundo ANDRADE, os magistrados de orientação socialista e comunista formavam um grupo minoritário, e defendiam posturas mais radicais, como a ação concreta de juízes junto dos movimentos sociais, tal qual ocorrera na Itália.

Apenas nos anos 80 que a magistratura espanhola pôde associar-se de maneira organizada e oficial. Foi criada a *Associação Profissional da Magistratura* (A.P.M), em 1980, que visava à defesa das prerrogativas do juiz e tinha por finalidade uma ação interna no Judiciário, quer dizer, uma unidade enquanto corporação profissional.

Com a ascensão dos partidos de esquerda no Parlamento espanhol, a *Associação Profissional da Magistratura* passou a ter “correntes” ideológicas na sua estrutura, tendo uma delas – ligada a uma linha política marxista – fundado, em 1983, o movimento *Juízes para a Democracia* (*Jueces para la Democracia*), a qual se assemelhou, em muito, à *Magistratura Democrática* italiana.

Porém, consoante se depreende do pensamento de LÉDIO ANDRADE,

O grupo nunca assumiu uma postura revolucionária em relação ao Direito. Sua preocupação central é a de garantir as conquistas democráticas hoje já introduzidas na Constituição, lutando por impedir qualquer regressão. Não pretendem a construção de uma nova sociedade, com a superação da social democracia, ou seja, do capitalismo. Desejam a manutenção das atuais situações: social, política e econômica, para evitar possíveis retrocessos. Em palavras bem claras, querem a manutenção do Estado do Bem-estar, sem discutirem, sequer, suas contradições e discriminações. É sem dúvida, uma luta merecedora de respeito, pois a direita, os liberais “pós-modernos”, estão cada vez mais fortes e retornando ao poder na Europa (ANDRADE, 1995, p. 296).

De fato, o movimento *Jueces para la Democracia* espanhol orientou-se em uma linha menos “revolucionária” que a italiana, tomando postura “híbrida” entre uma atitude “conservadora” e, ao mesmo tempo, “progressista”. Talvez as circunstâncias sociopolíticas na Espanha tenham justificado tal postura, tendo em vista que havia consenso social quanto ao retorno à democracia, e à reformulação das instituições políticas.

Contudo, também a *Associação Profissional da Magistratura* (tal qual a *Associação de Magistrados Italianos*) sofreu divisões internas e afastamento de grupos de magistrados, consoante se pode observar no quadro comparativo a seguir:

Quadro 3 – Divisões internas da *Associação Profissional da Magistratura* na Espanha (1984)

Grupo de magistrados	Linha ideológica	Finalidade de ação
<i>Associação Profissional da Magistratura</i>	Conservadora	Ação “corporativista”
<i>Juizes para a Democracia</i>	Socialista	Ação crítica reformista
<i>Francisco Vitória</i>	Centro (orientação católica)	Ação “conservadora-progressista”
<i>Grupo Judicial</i> (após, fundiu-se com o grupo <i>Francisco Vitória</i> )	Liberal	Ação “conservadora-liberal”

Fonte: ANDRADE, 1995, p. 296.

Um dado importante a ser observado no caso espanhol é, igualmente, o consenso, dentre os juristas (e principalmente magistrados) quanto à competência e atuação do Tribunal Constitucional (constituído em 03 de outubro de 1979) no país. Isso quer dizer que a ação política dos juizes se torna muito limitada, sendo que é submetida não só ao crivo processual da Corte Superior (em grau de recurso), mas também à “fiscalização” do próprio Tribunal Constitucional.

## 2.2 O contexto brasileiro

No contexto latino-americano, e brasileiro, a situação do ativismo foi um tanto distinta do universo europeu. Como não tiveram sucesso, as alianças políticas então propostas com o fim dos regimes ditatoriais e autoritários militares, as esquerdas organizaram-se com a

finalidade de denunciar, nos governos de direita, a exploração econômica, as desigualdades sociais e a extrema pobreza. Realmente, em países como o Brasil, a situação socioeconômica após a Constituição de 1988 demonstrava uma forte desigualdade social e índices de pobreza significativos. No anos 90, com os dois governos liderados por Fernando Henrique Cardoso, a economia teve um crescimento e estabilidade com o Plano Real, contudo, os resultados gerais e efetivos do plano (só agora vistos) ainda não eram visualizados, incentivando a esquerda à oposição à postura “neoliberal” da direita.

A circunstância social peculiar da América Latina justifica o porquê de, neste continente, o direito alternativo ter ultrapassado a mera questão de “prestação de tutela processual” ou de “resolução de conflitos” para uma nova forma de concepção de Direito e de Estado. É o que se pode depreender do que sustenta ELIANE JUNQUEIRA e WANDA DE MELO CAPELLER (as duas, professoras do Curso de Direito da PUC/RJ, tendo uma linha alternativista):

Do ponto de vista político, a América Latina foi vítima de ditaduras militares ou civis que devastaram o continente. Paradoxalmente, naquela época, a luta pelos direitos do homem se desenvolveu fortemente e vimos surgir movimentos alternativos ao direito e à justiça. Do ponto de vista teórico, a influência de um pensamento crítico, então em moda nos países centrais – o movimento “crítico do direito”, na França e nos Estados Unidos – foi difundido nos meios jurídicos por intermédio de certos “grupos de ponta” que se encontravam na Argentina, no México e no Brasil. [...]

Não podemos negar tampouco a influência na América Latina da corrente italiana conhecida como a da “utilização alternativa do direito”. Os juristas alternativos italianos, ao adotar claramente uma posição marxista, preconizavam, nos anos setenta, uma prática jurídica política cuja meta era a transformação política do social, através do uso alternativo do direito, de forma a favorecer as classes oprimidas. [...]

**A conjunção desses dois aspectos – político e cultural – assegurou a preponderância de uma abordagem marxista (ou neomarxista) à base das experiências alternativas postas em prática nesse continente.** (grifamos; JUNQUEIRA, CAPELLER, 1999, p. 21).

Dessa forma, a América Latina manifestou, do ponto de vista do alternativismo como teoria jurídica, quatro projetos em consonância com a linha política que os sustentavam: a) uso alternativo do direito (protagonismo dos juízes); b) exercício alternativo do direito (protagonismo “do povo”); c) jurisdição alternativa (instância jurisdicional “paraestatal” ou

“direito paraestatal”); d) alternativas à justiça (esta com clara influência da teoria da justiça alternativa americana):

1. No tocante ao “uso alternativo do direito”, **o fim da década de 80 foi a ocasião do renascimento, na América Latina, de um movimento de juízes.** Alguns deles, bastante preocupados com as injustiças sociais, procuraram aplicar as leis de modo a favorecer as camadas mais carentes, mesmo que fosse *contra legem*. Esse movimento de juízes baseado principalmente no sul do Brasil, no estado do Rio Grande do Sul [...], e em outros lugares, de modo mais isolado, demonstrou um interesse muito vivo pelos conflitos coletivos, sobretudo aqueles que diziam respeito à ocupação das terras; [...].
2. Por alternativo devemos também entender **o exercício alternativo do direito que caracteriza certas práticas propostas pelos movimentos sociais. A expressão é utilizada em oposição a “uso alternativo do direito” onde os protagonistas são os juízes conservadores e não os movimentos sociais.** Os serviços jurídicos alternativos utilizam práticas alternativas através de advogados “militantes” [...] Esses advogados aspiram a uma transformação social real e ao fortalecimento das associações populares [...]. Aqui, os direitos do homem adquirem uma nova amplitude: eles se transformam no “fecho da abóbada” desse projeto de nova ordem social. [...]
3. “Alternativo” nos remete também à ideia de “jurisdição alternativa”, objeto de numerosos estudos latino-americanos inspirados na tradição dos trabalhos de Boaventura de Souza Santos [...] e de Rogélio Perez Perdomo na Venezuela. A partir da constatação da **ausência do Estado nessas sociedades, e da emergência de formas de pluralismo jurídico**, esses estudos discutiram a noção de uma “outra jurisdição” capaz de resolver os conflitos sociais. [...]
4. “Alternativo”, por fim, reporta-se a **experiências no próprio seio da justiça oficial.** Aqui, o fim perseguido consiste em chegar a uma maior **informalização da justiça**, segundo o modelo americano das *Small Claim Courts*. [...] (grifamos; JUNQUEIRA, CAPELLER, 1999, p. 21 a 23).

Assim, na América Latina – em especial, no Brasil – não se fala em uso alternativo do direito, mas de direito alternativo, exatamente por ainda existir resquícios de um fundamento marxista no ideário do movimento e diante da situação socioeconômica do continente no qual ainda remanescem casos de extrema pobreza e desigualdades sociais. Consoante CARVALHO (1998, p. 50),

Na América Latina, encontram-se as raízes do movimento na luta pela concretização dos direitos humanos e como forma de resistência aos regimes ditatoriais. Hoje, com a incipiente democratização, entende-se que o direito é instrumental importante que a população dispõe para resistir à dominação

(seja de qual origem e emergente de qualquer classe – ou dentro de determinada classe) que se lhe impõe. Então, o Judiciário se transforma em possível arena democrática, onde o cidadão ousa buscar a defesa de seus direitos.

Por sua vez, HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES (1991, p. 186 e 187) faz a seguinte análise comparativa entre o Direito Alternativo latino-americano e a linha europeia “crítica” ou “alternativista”:

[...] a tendência jurídica latino-americana se desenvolve no âmbito da crise do capitalismo ‘periférico’ ou de ‘dependência’ e nas condições criadas pelo autoritarismo repressor dos regimes militares, de fins dos anos 60 e início da década de 70, que desencadearam torturas, desaparecimentos, mortes, exílio, miséria, marginalidade, fome e carências vitais (saúde, educação e habitação).

**[...] as duas correntes partem de práticas diferentes: uma da prática judicial e a outra das lutas das comunidades por seus direitos e a assistência legal que lhes possa prestar para tais fins.** A versão europeia pretende reivindicar o juiz como protagonista da justiça [...].

Distintamente, na concepção latino-americana ‘não se pensa na reivindicação do juiz como verdadeiro protagonista da justiça [...] mas sim da própria comunidade. Aliás, **pretende-se que seja a comunidade mesma os usuários diretos do Direito.**

[...] a noção europeia do ‘uso alternativo do Direito’ se ocupa muito mais com a formação do jurista [...].

**Já a formulação latino-americana do ‘Direito Alternativo’ não se preocupa tanto com a formação do jurista, mas sim com a educação da comunidade, para que os segmentos populares possam participar diretamente na solução de suas necessidades e na organização de uma sociedade realmente mais ‘democrática’ e ‘participativa’ (grifamos).**

O direito alternativo é praticado por todo um espectro de juristas (juízes, advogados, promotores), e não só pelo Poder Judiciário (ainda que encontre, neste Poder, sua maior efetividade, diante do poder decisório, coativo e obrigatório da sentença judicial), e também encontra seu fundamento (além do imaginário socialista-marxista) na Constituição de 1988, que congrega direitos individuais e sociais, sistema econômico liberal e “socializante”.

Mais do que isso: o movimento encontrou, na Constituição de 1988, a legitimidade que lhe faltava, e que resultou no seu revigoramento. O poder concedido aos juízes de declarar a inconstitucionalidade das leis – ou seja, a consagração do controle “difuso” de

constitucionalidade – e a assunção do “arquétipo” de “juiz constitucional” constitui-se em uma prerrogativa política peculiar frente aos demais países latino-americanos.

### **2.2.1 O período autoritário militar e os movimentos sociais “de reação”**

A articulação dos movimentos sociais, em contraposição aos abusos então realizados pelo governo autoritário militar, procedeu particularmente de líderes políticos socialistas, para, depois, ganhar adesão de intelectuais e juristas de mesma linha ideológica. A ordem instaurada pelo poder político militar, na época, beirava à desordem, pois no final perdera-se o controle sobre as ações “rebeldes” dos movimentos sociais articulados; internamente, no próprio corpo militar, já não havia consenso político em torno do governo instaurado.

Este período histórico, segundo NELSON SALDANHA (2001, p. 355), determinou o cenário político brasileiro a partir de então, principalmente no fortalecimento dos partidos socialistas:

Uma alusão ao Brasil e ao pensamento desde 1968. O prolongamento do regime militar, até meados da década de 80, propiciou a consolidação das polarizações esboçadas desde 1964: de um lado, o pensamento alinhado com o regime, em uns por convicção em outros por oportunismo, de outro a resistência, situada em universidades, em parte entre os artistas, em parte entre os políticos. Muitos desses políticos, que formaram oposição naqueles anos carregados, passariam depois dos anos 80 para posições diferentes: não digo de “direita” porque a expressão resulta pouco clara. A repressão militar, de fato, produziu estes dois efeitos opostos: entre os que apoiavam o regime, a ocorrência (por vezes) de um zelo doutrinário raiando ao extremismo; entre os opositores, uma busca, ou resgate, de fontes ideológicas radicais, o que aumentaria após a “redemocratização” (algo comparável ao que sucedeu em Portugal, onde, com a queda do salazarismo em 1975, muitos cientistas sociais correram para Marx como se um efeito mecânico os levasse a buscar compensação.

Com efeito, os magistrados que já organizavam-se como “movimento” de oposição ao regime militar (em sua maioria, tomaram posse após 1964), mesmo que “escondidos” (CARVALHO, 1995), articulavam greves da magistratura e elaboração de sentenças de

conteúdo *contra legem*. A “ação politizada” do Judiciário já havia iniciado, o que, de certa forma, determinou o encaminhamento para o fim do governo militar.

O quadro a seguir mostra os juízes protagonistas do movimento alternativista, já antes de sua fundação, quando iniciaram suas reuniões durante o período do governo militar:

Quadro 3 – Juízes gaúchos “orgânicos” na época do regime militar e sua situação atual

Juiz	Formação	Situação atual
Amilton Bueno de Carvalho	Juiz do Tribunal de Alçada	Desembargador do Tribunal de Justiça do RGS, aposentado Linha “Garantismo Penal”
Rui Portanova	Juiz do Tribunal de Alçada	Desembargador do Tribunal de Justiça do RGS Linha “Direito de Família”
Henrique Osvaldo Poeta Roenick	Juiz do Tribunal de Alçada Coordenador da AJURIS responsável pela proposta de greve da magistratura	Desembargador do Tribunal de Justiça do RGS, aposentado Linha “Direito Civil”
Aramis Nassif	Juiz de Direito (1981)	Desembargador do Tribunal de Justiça do RGS, aposentado Linha “Garantismo Penal”
Marco Antonio Bandeira Scapini	Juiz de Direito (1980)	Desembargador do Tribunal de Justiça do RGS, aposentado Linha “Garantismo Penal”

Nesse sentido, da contraposição ao poder político derivou-se a oposição ao “direito posto”, proveniente deste mesmo poder. As idéias “críticas” ao direito visavam, assim, uma

gradual substituição do direito vigente, culminando, pois, pela “luta” por uma nova Constituição. A visão, pois, de uma crítica ao poder e direito postos, é relatada de forma bastante particular por ARRUDA JUNIOR (1992):

Com efeito, a crítica sempre existiu. Seria pouco dialético afirmar-se que sob a Colônia, Império e nas repúblicas que precederam o golpe militar de 1964 não havia negação da barbárie. Contrariamente aos ingênuos, inclusive juristas, que vivem vaticinando a índole pacífica, mansa, quando não subserviente do “povo brasileiro”, nossa história indica centenas de movimentos sociais de caráter insurrecional tendentes a resistir à “razão oficial” tão a gosto dos historiadores burgueses. Mais próximo do tempo, com a implementação *manu militari* do projeto transnacionalizante, e com o duplo pressuposto: a) afastamento das classes populares dos frutos do “desenvolvimentismo nacional-associado”; b) repressão planejada e continuada aos movimentos sociais e contra toda emergência cultural crítica à ditadura; a luta de classes também se faz presente na instância jurídica, ou melhor, em parte dela. Se os advogados populares já estavam presentes na sociedade civil, mesmo perseguidos e/ou mortos; e se os magistrados, procuradores, promotores de justiça, têm suas trajetórias profissionais e existenciais ameaçadas, impondo-se poucos espaços para a crítica, esta acaba por ganhar nos foros universitários uma instância de inegável força questionadora (p.161).

TARSO GENRO, ao comentar a atuação dos práticos do Direito no regime militar, refere que:

O direito alternativo não é, pois, o não-direito, muito menos um direito inventado ou simplesmente intuído na tradição do bom Juiz Magnaud. Ele é sempre a melhor possibilidade de um sistema jurídico, dada pelos conflitos sociais e individuais que o geraram pela sua história e pela cultura da sociedade em que ele emerge. [...] Afinal, quem esqueceu o papel de grande parte dos juristas e dos juízes na época do nosso Regime Militar? Quem foram os redatores dos Atos Institucionais, os Ministros da Justiça, na época em que nos porões do Regime torturava-se e matava-se impunemente? (GENRO apud RODRIGUES, 1991, p. 198).

Com efeito, pode-se asseverar que a maior crítica dos alternativistas em face do regime político militar residiu na situação econômica e social brasileira. Assim, ainda que as perseguições políticas tenham sido a tônica dos movimentos sociais pré-Constituinte, com a reivindicação dos “direitos humanos” frente às prisões realizadas nesse período, o Direito Alternativo surge como contraposição ao “domínio” político das “elites econômicas”, por

meio de uma revolução normativa e hermenêutica do direito positivo representativo do “*status quo*”:

Se se quiser caminhar no sentido de uma superação do estado de injustiça absoluta reinante nos países subdesenvolvidos, é necessário que, em primeiro lugar, se entenda o funcionamento da estratégia de dominação efetuada pelos países desenvolvidos. É preciso demonstrar como o discurso oficial encobre a realidade. [...]

É imprescindível, no entanto, superar o nível da crítica para penetrar-se no espaço da ação concreta. Parece ser esse o grande salto que o “Direito Alternativo” busca efetivar (RODRIGUES, 1991, p. 203).

### 2.2.2 A Constituição de 1988 e o poder político ampliado dos juízes

O advento da Constituição de 1988 causou “perplexidade geral”<sup>12</sup> logo após sua promulgação. A transição do período autoritário para o regime democrático foi “negociada, pacífica, gradual”<sup>13</sup>.

A Constituição nova, em verdade, teve uma pluralidade de influências, desde uma ideologia liberal até outra socialista, dentro de uma perspectiva de numa tentativa de contentar a todos os grupos sociais. De fato, a sociedade brasileira já estava organizada e grupos ou movimentos sociais foram os protagonistas na transição democrática.

Por isso, várias reivindicações (tais como reforma agrária, liberdade plena de associação, direito de “não-discriminação”, etc.) destes movimentos sociais (notadamente de orientação socialista) foram admitidos no texto da nova Constituição, juntamente de dispositivos os quais continham conteúdo de ideologia liberal (como o título “Da Ordem Econômica”) ou conservadora.

---

<sup>12</sup> O termo foi utilizado pelo prof. Cezar Saldanha Sousa Junior, nos debates ocorridos em banca de qualificação deste texto de tese.

<sup>13</sup> Termos usados pelo prof. Cezar Saldanha Sousa Junior, nos debates ocorridos em banca de qualificação deste texto de tese.

Juntamente dos movimentos sociais, o Judiciário, mobilizado já por seus membros “mais progressistas”, também obteve prerrogativas especiais e poder político significativo na nova Constituição, principalmente no que tange à possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de leis por meio da sentença judicial.

Falando em outros termos: a Constituição de 1988 veio assim conferir *status* de juiz constitucional ao magistrado, situação que, dentro do movimento alternativista, permitiu ao julgador, com muito mais liberdade e poder político, o “voluntarismo” criativo do direito, caracterizando o Judiciário como instância última de solução de conflitos sociais, seja qual for a sua natureza.

Nesse sentido, relata LÉDIO ANDRADE (1996, p. 96):

Entretanto, com o fim da ditadura e o início da redemocratização do Estado, houve uma explosão de reivindicações por direitos, até então sufocados. Os poderes Executivo e Legislativo não foram capazes de atender a esta demanda por justiça social, e a população foi bater nas portas do Poder Judiciário, com pedidos individuais ou de forma organizada, com pleitos coletivos. Surgiram vários movimentos sociais organizados e associações populares (sem-terra, aposentados, mutuários, consumidores, etc.), também sindicatos, com muitos membros e força política, capacitando-os a exigir do Judiciário resolução para ações coletivas, em que se discutiam problemas relacionados com os conflitos gerais da sociedade e não só entre partes. [...] Houve uma politização da Justiça Brasileira [...]

De certa forma, a participação dos juízes alternativistas no processo constituinte foi significativa, pois várias “reivindicações” dos práticos do direito (atuando como uma espécie de “representantes” dos movimentos sociais) foram absorvidas pelo texto constitucional, em 1988:

Veio o momento pré-constituinte. A Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul realizou assembleias gerais destinadas à coleta de sugestões à nova Constituição que representariam o pensamento dos Juízes Gaúchos a serem debatidas em Congresso Nacional da Associação Brasileira de Magistrados, que se realizaria no Recife e se constituiria **naquilo que os Juízes defenderiam frente ao Poder Constituinte**. Em tais debates, estes Juízes, ainda sem maior organicidade, lograram propor reformas tidas como avançadas, tais como reforma agrária e urbana, limitação dos ganhos tanto na esfera pública como na iniciativa privada: típicas opções então

denominadas de socialistas. **Na atuação prática, o grau de radicalização, de conscientização e de organicidade aumentava.** No Recife, ocorreu forte vinculação com Magistrados Trabalhistas (que por sua origem eram ideologicamente mais comprometidos), também do Rio Grande do Sul, que tinham idênticas preocupações com a real função (diria: com outro modelo) da magistratura (grifamos).

Comentando a passagem dos governos brasileiros após a “redemocratização”, a fim de contextualizar o surgimento do Direito Alternativo como um movimento político-jurídico, explica ARRUDA JUNIOR (1992):

Somente com a passagem do autoritarismo militar para o autoritarismo de base civil, somente com o abandono da coerção-consenso verde oliva para o consenso-coerção desde a “abertura relativa de Geisel e Figueiredo” até o neoliberalismo collorido, é que se visualizam alguns movimentos importantes que ajudam a contextualizar o direito alternativo hoje:

- a) Por um lado, a emergência de entidades de apoio jurídico popular;
- b) Por outro, a ampliação de uma crítica, de base acadêmica [...].

Nas academias há um clima de reforço ao combate à cultura socialista, em especial ao marxismo, descartado quase que completamente após a queda do muro de Berlim. Reforçam-se as “opções analíticas”, neopositivismos e análises sistêmicas. Os mais radicais caem num clima “pós-modernista”, outros “psicanalizam o jurídico”. Os mais progressistas tentam resgatar um liberalismo inspirado nas lições de Norberto Bobbio. Curioso é que o academicismo tem em comum o fato de estarem distanciados das entidades que combatem concretamente em várias frentes dos movimentos populares, sindicais, partidários, nas assessorias jurídicas.

Mas há uma natural busca de encontro entre teoria e práxis. Nos movimentos, a preocupação com reflexões teóricas possibilitadoras de superação de concepções políticas e jurídicas cimentadas na estufa dos autoritarismos militar e civil. (p. 162 a 164)

O direito alternativo, pois, deveria partir da iniciativa dos juízes, para, assim, assegurar, igualmente, a efetivação de outros meios de resolução de conflitos que não fosse o Judiciário. Nesta seara, percebeu-se que, na prática, alguns magistrados preferiram seguir a linha da “revolução social” pelo Judiciário, exclusivamente, enquanto que outros práticos do Direito – especialmente os advogados populares – defendiam a ampliação dos meios alternativos, como os procedimentos de mediação e arbitragem.

A abertura, pelo Estado Democrático, à prática de meios alternativos de resolução dos conflitos traduz o “movimento” de “democratização do Judiciário”, constituindo, da mesma

forma que a implementação de um novo direito alternativo, uma ação política dos juristas: “é imperioso estruturar um projeto político viabilizando novas formas de recrutamento e de uma participação de uma Justiça não togada” (VIEIRA, 1992, p. 117).

O período era de um crescimento significativo da litigiosidade, no contexto brasileiro e também no europeu. Isso resultou numa reformulação total do Judiciário, e da forma de administração da justiça, consoante salienta BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2001, p. 166):

De tudo isto resultou uma explosão da litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta. Acresce que esta explosão veio a agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão, para mais uma recessão com caráter estrutural. [...]

Daqui resultou um fator adicional da crise da administração da justiça. A visibilidade social que lhe foi dada pelos meios de comunicação social e a vulnerabilidade política que ela engendrou para as elites dirigentes esteve na base da criação de um novo e vasto campo de estudos sociológicos sobre a administração da justiça, sobre a organização dos tribunais, sobre a formação e o recrutamento dos magistrados, sobre as motivações das sentenças, sobre as ideologias políticas e profissionais dos vários setores da administração da justiça, sobre o custo da justiça, sobre os bloqueamentos dos processos e sobre o ritmo do seu andamento em suas várias fases.

Ainda segundo o mesmo autor, o tema do “acesso à justiça” definiu as ações concretas do Judiciário e, neste meio, insere-se a ação organizada dos magistrados alternativistas:

Foi, no entanto, no pós-guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo da justiça num direito carneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.

Dá a constatação de que a organização da justiça civil e, em particular, a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e, em particular, o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos (SOUSA SANTOS, 2001, p. 167-168).

A defesa de uma “legitimidade” dos meios alternativos de “acesso à justiça” tornou-se o objetivo principal do projeto político desenhado pelos alternativistas. Desse modo, o citado projeto político não previa a inserção dos meios alternativos como uma solução à parte do Judiciário (que, de fato, o é, ainda mais em tempos de excessos de demandas judiciais que “esgotam” o sistema e a própria prestação jurisdicional), mas como substitutos do meio judiciário, de forma a inserir tais institutos no corpo político a fim de tornar reduzido o número de juízes togados.

No pensamento de JOSÉ RIBAS VIEIRA, a atuação dos juízes deve ser reduzida para efeitos de incrementar a participação direta da população nos meios jurídicos de solução de conflitos:

No Brasil, o Judiciário construiu-se, constitucionalmente, orientado distante de qualquer forma de legitimidade de sentido popular ou, até mesmo, de subordinar-se ao seu controle. [...]

É de nosso domínio que as formas de prestação jurisdicional conhecidas nas nossas sociedades com os denominados critérios de garantias processuais e de autonomia dos juízes perante as partes recebem como lastro toda uma fundamentação de ordem liberal preponderantes no século passado. [...]

O nosso Judiciário não estará, fatalmente, distante da inexistência desse credo liberal. [...] nos países centrais, estamos experimentando novas modalidades de operação da Justiça com um carácter, por exemplo, mais de aspecto de diminuição do papel do juiz e do fortalecimento de solução de conflitos via uma técnica assistencialista. [...]

A contradição da Constituição Federal em vigor é que ela realizou uma série de previsões normativas estruturando o estado social sem, no entanto, aparelhar um Judiciário, já sem uma prévia tradição liberal, para cumprir esse fim. (VIEIRA, 1992, 118 e 119)

A identificação, segundo o mesmo autor, do Judiciário com juízes togados e concursados faz parte do imaginário social liberal brasileiro, sendo, ao mesmo tempo, um instrumento de efetivação de poder político:

Desde a nossa colonização, a Justiça no Brasil foi perdendo o seu sentido democrático através dos cabidos. Em seu lugar, a função jurisdicional não só se institucionaliza, como também, se encaminha para um perfil de posição de prestígio. [...]

Na Assembléia Nacional Constituinte de 1987 a 1988, há até posições como da “Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas” tendentes a pressionar a supressão de vogais existentes nas Juntas de Conciliação e Trabalho. Na verdade, a Constituição Federal de 1988 foi tímida para ampliar a presença de juízes não togados como um fator de democratização do nosso Judiciário. [...]

Nesse caso, a constituição vigente vedou a existência de uma justiça composta por não togados para cumprir essas atribuições constitucionais de prestação jurisdicional. (VIEIRA, 1992, p. 120 e 121)

O surgimento dos Juizados Especiais, a partir da lei nº 9.099/1992 (precedido pela Lei 7.244/1984, que instituiu o “Juizado de Pequenas Causas”, o qual estruturou-se de maneira semelhante às agências de resolução de conflitos francesas, as quais guardam certa autonomia do Poder Judiciário), pode-se afirmar é uma consequência dos debates acerca da relação entre os meios alternativos de resolução de conflitos e o meio judiciário. Contudo, não traduz uma “conquista plena” do alternativismo, tendo em vista que o ideal perseguido pelo projeto político, segundo já aponta VIEIRA, é a gradual substituição da justiça togada por uma justiça “cidadã”:

Nesse sentido, o nosso raciocínio foi de mapear que as tentativas de institucionalização de agências informais de solução de conflitos (Juizado de Pequenas Causas) e a adoção de seus procedimentos de uma prestação jurisdicional mais ágil e igualitária não estabeleceu, significativamente, uma relação de efeitos de uma democratização do Poder Judiciário. (VIEIRA, 1992, p. 123)

Dessa forma, a “alternatividade” na prestação jurisdicional obteve apenas resultados práticos: uma amplitude do atendimento da população no âmbito da resolução de conflitos; e uma abertura à participação do “leigo” na prestação jurisdicional. Os meios alternativos de “acesso à justiça” não asseguram a consecução do projeto político alternativista, diante da necessidade urgente de “prestação de serviços jurídicos”.

Em outros termos, o projeto político – a revolução jurídico-social – somente é alcançado na atuação dos magistrados, togados, revestidos de autoridade e símbolos, no imaginário social, da justiça social e das garantias de direitos para todos.

### 2.2.3 A difusão das ideias alternativistas e o movimento dos “práticos do Direito”

O Direito alternativo brasileiro, consoante SAAVEDRA (SAAVEDRA, 2004, p. XXIII), diante da realidade socioeconômica dos anos 90 e 2000, bem como perante o enfraquecimento da ação parlamentar e crescimento das prerrogativas, garantias e campo de ação dos juízes (competências previstas pela própria Constituição de 1988), teve seu campo de atuação fortalecido e consolidado no direito pátrio.

A explosão do movimento se deu principalmente nos anos 90, alicerçado pelo referendo constitucional (em que o sistema presidencialista saiu vitorioso – o que, de certa forma, incentivou a centralização do poder no país e contribuiu para o jogo político entre Executivo e Judiciário, deixando o Congresso Nacional restrito ao exercício de discussão e aprovação de projetos de lei ou medidas provisórias propostas pelo governo) e pela nova geração de juristas formados nas ideias de implementação da justiça social e da mudança ou revolução da sociedade, de modo a superar o “Antigo Regime” (falando em termos figurados, o próprio regime militar anterior).

Os meios de disseminação das ideias alternativistas tem como pressuposto a “teoria da tradução” (SOUSA SANTOS, 2001): redes de comunicação dos problemas e soluções de forma a se chegar “na Alternativa”, quer dizer, na contrariedade ao *status quo*. Relações que explicam o constante “intercâmbio” do pensamento alternativista europeu e o brasileiro, e do brasileiro em suas próprias localidades. Vale recordar que isto vai se dever, em boa parte, à aproximação do movimento alternativista no Brasil, no seu “viés teórico”, com a teoria crítica do direito francesa, e, no seu “viés prático”, a própria experiência vivida pelos magistrados italianos.

A crise política, pois, também foi entendida como uma crise “jurídica”, tanto no que tange ao direito positivado como no ensino jurídico:

De maneira sintética podemos afirmar que a crise da instância jurídica é engendrada dentro de duas variáveis:

- a) A variável política, com a *échec* do autoritarismo militar e com os já presentes sinais de fracasso do modelo neoliberal do Governo Collor (inflação, recessão, corrupção generalizada, descrença na democracia, no Poder Judiciário, “proletarização dos setores medianos”, etc.);
- b) A variável paradigma liberal-legal, instruidora da socialização jurídica, incapaz de cimentar minimamente a identidade entre prática sócio-jurídica e representação veiculada nas faculdades de direito. (ARRUDA JUNIOR, 1992, p. 167)

O direito alternativo brasileiro, basicamente, previa o protagonismo dos juristas na condução da sociedade, e na implementação das políticas sociais.

Dito protagonismo era exercido principalmente pelos juízes, dotados de poder para impor a ordem (mediante a decisão judicial) e de afastar a aplicação de uma lei no caso concreto (primeiramente, por um critério simples de interpretação; posteriormente, pela declaração de inconstitucionalidade); também passou a ser realizado por promotores de justiça (os quais arrogaram para si a condução da ordem social por uma espécie de “poder de polícia” fiscalizatório das demais instituições políticas) e pelas associações dos advogados, momento no qual a Ordem dos Advogados do Brasil passou a promover mais ações sociais e seminários sobre Direito Alternativo, ou uso alternativo do direito.

Dessa maneira, é possível argumentar que o Direito Alternativo, sendo mais que um contradiscurso ao “Direito Oficial”, traduz-se, pela ação dos profissionais do direito, em um movimento *social* alternativo, extensivo a toda a sociedade e “transcendendo a prática jurídica” (ANDRADE, 1996, p. 135). O alternativismo passou a ser um movimento de ideias, e não somente uma ação conjugada política; o objetivo era atingir uma *pedagogia alternativa*<sup>14</sup>, ou *proselitismo teórico*<sup>15</sup>, com o fim de criar um imaginário social de consenso acerca das ideias alternativistas.

---

<sup>14</sup> O termo “pedagogia alternativa” foi apresentada por RUI PORTANOVA, em seus estudos (ANDRADE, 1996, p. 135). Observe-se que a finalidade pedagógica é, exatamente, consoante a raiz grega da palavra, formar a pessoa, educá-la socialmente; assim, uma pedagogia alternativa visa estruturar uma nova constituição social, cultural e educacional do cidadão, dentro da proposta alternativista, criando, assim, uma mentalidade, modalidade de pensamento, ou “imaginário social” formatado por tais ideias.

<sup>15</sup> A expressão “proselitismo teórico” igualmente mostra a carga de politicidade do movimento, e sua pretensão de revolucionar a sociedade. O proselitismo é uma ação direcionada ao engajamento de um grupo social; dessa forma, o engajamento social às ideias (teorias) alternativistas deve-se precipuamente à ação política dos juristas e profissionais comprometidos com o movimento, ação esta direta e militante sobre cada pessoa no meio social.

Vale recordar que a característica de “movimento” é assim definida por CARVALHO (1998, p. 49 e 50):

Tenho que estamos frente a um movimento denominado Direito Alternativo. Não é uma teoria, ainda por agora, que procure dar conta do fenômeno jurídico. 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 direito em instrumento de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação. O direito enquanto concretização da liberdade (grifos do autor).

Apesar do seu crescimento rápido, o alternativismo sofreu resistências, principalmente no que toca à sua aproximação com as ideias socialistas. Dessa maneira, com o advento do governo neoliberal do Presidente Fernando Henrique Cardoso, e com a necessidade de implementação das políticas sociais pelos meios legais, bem como diante do *boom* da economia brasileira (com o plano Real), os juristas do movimento alternativista passaram a ser vistos como “subversivos” no imaginário jurídico, e como propugnadores de uma ideia de direito que desprestigia a lei.

O conseqüente enfraquecimento do movimento também deveu-se à idéia europeia de interpretação racional da lei, e, igualmente, das ideias neopositivistas americanas (as quais são representadas, sobretudo, por Herbert Hart). Dessa maneira, segundo argumenta SAAVEDRA (SAAVEDRA, 2004, p. XXII), o movimento alternativista no Brasil carecia de legitimidade. Era necessária uma revitalização dentro dos critérios jurídicos do discurso racionalista da interpretação da lei conforme os princípios constitucionais; assim, o alternativismo passou a se aproximar do fenômeno chamado “neoconstitucionalismo”, propugnando, pois, não mais a não aplicação da lei no caso concreto em favor de uma justiça individual do juiz, mas sim a aplicação da Constituição (e das normas constitucionais) e de seus princípios diretamente no caso concreto, seja pela interpretação da lei em conformidade com tais princípios, seja pela declaração de constitucionalidade.

O alternativismo encontrou, aí, na nova hermenêutica constitucional e no poder de declaração de inconstitucionalidade das leis (controle difuso), a circunstância favorável para sua revitalização e continuidade.

Pautas sobre “direitos humanos”, “pluralismo jurídico”, “supremacia dos princípios constitucionais”, “justiça constitucional”, passaram a ser o norte do movimento a partir dos anos 2000. Aplicados em diferentes áreas do Direito – como o direito civil, com a ‘constitucionalização do direito privado’; o direito penal, com o ‘garantismo’; o direito de família, com as ‘novas formas’ de família; o direito internacional, com a relativização da soberania nacional – os princípios do alternativismo foram revitalizados (e, de certa forma, renasceram) no campo atual do neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, pode-se dizer, seguindo LOSANO (2004), que as ideias centrais do Movimento do Direito Alternativo são, em síntese:

**a) A lei não é neutra, pois toda norma jurídica é o resultado de relações de força em meio à sociedade:** a concepção alternativista de sociedade – que encontra em Marx algumas raízes teóricas da visão de “conflito social” e “relações de força” – permeada de relações de poder percebe na lei o resultado deste conflito social, sendo a ideologia “vencedora” aquela que assume o poder estatal e, assim, cria normas jurídicas para sustentar-se no poder. Portanto, toda norma jurídica advém de quem detém o poder político organizado no Estado; e, portanto, segue uma dada ideologia. O juiz, que não segue ideologias, mas “a justiça”, pode, segundo o alternativismo, não aplicar a “lei ideológica”, para então solucionar aquele dado conflito social que está no Judiciário para ser resolvido, exercendo, assim, uma ação política contrária ao *status quo*. Daí, então, a relação direta, segundo afirmam os próprios alternativistas, do juiz com a “democracia”.

**b) O juiz deve orientar-se segundo o valor “justiça”, que é, na verdade, relativo, pois é determinado não em bases morais, religiosas, ou filosóficas, mas em situações fáticas socioeconômicas que chegam ao Judiciário:** esta é a ideia central do que AMILTON BUENO DE CARVALHO chamou de “jusnaturalismo de caminhada”. “Jusnaturalismo” pois

a justiça deve sempre ter como fundamento o próprio ser humano, e sua dignidade, ligando-se, assim, a uma visão de “direito natural” (criticado por outra linha “não-jusnaturalista” do movimento, como a de EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JUNIOR). “De caminhada” pois remete ao que os alternativistas chamam de “dialética social”: mudanças sociais, muitas vezes econômicas, que levam o Direito a ter que dar-lhes proteção ou resguardá-las como “direitos subjetivos”. A finalidade é atingir a “justiça social” e isso, para o alternativismo, só será possível com a ação protagonizada pelos juízes, os “guardiães da Justiça”<sup>16</sup>.

**c) O juiz encontra seus limites, para evitar o arbítrio, nos princípios gerais de direito:** no início do movimento, percebe-se que a crítica da linha “positivista-conservadora” ao alternativismo consistia no poder sem limites do julgador: se a justiça é um valor relativo, e depende da situação concreta e da interpretação do juiz, o julgador poderá, sob qualquer fundamento, tomar a sua decisão no sentido que lhe aprouver, inclusive no argumento de interpretação *contra legem*. Os defensores do alternativismo reagiram às críticas sustentando que o juiz está submetido aos princípios gerais do Direito, imanescentes ao chamado “Estado Democrático de Direito” (então em formação, pois este debate se travou, no Brasil, durante o processo de redemocratização na constituinte de 1988), e positivados na própria legislação ordinária pátria (na “Lei de Introdução ao Código Civil”). Mais tarde, com a expansão das ideias do movimento, a “união” do alternativismo com o “neoconstitucionalismo” encontrou outro fundamento para a atuação do juiz: está submetido aos princípios constitucionais, e seu poder de decisão (inclusive quanto à análise da constitucionalidade das leis) encontra legitimidade e resguardo na própria Constituição.

O Direito Alternativo, dentro destas três ideias centrais, orientou-se, para sua consolidação, em três “níveis de luta” (LOSANO, 2004):

a) “**Positivismo militante**”, ou “**Positivismo de Combate**”: aplicação do direito vigente, que contempla direitos institucionalizados não aplicados por quem detém o poder político e “domina” o direito vigente. Um exemplo muito citado pelos autores alternativistas

---

<sup>16</sup> Termo muito utilizado por ANTOINE GARAPON em *Bem Julgar*.

são alguns direitos trabalhistas “esquecidos”: pagamento de horas extras, repouso noturno, garantia do retorno do trabalhador ao trabalho quando em licença, etc.

b) **Releitura hermenêutica**: novas interpretações sobre a legislação vigente para implementar mudanças no Direito pelas decisões judiciais, e não mais pelas decisões parlamentares “imbuídas” de lutas ideológicas. A nova hermenêutica, ou processo de reinterpretção da dogmática, segundo os alternativistas, consiste no fundamento do direito alternativo, principalmente no objetivo de mudança da sociedade e dos paradigmas sociais.

c) **Direito alternativo “stricto sensu”**: quando se atinge o nível da “superação” do direito vigente e da gradual substituição pelo “novo direito”, criado pela sociedade, de forma direta (o “direito achado na rua”) ou pelo juiz (figura simbólica representante do povo na mudança “constitucional-social”, aqui no sentido de constituição da sociedade e das relações que a permeiam). É o plano dos direitos “não institucionalizados, negados ou reprimidos” (LOSANO, 2004, p. 110) – como os “direitos de minorias” tão em voga. Falamos especificamente das bandeiras políticas atuais dos direitos dos homoafetivos, dos afrodescendentes, dos indígenas, dos trabalhadores “sem-terra”, etc.

### **3 APOGEU E QUEDA DO ALTERNATIVISMO: O MOVIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO BRASILEIRO (MDAB)**

#### ***3.1 O “MDAB” como uma experiência particular brasileira***

No contexto latino-americano, o movimento do Direito Alternativo teve muito mais força e respaldo político que na Europa. Juristas que, mais tarde, filiariam-se a partidos e partiriam para uma inserção definitiva no cenário da política brasileira, foram um dos fundadores do movimento alternativista no Brasil (como é o caso do atual governador do Rio Grande do Sul, Tarso Genro, que participou ativamente do primeiro Congresso de Direito Alternativo no Brasil, ocorrido em Santa Catarina, na UFSC, em 1991).

Dessa forma, o movimento brasileiro superou a simples produção acadêmico-científica sobre a teoria marxista do direito; os alternativistas conseguiram efetivar várias de suas propostas teóricas na prática jurídica, principalmente com a adesão de juízes ao movimento.

Para tanto, desenvolveu-se, na América Latina, uma espécie de teoria do discurso, posto que, pela retórica do jurista, poder-se-ia defender a ideia marxista como constitutiva de um modelo social. Nesse sentido, referiu CÁRCOVA na sua palestra no Congresso alternativista de 1991:

Nós concebemos o direito como uma prática discursiva, no mesmo sentido em que os lingüistas definem o conceito de discurso. O concebemos como uma produção social de significados. É uma prática social que consiste em algo mais que palavras: está formada também por comportamentos, símbolos, saberes. É aquele que a lei ordena, mas também aquilo que os juízes decidem, que argumentam os advogados, que produzem os teóricos, que declaram os litigantes, etc. Um direito assim configurado é, sem dúvida, alternativo a respeito do direito tradicional, ainda que não se qualifique *expressis verbis* como “alternativo” (CÁRCOVA apud LOSANO, 2004, p. 84 e 85).

O movimento do direito alternativo, no Brasil, surgiu como uma resposta ao cenário político formado pelo fim da Ditadura militar: o regime autoritário, que encontrava fundamento num direito positivo-formalista (de tipo “kelseniano”), de estrutura funcional burocrática (tipo de dominação burocrática, nos termos da sociologia weberiana), agora transmutava-se para um regime democrático “pluralista”, de diversidade de partidos políticos, linhas ideológicas variadas e grupos sociais múltiplos, exigindo, pois, um direito “aberto”, anti-formalista, com conteúdo principiológico e sujeito a orientações valorativas, cuja positividade deveria ser sempre relativizada diante das exigências sociais.

O direito alternativo, assim, é a proposta jurídica que, em meio à redemocratização, propugnou o uso do direito para satisfação das demandas dos grupos sociais mais excluídos, desenvolvendo a interpretação jurídica com base nos princípios constitucionais e aplicando-a, se for o caso, até mesmo *contra legem* – pois o direito positivo, para o alternativismo, é apenas uma ferramenta, viável ou não, para efetivação dos direitos daqueles menos favorecidos.

Observe-se que os grupos “excluídos”, consoante o direito alternativo, não significa exatamente economicamente mais pobre. Sabe-se que logo depois do advento da Constituição de 1988 os grupos sociais menos favorecidos economicamente (trabalhadores com renda mínima, trabalhadores “sem-terra”, pessoas desempregadas vivendo em situação miserável) passaram a ser protegidos por políticas públicas de combate à desigualdade social. O Plano Real foi uma das etapas de “reorganização econômica” brasileira dos anos 90, que previa um desenvolvimento a longo prazo de modo a recolocar o país no cenário econômico mundial e, assim, prestar oferta de emprego para equilíbrio do mercado interno.

Contudo, no âmbito político, os debates acerca da efetividade de tais políticas públicas centravam-se em torno da Constituição. Como havia previsão constitucional de direitos sociais (dispostos no art. 6º), e de demais políticas públicas ainda não implementadas (como a reforma agrária), os grupos sociais ideologicamente orientados (principalmente ligados aos partidos políticos de esquerda), que reuniam não só aqueles economicamente desfavorecidos,

mas todos os “excluídos” (universitários, homossexuais, presos, sindicatos, etc.), exigiam maiores ações públicas por parte do Estado, mormente dos poderes Executivo e Legislativo.

Porém, diante da falta de correspondência imediata, de tais poderes públicos, às exigências requeridas, tais grupos sociais passaram a recorrer ao direito como uma forma de consecução de suas demandas. Com isso, uma decisão judicial passou a ser a medida mais rápida e eficaz de ver realizada uma política pública, prevista na Constituição.

Foi neste cenário que o direito alternativo ganhou força e aumentou o seu grupo de adeptos. Tendo em vista que a Constituição de 1988, que previa tais políticas públicas em favor de “menos favorecidos”, andava em descompasso com a legislação positiva vigente – em sua grande maioria, advinda do regime militar anterior – era preciso superar o direito positivo para realização mais efetiva e rápida das demandas sociais.

No campo do Judiciário, essa proposta de superação ocasionou o fenômeno da “judicialização” ou “jurisdicionalização”, ou seja, a transformação, em “jurídico”, de demandas eminentemente políticas, a serem efetivadas pelos demais poderes políticos com orientação ideológica (Executivo, cuja linha ideológica é do partido político que detém o poder, e Legislativo, cujas ações são orientadas pelo diálogo e consenso dentre vários partidos políticos).

### **3.1.1 A constituição do Movimento: juízes do Rio Grande do Sul**

Nascido nos anos 90, com aparição pública no dia 24 de outubro de 1990, a partir de uma matéria jornalística<sup>17</sup> sobre a atuação dos juízes gaúchos que, por meio de suas sentenças, questionavam e enfrentavam o poder público estatal (e suas leis), o movimento do Direito

---

<sup>17</sup> A notícia foi veiculada no dia 24 de outubro de 1990, com o título “Juízes Gaúchos colocam Direito acima da Lei”. Segundo HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES (1992, p. 185), no dia seguinte uma matéria foi publicada, no mesmo jornal, sob o título “Direito Alternativo gera polêmica no STF”, aumentando ainda mais a discussão nacional sobre o tema. Daí em diante os jornais de todo o país passaram a publicar reportagens e entrevistas com alternativistas.

Alternativo tem sua origem atribuída ao Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, representado, especialmente, pelo então Desembargador Amílton Bueno de Carvalho<sup>18</sup>, que relata como tudo aconteceu:

Em outubro de 1990 (alguns meses após o debate realizado na Universidade de São Paulo), recebi telefonema de um jornalista do “Jornal da Tarde” de São Paulo. Dizia ele que havia tomado conhecimento da existência de “orgânicos” e que pretendia conhecer do trabalho desenvolvido para posterior publicação de matéria no referido jornal. Dizia ter recebido a nossa indicação (bem como número de telefone e nomes) do Professor José Eduardo Faria [...].

Discutimos e concluímos que era o momento de chegar ao conhecimento não apenas da comunidade jurídica mas da sociedade civil o trabalho que, seriamente, estávamos desenvolvendo no Rio Grande do Sul. Aliás, fenômeno parecido já ocorrera com os juízes italianos do uso alternativo do direito e com os espanhóis da magistratura democrática. Apesar de toda a dificuldade que os Juízes têm – inclusive nós – em se relacionar com a imprensa, era o momento próprio. [...]

Organizamos a pauta. O jornalista tinha reservado cerca de três dias para ficar em Porto Alegre conosco [...].

A relação se deu agradável. Ele passou o tempo todo conosco. Assistiu a audiências. Conversou com um grupo de “orgânicos”. Depois, conversou isoladamente. Ainda contactou com Juízes que eram “contra” a nossa atuação. Entrevistou pessoal. [...]

Durante entrevista “informal” ao jornalista Luis Maklonf (autor da mencionada matéria “Juízes decidem contra a lei”, publicada no Jornal da Tarde), o juiz Amilton, então coordenador do grupo de “juízes orgânicos”, utilizou de “palavrão” para explicar os motivos pelos quais decidia consoante a justiça e não, propriamente, consoante a letra da lei. O “palavrão” foi publicado.

O juiz Amilton recebeu a notícia da publicação da matéria jornalística em meio a um Congresso em Salvador, na Bahia, no qual proferira palestra (foi o III Encontro Nacional da

---

<sup>18</sup> Amílton Bueno de Carvalho é juiz de Direito desde 1981, foi juiz do Tribunal de Alçada em 1996 e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em maio de 1998, quando houve a unificação dos tribunais gaúchos. Foi coordenador do grupo de estudos dos magistrados gaúchos e considerado o fundador do Movimento do Direito Alternativo. Ditos juízes foram chamados por CARVALHO de “Juízes Alternativos Gaúchos”. O Desembargador Amílton afastou-se de suas atividades no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, realizando sua última sessão no dia 04 de julho do corrente ano, vindo a se aposentar no dia 16 do mesmo mês.

Nova Escola Jurídica). O primeiro impacto foi negativo para o grupo dos “juízes orgânicos”, mas o resultado, para seus fins de articulação política, foram superiores ao esperado:

No plano pessoal o abalo foi insuportável – poucas vezes sofri tanto na vida. Mas ali mesmo, na Bahia, já veio o apoio de preciosos intelectuais. E ali mesmo ficou resolvido que devia ocorrer união para proteger os “orgânicos” e se fixou as bases para criação de um movimento nacional, com Encontro Nacional em Florianópolis. No particular, o trabalho desenvolvido pelo Professor Edmundo Lima de Arruda Junior [...] foi o mais importante para a organicidade de tudo. [...]

O efeito se deu em cascata, inúmeros jornais do país agitaram a matéria. O número de cartas e telefonemas, em apoio, foi considerável. (CARVALHO, 1998, p. 45)

A publicação na imprensa da “prática judicante” dos “juízes orgânicos” gaúchos foi o fator desencadeante para a formação de um pensamento jurídico nacional “alternativista”. Seminários, Congressos, cursos, disciplinas acadêmicas, discussões teóricas nas Faculdades de Direito, e debates entre os profissionais – principalmente advogados e juízes – “explodiram” em todo o país e já não se falava em outro assunto senão o “Direito Alternativo”.

Aliás, o próprio termo “Direito Alternativo” fora quase que uma criação do próprio Jornal da Tarde, como recorda CARVALHO (1998, p. 46):

O risível é que, por incrível que pareça, o nome “Direito Alternativo” terminou sendo criado pelo jornalista. É que ele “baralhou” as coisas, confundindo a cadeira que eu lecionava na Escola Superior da Magistratura com o nome do Grupo. Ficou como sendo Juízes vinculados ao Direito Alternativo. A publicidade foi de tal forma alarmante que o nome restou, assim, cunhado, com impossível reversão: ficou “Direito Alternativo”!

Diante de tal publicidade, o “Direito Alternativo” passou a receber apoio institucional, no meio Judiciário, ainda que boa parte da Magistratura (principalmente nacional) tenha efetuado críticas ou, até, ignorado<sup>19</sup> o movimento:

---

<sup>19</sup> Em entrevista com o Ministro José Neri da Silveira, este afirmou: “O Alternativismo não chegou até o Supremo Tribunal Federal. Foi apenas um período de discussões, e se dissipou. Ignorou-se o fato” (Entrevista com o Ministro José Neri da Silveira, novembro de 2011).

No plano funcional, pensamos que a estrutura do Poder Judiciário não nos suportaria. Erro. Recebemos apoio inestimável do então Corregedor-Geral da Justiça, Des. Nelson Oscar de Souza, que nos chamou e disse: “Vocês podem contar comigo”. Tudo ficou apenas num insuportável clima de mal-estar na classe... Por outro lado, na magistratura nacional, ocorreu muito repúdio, mas também razoável (e gratificante) apoio. (CARVALHO, 1998, p. 46)

O movimento, nessa época, contava com aproximadamente quarenta magistrados gaúchos, todos, de certa forma, pertencentes à Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul (AJURIS), a qual, por sua Revista, publicou os primeiros trabalhos “alternativistas” no país. Depois, ainda que de maneira informal, outros profissionais foram aderindo às ideias do movimento, embora tivessem receio de admitir que “eram alternativistas” (CARVALHO, 1998, p. 42).

Mesmo que o movimento tenha adquirido dito *status* com a referida publicação no jornal paulista, AMILTON BUENO DE CARVALHO refere que a ação prática começou muito antes da Constituição de 1988, mais precisamente em 1983 quando o mesmo exercia a judicatura no município gaúcho de Guaporé:

O labor era o tradicional: havia assumido em 1981 na Comarca de Panambi e, no ano seguinte, fora promovido para Guaporé. Era tempo de estabelecer uma espécie de personalidade judicante – que tipo de Juiz pretendia ser? Começava a surgir inquietação. Algumas vezes notava que a “legalidade” aplicada não atingia um ideal de justiça. A situação se repetia ao ponto de gerar conflito pessoal: afinal de contas ser Juiz é aplicar a lei pura e simplesmente? A situação chegou ao limite máximo quando me vi frente a uma lide onde os valores “legalidade” e “justiça” eram agressivamente antagônicos. [...]

Em Guaporé, a municipalidade concedeu aumento salarial aos funcionários da ativa, em dois momentos, em percentual espetacularmente superiores aos concedidos aos aposentados. Os aposentados vieram a juízo buscando equiparação com os funcionários em atividade. E aposentados, na pequena Guaporé, não eram massa disforme, mas pessoas “com cara”, que eu encontrava no dia-a-dia. [...]

A resposta judicante só poderia ser uma de duas: ou ficaria com a legalidade, destruindo a vida econômica dos aposentados, ou superar-se-ia (leia-se: negar-se-ia) a lei em favor dos “velhos”. [...]

A decisão foi gestada em favor dos aposentados [...] No entanto, mais do que sentença, foi momento de definição pessoal [...].

Mudei (claro que tudo não se deu bruscamente, mas num processo de esclarecimento, de acomodação, onde **não há como isolar da forte atuação na política estudantil e em grupos de esquerda no fim dos anos sessenta**

**e início dos setenta** – presidência de Grêmio Estudantil, Diretório Central de Estudantes e militância na Ação Popular). (1998, p. 21 e 22).

Com efeito, os magistrados que reuniram-se para formar o movimento tinham, de alguma forma, uma ligação pessoal de oposição ao regime autoritário militar anterior. Alguns foram perseguidos, presos, por sua vinculação com partidos de esquerda; outros fizeram parte da juventude socialista na universidade.

A atuação dos magistrados gaúchos realizava-se por meio da sua Associação representativa, a AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul), o que concedia certa legitimidade ao movimento. AMILTON BUENO DE CARVALHO, ao comentar a atuação da AJURIS, relata:

A Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, com avanços e recuos, tem sido historicamente muito atuante. Ainda nos anos oitenta, realizava muitos encontros, entre Juízes, tanto em nível estadual, quanto regional. No entanto, a tônica era a seguinte: tudo se resumia em debates técnicos (no sentido mais “rasteiro”) e em lutas mais corporativistas (há um dito que parece ser verdadeiro: os Juízes se unem quando discutem interesses pessoais). Outrossim, com alguma frequência eram realizadas Assembléias Gerais – também no sentido técnico ou corporativista. Esses encontros permitiam, com efeito paralelo, ou até “perverso”, que os juízes se conhecessem melhor. Isso serviu, no plano pessoal, para descobrir que outros colegas partilhavam da mesma angústia. Mas continuávamos “sós” (é de lembrar que vivíamos, ainda, em tempos não-democráticos), apesar de alguma troca de experiência. Havia medo (não sei se real ou imaginário), tanto que não tinha coragem de publicizar que era socialista [...] (1998, p. 35)

Ainda, segundo o mesmo autor, os juízes gaúchos assumiram conduta “parcial” quando um magistrado declarou, em Assembleia da AJURIS, que era simpático às ideias socialistas:

Mas um fato foi importante para o assumir nova postura, representando a ruptura com o “medo”: numa assembleia geral, o então Juiz de primeiro grau (hoje Desembargador aposentado) Sérgio Gischkow Pereira, uma espécie de “guru” no momento da nossa “infância” como Juízes (como Sérgio é brilhante), em meio à discussão, declarou que era socialista: foi assustador e provocou alívio: era possível ser Juiz e de esquerda! (CARVALHO, 1998, p. 35)

A partir dessa Assembleia, os juízes gaúchos iniciaram seus grupos de estudos (em autores precipuamente neomarxistas e em críticos do Direito, como Michel Mialle) e começaram a articular ações concretas conjuntas de forma a efetivar o que passou a ser designado, primeiramente, movimento dos “Juízes Orgânicos”:

Começou-se a pensar – e aqui a participação do então Juiz, hoje também Desembargador aposentado, Márcio Puggina, foi definitiva – na hipótese da criação de grupo de estudos no qual participariam Juízes “inquietos”, nesta altura, embora em número muito reduzido, já ligados por profundos laços afetivos. [...]

A base material estava consolidada. Agora o caminho era organizar-se e estabelecer bases teóricas que permitissem um atuar comprometido com a possibilidade democratizante. Criou-se, então, um grupo de estudos, com eleição de uma espécie de coordenador. Ficou resolvido que uma vez por mês haveria encontro para debate de tema ou texto previamente definido. Por receio (real ou imaginário, sem ter claramente qual razão – talvez fantasiosa (ou não) perseguição funcional), as reuniões eram celebradas quase que às escondidas (invariavelmente na sede campestre da AJURIS). (CARVALHO, 1998, p. 36)

A formação do grupo alternativista gaúcho seguia dois critérios fundamentais: “ser socialista” e “ter desempenho profissional satisfatório” (CARVALHO, 1998, p. 36). As reuniões de estudo incluíam cursos dados por professores ou teóricos do Direito de fora do Rio Grande do Sul, com destaque para as palestras proferidas por Roberto Aguiar (professor, na época, da Universidade Federal do Pará), o qual concedeu todo suporte teórico e bibliográfico das leituras dos juízes as quais certamente influenciaram a fundamentação de suas decisões (CARVALHO, 1998, p. 37).

O grupo de estudos consolidou-se e o pensamento jurídico “crítico” tornou-se uniforme entre os juízes gaúchos. AMILTON BUENO DE CARVALHO assim sintetiza os efeitos dessa ação conjugada do grupo de estudos da AJURIS:

- a) **a atividade judicante restou mais ousada e muito mais criativa**, tudo porque o instrumental teórico ficou mais rico;
- b) os integrantes começaram a produzir textos, ditos de vanguarda, publicados na **Revista da AJURIS**;
- c) **aqueles que eram professores alteravam significativamente o conteúdo de suas aulas**;

- d) alcançamos **espaço na Escola Superior da Magistratura** e alguns desenvolveram a capacidade de palestrante, recebendo convites com incrível frequência para transmitir suas experiências nas universidades;
- e) a **atuação politizada** fez com que tivéssemos participação decisiva em todas as greves da magistratura do Rio Grande do Sul. (grifamos; CARVALHO, 1998, p. 37).

Esta atuação politizada formou o perfil dos juízes gaúchos como “combatentes” numa “guerra de posição”. Desta forma, restou claro que a ação organizada dos juízes gaúchos ia muito além do “uso alternativo do Direito” europeu: consistia numa “luta” político-ideológica entre “socialistas” e “conservadores”, primeiramente no âmbito interno da Magistratura e, em momento posterior, no âmbito externo social.

Essa “luta” tornou os juízes gaúchos conhecidos nacionalmente como “Juízes Orgânicos”, muito antes da constituição do chamado “Direito Alternativo”. A atuação dos “juízes orgânicos” se dava na prática judicante, num primeiro momento imbuídos por um sentimento de “revolta”, “em permanente conflito com o pai-Estado” (CARVALHO, 1998, p. 40), para, depois, num estágio mais maduro, aprimorar as técnicas de interpretação jurídica, consolidando a figura do julgador como criador de normas jurídicas – estágio este que estabeleceu os fundamentos sob os quais o Direito Alternativo configurou-se como “outro Direito” (CARVALHO, 1998, p. 40).

Ainda, segundo AMILTON BUENO DE CARVALHO, um debate promovido em São Paulo foi o fator desencadeante para a publicização da ação conjugada destes “juízes orgânicos”:

Um momento neste contexto foi, também, marcante. A Universidade de São Paulo, através da cadeira de Sociologia do Direito, com apoio da Fundação Friedrich Naumann, no ano de 1990, realizou ciclo de palestras sobre o Poder Judiciário numa sociedade em transformação. Um dos temas foi “O Modelo Liberal de Justiça numa Sociedade em transformação”. O coordenador do ciclo, Professor José Eduardo Faria, pretendendo mostrar a visão de um Juiz de última instância e a de um Juiz de primeira, convidou para o debate o Ministro do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves e eu. Debatedor foi o Juiz gaúcho, também orgânico, Eugênio Fachini Neto. Tudo ocorreu em 07 de junho de 1990. O debate foi precioso por dois aspectos: *primeiro*, porque veio à tona, com clareza impensável, como o fenômeno jurídico era visto por um Juiz, digamos Tradicional, e por outro,

também, digamos não-convencional, e *segundo*, porque, pela mão de José Eduardo Faria, **o pensamento e atuação dos “orgânicos” recebia o aval da intelectualidade do direito**, na medida em que era confrontado, no espaço acadêmico, com o referencial que domina o pensamento jurídico nacional (grifos do autor em itálico; grifo nosso em negrito; 1998, p. 38)

A visão “libertadora” do Direito Alternativo está presente na sua fundação e deveria partir dos juízes exatamente pelo atrelamento à visão “mítica” do juiz justiceiro<sup>20</sup>, além de contar com a força do poder político do magistrado perante a sociedade e perante o próprio Estado – talvez a única figura pública que pode obrigar ou limitar a ação política estatal.

A “carga mítica” dada aos “juízes insubordinados” do movimento do Direito Alternativo é assim descrita por ARRUDA JUNIOR (1992):

Um fato histórico ajuda a desprezar a demanda teórica e política pelo questionamento das estruturas jurídicas (em vários níveis, técnico, filosófico, orçamentário, administrativo, com relação ao Poder Judiciário). Tal fato se dá no seio do estado, uma verdadeira “insubordinação”, uma “insurgência indevida”: a dos magistrados gaúchos liderados por Amílton Bueno de Carvalho.

Sem pretender historiar a formação da magistratura alternativa, na sua origem gaúcha, é fato que ela resulta, após anos de reflexões (o grupo dos 50 magistrados reunia-se uma vez por mês para discutir textos de autores mencionados e de muitos outros na sede da AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul) como atitude prática com efeitos concretos de “socialização” na sociedade civil [...] (p. 167 e 168)

O primeiro resultado, pois, das reuniões de estudo dos magistrados alternativos foi estabelecer uma “linha de ação” que buscasse: a revolução social pela prestação jurisdicional; o “efeito dominó” sobre os demais operadores jurídicos; e a quebra do “discurso” da neutralidade e apoliticidade do Poder Judiciário, formando a imagem do “juiz em carne e osso”, o juiz do povo, o juiz que garante o acesso à justiça pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, os magistrados alternativos não tinham outro caminho mais eficaz para efetivar os propósitos estabelecidos que as suas próprias sentenças ou acórdãos:

---

<sup>20</sup> A personificação do juiz “justiceiro” é clara em entrevista dada pelo desembargador aposentado ARAMIS NASSIF, que, ao comentar sobre decisões sob sua relatoria favoráveis á liberação de presos, disse: “Admito que autores de roubos foram beneficiados. Por quê? Porque um juiz não busca vingança, busca justiça.” (Entrevista ao Jornal Zero Hora, de 22 de junho de 2009).

As sentenças dos magistrados gaúchos, na medida em que entraram minimamente no espaço da mídia, a partir da bombástica reportagem em que o juiz Amílton mandava uma lei injusta para as favas..., [...] curiosamente à avaliação que se seguiu (em dezembro de 1990), acabou “popularizando” a questão, explodindo a demanda pelas lideranças do “movimento” não somente entre magistrados, mas de professores de direito envolvidos com a problemática do direito alternativo; e demais profissionais do direito, aglutinando, principalmente, milhares de estudantes de direito brasileiros. (ARRUDA JUNIOR, 1992, p. 168 e 169)

Assim, o movimento foi ampliando sua influência a todos os profissionais do Direito, principalmente sobre advogados populares e promotores de justiça. No âmbito acadêmico, o movimento influenciou sobretudo professores filósofos e sociólogos do Direito, sendo referência, neste sentido, as pesquisas desenvolvidas por Luis Alberto Warat e Edmundo Lima de Arruda Junior na Universidade Federal de Santa Catarina<sup>21</sup>.

O movimento do Direito alternativo, segundo seus “fundadores”, não é uma escola jurídica, nem um movimento homogêneo; trata-se de uma união de juristas com mesmo pensamento e mesma finalidade de:

- 1) combater o que chamam de “direito oficial”, quer dizer, o direito das leis, das normas, da jurisprudência orientada pelas elites conservadoras e ligadas à direita, principalmente aos liberais;
- 2) desenvolver uma interpretação do direito crítica às instituições, com vistas a modificá-las e, assim, implementar uma “revolução” na sociedade, com fundamento nas demandas e anseios dos grupos sociais;

---

<sup>21</sup> Na verdade, Luis Alberto Warat é considerado, de maneira genérica, um “crítico do Direito”, por orientandos e antigos participantes de seu grupo de estudos. Já Edmundo Lima de Arruda Junior é visto como alguém “parcial”, de orientação marxista e gramsciana, formador de um grupo paralelo de estudos na Universidade Federal de Santa Catarina. Em entrevista com o prof. José Alcebíades de Oliveira Junior (que conviveu com Luis Alberto Warat e foi seu orientando no Programa de Pós-Graduação em Direito), este afirmou: “Warat não era marxista. Ele possuía obras e escritos de crítica aos alternativistas liderados por Edmundo. São linhas completamente diferentes, sendo o Direito Alternativo de linha marxista” (Entrevista com o Prof. José Alcebíades de Oliveira Junior, em 20 de março de 2012).

- 3) privilegiar os direitos humanos, em especial aqueles que garantem prerrogativas e interesses aos mais excluídos, mais desfavorecidos economicamente e aos mais discriminados pelas pautas sociais “padrão”;
- 4) colocar o Judiciário como protagonista da justiça social e da promoção das políticas públicas sociais;
- 5) incrementar a força política das decisões judiciais e das atuações públicas dos profissionais do Direito, principalmente pelos advogados e promotores de justiça;
- 6) defender a primazia dos princípios gerais de direito sobre as leis e normas jurídicas positivadas;
- 7) combater o positivismo-kelseniano, tratado pelos alternativistas como um instrumento jurídico da dominação liberal;
- 8) defender o processo de politização do Direito por meio do uso alternativo do mesmo;
- 9) garantir a dominação popular (com o poder nas mãos do povo) em lugar da dominação estatal nas mãos dos grupos liberais-econômicos;
- 10) utilizar o direito positivo, naquilo que for favorável aos mais pobres e mais excluídos e que na prática não é aplicado nem efetivado, como uma espécie de “positivismo de combate”, que traduz-se em uma “frente de luta” cujo apoio reside na mobilização popular;

- 11) reconhecer como jurídico o direito criado diretamente pela sociedade (o “direito achado na rua”<sup>22</sup>), o qual nunca é positivado ou transformado em lei pelo “direito oficial”.

Nessa mesma linha, CARVALHO (1998, p. 53 a 55) enumera aquilo que **não** constitui o “Direito Alternativo”:

Alguns dizem que ao Direito Alternativo se caracteriza pela negativa da lei. E tal não corresponde à realidade. [...]

A alternatividade luta para que surjam leis efetivamente justas, comprometidas com os interesses da maioria da população, ou seja, realmente democráticas. E busca instrumental interpretativo que siga a mesma diretiva (da radicalidade democrática). O que alternatividade não reconhece é a identificação do direito tão-só com a lei, nem que apenas o Estado produz direito, nem tampouco que se dê à norma cunho de dogma [...].

Busca-se não a anomia, repito, mas uma dominação justa em oposição à ausência de denominação ou a formas injustas de dominação [...].

Outros dizem que se estaria outorgando poderes excessivos ao julgador [...].

O que a alternatividade busca é novo paradigma, com superação do legalismo estreito, mas tendo como limites (ou conteúdo racional) os princípios gerais do direito, que são conquistas da humanidade [...].

A oposição ao saber tradicional está em que este procura identificar direito com lei e o Direito Alternativo procura estabelecer a atividade criadora do jurista com determinada utopia.

Perceptível, pois, o fundamento político do movimento alternativista. Seus próprios fundadores admitem este caráter. SÁNCHEZ RUBIO e HERRERA FLORES afirmam que o movimento do Direito Alternativo tem por finalidade combater a “neutralidade” da lei, ressaltando o seu aspecto ideológico e propugnando uma interpretação da norma jurídica a partir dos valores e do princípio da justiça: “...é o social, o popular, a fonte que marca o caminho da hermenêutica jurídica” (RUBIO, FLORES, 2004, p. 12 e 13).

A ligação entre o direito positivo, a interpretação positivista kelseniana da norma jurídica e a neutralidade científica do direito, com a “manutenção” do poder por grupos ditos liberais, defendida pelos alternativistas, encontra embasamento teórico na sociologia da

---

<sup>22</sup> Do “direito achado na rua”, seu maior representante é JOSÉ GERALDO SOUZA JUNIOR, o qual revisitou dita expressão de Roberto Lyra Filho (JUNIOR, 2008).

dominação, que, modernamente, no campo da sociologia política, tem como um de seus representantes mais influentes PIERRE BORDIEU, da chamada Escola Crítica do Direito<sup>23</sup>. Dessa forma, é preciso superar o “direito oficial” que corrobora e dá legitimidade ao poder dos grupos que dominam e exploram os mais pobres e necessitados, e que concentram, para si, todos os resultados econômicos produzidos pela sociedade com um todo. É preciso, pois, um direito que devolva ao povo o poder que lhe pertence. Como resumiu CALERA, “...o uso alternativo assinalava que se podia fazer uma ‘política através do direito’, mais do que uma ‘política no direito’” (CALERA, 2004, p. 25).

Assim, nesse sentido, o Direito Alternativo, mais que um movimento, seria um novo discurso:

Tema de fato complexo e polêmico diz respeito ao conceito de Direito Alternativo, o fim que se pode alcançar com esse **novo discurso sobre o jurídico**. De início, necessário **diferenciá-lo do uso alternativo do Direito**. Este efetua uma **releitura do Direito positivo dogmático**, por intermédio de uma **hermenêutica crítica**, procurando dar um cunho popular às normas vigentes, com a intenção de estender seus benefícios ao todo social e não só a alguns privilegiados, amenizando seu conteúdo elitista. **O Direito Alternativo pretende algo mais**, uma possibilidade do **jurídico libertador**, isso após **suplantadas as instituições repressivas** e efetivada uma **revolução epistemológica na ciência jurídica**. Visa-se a criação de **outras regras de convivência**, com **novos parâmetros**, para **novos fins**, sob outros paradigmas, **superando-se o Direito posto**. (ANDRADE, 1992, p. 91 – os grifos são nossos)

Pode-se afirmar então que o referencial teórico-político do movimento, em seu grupo mais radical (ligado, pois, à esquerda partidária), alinhou-se mais às ideias de Gramsci que Marx. Isto ocorreu porque este último, após a queda do Estado Soviético, passou a ser “reinterpretado” ou “relido”, enquanto que aquele primeiro cada vez mais ganhava força na constituição das novas estruturas de poder almejadas pelas esquerdas:

Por outro lado, há, em razão dos eventos de leste, forte questionamento dos dogmatismos presentes na prática sindical e partidária, a saber: a) o

---

<sup>23</sup> Pode-se definir a Escola Crítica do Direito como “movimento de pensamento entre os juristas que rejeita o positivismo dominante e reivindica uma dimensão crítica no estudo do direito, com base numa análise materialista”; também significa uma “associação de juristas das Faculdades de Direito da França que, a partir do materialismo histórico como modo de análise, contribuiu para constituir os elementos de uma teoria do direito, entendida como área da ciência do político” (MIAILLE, 1999, p. 188).

obreirismo; b) o vanguardismo; c) sectarismo, revalorizando-se discussões sobre a democracia enquanto construção cultural, institucional, e não é gratuita a participação crescente da contribuição de Gramsci, gramsciano e “neo-gramscianos” no seio das esquerdas brasileiras, principalmente dentro do maior partido, o Partido dos Trabalhadores (PT), que acolhe um dos estudiosos mais profícuos, Carlos Nelson Coutinho<sup>24</sup>. Uma consequência é a valorização do direito, de maneira a questionar-se como veremos, a relação Direito/Lei, monismo/pluralismo, com revalorização tanto das academias como dos profissionais do direito. O direito alternativo [...] é ao mesmo tempo resultado desse contexto como fenômeno político reforçador do mesmo. (ARRUDA JUNIOR, 1992, p. 166 e 167)

Por outro lado, o ingresso dos juízes alternativistas (antes, “juízes orgânicos”) no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a partir da unificação com o então Tribunal de Alçada, ocorreu num período interessante em que o movimento, enquanto “prática judicante” (CARVALHO, 1998), havia já se dissipado. Entretanto, pode-se dizer que tal movimento, enquanto “ideologia jurídica” (se podemos utilizar esta expressão), permaneceu formando um discurso e uma opinião no Judiciário gaúcho:

O labor, em segundo grau, é outro. O local da fala é alterado; por vezes a decisão é definitiva; o atuar se dá em colegiado; o grau de importância é alterado porque são revistas decisões singulares e o precedente tem forte impacto na comunidade jurídica. É algo novo. Se logramos até certo ponto desmistificar a atuação dos juízes e contribuir para o alargamento democrático do foco do direito, o desafio, agora, é outro: como atuar, com base na utópica vida em abundância para todos, dentro do Tribunal contra quem lutamos (até agressivamente) por inúmeras vezes? Qual é o nosso limite? Quais nossas possibilidades? Como relacionar-se com a primeira instância, ante o poder de revisar? Ainda somos úteis e em que medida? Mas uma coisa é certa: aqui continuamos e não perdemos a capacidade de indignação! (CARVALHO, 1998, p. 41)

Então, em síntese, é possível afirmar que o movimento viria a atingir o seu “apogeu” justamente quando consegue alcançar o meio universitário. Em outros termos, os chamados “juízes orgânicos”, quando se tornam aliados aos intelectuais “críticos”, formaram o que entendemos como “imaginário alternativista”, cujas consequências podem ser observadas no meio jurídico até os dias de hoje. Para corroborar tal conclusão, vejamos o que ressalta CARVALHO (1998, p. 46):

---

<sup>24</sup> Segundo ARRUDA JUNIOR (1992, p. 166), “Carlos Nelson Coutinho é um dos responsáveis pela recepção de Gramsci no Brasil”.

Nós sobrevivemos. O movimento cresceu espetacularmente, invadindo outros países. Como se deu o resto da caminhada? Produção de livros, encontros, conferências, criação de institutos e cadeiras em Universidades e Escolas da Magistratura, teses de Mestrado e Doutorado. Enfim, o movimento estabeleceu forte base teórica e indispensável prática.

### 3.1.2 A reação dos setores “conservadores” do Judiciário

No período pós-redemocratização, como visto, o movimento do Direito Alternativo tem o seu apogeu, junto à sociedade, mas, ao mesmo tempo, começa a enfrentar um certo declínio de “adeptos” entre os profissionais do direito. Vistos como “subversivos” e buscando manter uma postura “*contra legem*”, os alternativistas passaram a sofrer resistências e críticas, principalmente no que tange à sua existência enquanto movimento político; não falamos em termos de movimento jurídico.

A ligação com o marxismo foi ressaltada pelos opositores do movimento, e o acesso da camada mais pobre da sociedade a diversos meios de consumo (telefonia, eletrodomésticos, etc.) fez com que os alternativistas, enquanto movimento, fossem perdendo espaço e força – posto que já não havia mais sentido falar em desigualdades sociais se estas estavam diminuindo rapidamente.

Vale recordar que Celso Ribeiro Bastos (constitucionalista) foi um dos mais críticos ao movimento alternativista. Por outro lado, essa posição crítica não era unanimidade entre os estudiosos do Direito Constitucional no país.

Importante ressaltar que a crítica ao movimento alternativista reduziu-se, de certa forma, à defesa do princípio da legalidade e da segurança jurídica. O caráter de movimento jurídico-social talvez não tenha despertado, entre os “conservadores”, uma preocupação maior, nos anos 90, com as ideias alternativistas, fato que pode ter sido decisivo para a realização do processo de reinvenção do direito alternativo.

René Ariel Dotti (apud OLIVEIRA, 1995, p. 09), crítico do Direito Alternativo, não nega o caráter ideológico do embate entre “alternativistas” e “conservadores”:

Ao final dos anos sessenta se produziu na Itália um movimento constituído por professores universitários, magistrados e advogados marxistas, rebelados contra o ideário e a aplicação de um Direito por eles considerado como instrumento de conservação e reprodução do modelo capitalista de Estado. **Falou-se, a partir de então com mais insistência, no “uso alternativo do Direito” em oposição ao “uso evolutivo do Direito”, expressão esta com a qual se pretende indicar o progresso da organização social mediante a aplicação das mesmas teorias e técnicas que têm prevalecido no campo jurídico.** [...]

O princípio da legalidade foi averbado de mistificador posto caracterizar um instrumento de dominação da burguesia na defesa de seus privilégios. O movimento teve seguidores na Alemanha e Espanha [...].

Tais noções ainda se mantêm no cenário dos **confrontos ideológicos e dos litígios acadêmicos** sempre que estejam em linha de consideração os objetivos e os limites da lei e o papel reservado à magistratura (os grifos são nossos).

Uma das críticas ao movimento do Direito Alternativo é de que na verdade trata-se de uma ação organizada por profissionais “cultos”, com posição social relevante na sociedade, sendo improvável ter sido concebido diretamente pelos movimentos sociais populares (o chamado “direito insurgente”<sup>25</sup>):

O essencial é saber que a teoria alternativa não surgiu espontaneamente, como fruto de “movimentos populares”, acoroçoados pela opressão da classe burguesa e que seus objetivos não são incertos. Suas ideias propulsoras têm sido engendradas e preparadas até aqui por juristas sagacíssimos, que delas se têm servido como meio para realizar, como veremos, o processo revolucionário alternativo. Estes juristas, predominantemente teóricos, atuam com grave astúcia retórica no contexto de uma verdadeira Revolução, que investe contra a sociedade indefesa e carente de juristas preparados para o necessário confronto (OLIVEIRA, 1995, p. 42).

Segundo GILBERTO CALLADO DE OLIVEIRA (1995, p. 66 a 75), o movimento alternativista busca dois objetivos: o “aniquilamento da noção de justo” (o “justo” é definido consoante a vontade do intérprete, ou melhor, do juiz, que é a autoridade que decide e põe fim

---

<sup>25</sup> Termo utilizado pela primeira vez por MIGUEL PRESSBURGUER no I Congresso de Direito Alternativo em Florianópolis (1991).

ao conflito social-jurídico) e a “introdução de uma nova utopia jurídica” (o direito torna-se uma realidade social, mutável consoante as modificações das relações sociais, renovado consoante a vontade coletiva do povo). A centralização no “sujeito coletivo e descentralizado” permite com que o direito seja o instrumento para a efetivação da “revolução social”.

Assim, a figura do “sujeito coletivo” e da “vontade social” são os fundamentos do “pluralismo jurídico” defendido pelos alternativistas (OLIVEIRA, 1995, p. 105). O novo “direito insurgente” não é criado na relação social calcada na alteridade, mas no conflito (PRESSBURGUER apud OLIVEIRA, 1995, p. 105). Desse modo, a visão dos alternativistas sobre a pessoa, a sociedade o Direito tem como pressuposto, para OLIVEIRA (1995, p. 102 e 103), uma filosofia antropológica materialista:

Na racionalidade alternativa já não há lugar para a metafísica e seus primeiros princípios. O ser do direito reduz-se à subjetividade de quem o concebe. Não há contradição nem injustiça no sujeito pensante, para o qual a única realidade são os ditames de sua soberana razão, não já individual, mas compartilhada e coletivizada. [...]

Nesse processo de entorpecimento do princípio de contradição, que vai sendo substituído por uma dialética horizontal e materialista, a razão ‘só faz sentido enquanto razão dialógica’. Eis a ‘lógica’ alternativa em sua figura de retórica! Os novos ‘sujeitos emancipados, participantes e criadores de sua própria história’ são os que, doravante, irão definir a verdade e o justo.

Dentre os juízes, a reação partiu principalmente de magistrados que não negam a necessidade de “correção” de lei “injusta”, feita pelo exercício da interpretação jurídica, mas que preocupam-se com o excesso de poder do juiz que imbuído de alguma ideologia decide o conflito consoante a sua vontade pessoal, sem critério seguro que garanta a ordem social. Segundo afirmou à época o então juiz de direito MILTON LÖEFF,

A questão torna-se polêmica quando o Juiz trata de pôr em prática, ou pretende pôr em prática as alternativas. Com frequência, tem-se visto o Juiz requerer impor sua visão particular ou sua ideologia, confundindo esta visão e ideologia com o Direito. [...]

No exercício da jurisdição há os que intervêm e desvirtuam o princípio criando o tumulto e insegurança porque em vez de agir publicamente como magistrados agem como particulares (singulis) e de acordo com suas crenças e opções de vida. Alguns, tomados de desmedida presunção, carentes de auto-crítica e humildade e acreditando ter uma sabedoria exclusiva deles, ou de um pequeno grupo de iniciados e iluminados pretendem se arvorar em

legisladores singulares muito mais capazes do que uma assembleia democrática de representantes do povo (1992, p. 15).

Nessa mesma orientação, posiciona-se o então juiz federal (hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça) ARY PARGENDLER:

Em suma, os adeptos da justiça alternativa agem no varejo. No atacado, ou seja, relativamente às grandes questões, nada podem. Nessa linha, sua prática é perniciosa pelo que tem de mistificação. Sugere às pessoas mal informadas que o Judiciário deve corrigir a injustiça das leis. Mais: que faz isso. A tarefa de fazer justiça social é da sociedade, através de sua representação política, e não do Judiciário. A este cabe aplicar o direito com a dimensão humana ditada pela equidade (1992, p. 18).

Por outro lado, alguns juízes ditos “não-alternativistas” acharam positivo o movimento do direito alternativo, como uma forma para aqueles que se consideram “conservadores” aprimorarem sua capacidade de argumentação e de aplicação do direito, posto que também não são favoráveis a leis “injustas” e totalitárias. Questionada, em entrevista, se considerava o movimento do Direito Alternativo positivo, posicionou-se a juíza de direito ELAINE MACEDO:

Eu acho positivo. E pelo seguinte: este movimento está mexendo com uma série de dogmas e, principalmente, com o comodismo. É muito mais fácil para o juiz decidir de acordo com a lei do positivo. É muito mais fácil, e mais cômodo, fundamentar suas sentenças em tal artigo, de tal lei (lavar as mãos, como Pilatos), do que tomar uma decisão que contrarie a lei, buscando outros valores. A contestação exige mais da capacidade intelectual do juiz, de sua capacidade de trabalho, de sua capacidade de criação. Estes movimentos de contestação são muito bons porque sacodem eventuais ‘poeiras’ ou ‘teias de aranha’ que começam a se criar em torno desta posição de comodismo. Mesmo porque, nós do direito, tendemos a ser mais conservadores do que o pessoal de outras áreas (MACEDO, 1992, p. 55).

### **3.1.3 Disseminação das ideias alternativistas nos campos práticos do Direito**

O fenômeno mais interessante no processo de constituição e consolidação de um pensamento alternativista foi o encontro entre os práticos do Direito e os acadêmicos. A contribuição de um e outro para a formação das bases ideológicas do movimento do Direito

Alternativo e, também, da “Teoria” do Direito Alternativo ocorreu simultaneamente, tanto nas relações constituídas em encontros nacionais e Congressos Jurídicos, como a própria entrada de profissionais (com formação acadêmica em Mestrado ou Doutorado) no meio universitário, como professores.

Contudo, foi no campo da prática jurídica que o alternativismo estruturou-se como movimento sócio-jurídico, e a disseminação de suas ideias, por consequência, ocorreu de maneira muito mais rápida. Consoante afirma CARVALHO,

o crítico não era o profissional do Foro (apenas acreditava na mudança via política), e hoje, via movimento, há consenso que o operador desempenha papel vital na ‘consolidação de posições renovadas no contexto social, econômico e político’ (1998, p. 53)

A ação política exigia a atitude de pessoa identificada com a sociedade, a qual, portanto, só poderia ser o profissional do direito. O aumento do número de advogados “populares” (que litigavam gratuitamente para pessoas com baixa renda), a aproximação do juiz com a parte litigante (sendo comum a prática dos juízes alternativistas receberem as partes em seu gabinete de trabalho, para discussão do processo judicial), a personificação, no Ministério Público, como o ente defensor da lei, inclusive em face do Estado, são todos fatores decorrentes do imaginário alternativista.

Dessa forma, não se pode negar que é manifesta essa relação entre o fenômeno da judicialização e o surgimento do direito alternativo. Também na prática profissional esse fenômeno é patente: o aumento das demandas sociais submetidas ao Judiciário dependiam de advogados engajados nessa linha alternativista, os quais, em grande maioria, passaram a atuar juntamente de associações de grupos (ONGs pelos direitos dos presos, por exemplo) ou em assistências jurídicas populares (como os Serviços de Assistência Judiciária Gratuita das Universidades).

Nesse sentido, a análise de AMILTON BUENO DE CARVALHO, em acórdão de sua relatoria de 14 de dezembro de 1988, quando indeferiu reintegração de posse requerida por uma pessoa jurídica contra um grupo posseiro:

O Poder Judiciário é um poder que não pode limitar-se a permanecer em uma posição subalterna de obediência frente aos mandatos dos demais poderes. Deve colaborar com o Legislativo e com o Executivo para a solução dos problemas sociais, especialmente quando se apresentam hipóteses que não se prestam a ser reguladas por normas abstratas, mas sim que exigem soluções concretas, caso por caso. O Poder Judiciário não pode ser injusto, esperando a chegada de uma lei, especialmente quando o legislador permanece inativo pelo temor das conseqüências que podem derivar da elaboração de uma norma geral. O Poder Judiciário pode afrontar este perigo, pois suas decisões não são leis, mas têm validade apenas no caso em questão. *Opus justitae pax*. Devemos nos perguntarmos então qual será a solução mais compatível com a paz social. E a balança, uma vez mais, se inclina do lado dos ocupantes, especialmente se temos em conta a crise econômica pela qual estamos passando, com grandes massas de trabalhadores sem amparo, sem casa e sem alimentos (CARVALHO apud LOSANO, 2004, p. 119 e 120).

Interessante observar que na decisão judicial acima AMILTON BUENO DE CARVALHO recorre aos princípios constitucionais para justificar a sua decisão, e não propriamente aos princípios gerais do Direito. Nesse sentido, pode-se asseverar que o amparar-se na Constituição viria a conferir uma maior legitimidade ao juiz para proferir a sua decisão de cunho material *contra legem*.

### **3.2 O “MDAB” e a sustentação ideológica: a aproximação com a Academia jurídica**

Como já observado, o Direito Alternativo no Brasil teve influências teóricas dos movimentos de “uso alternativo” do direito na Europa. LOSANO chega a sustentar que “a leitura de Ihering através da mediação de Tobias Barreto pode ser considerada como precursora do atual movimento de direito alternativo” (LOSANO, 2004, p. 93). Tobias Barreto tinha o costume profissional de exercer a defesa processual de pessoas mais pobres economicamente como forma de perseguir, no âmbito do Judiciário, a satisfação de suas pretensões; teria sido influenciado por Ihering na sua “segunda fase”, quer dizer, na sua obra mais inclinada à política (“A Luta pelo Direito”).

Por sua vez, LÉDIO ROSA DE ANDRADE refere, também, como precursores teóricos europeus do movimento alternativista brasileiro:

O Direito Alternativo, desde o ponto de vista da crítica jurídica, assume com freqüência posições antiformalistas, seguindo o exemplo (com o que, no entanto, não se identifica) do Movimento do Direito Livre (Ehrlich e Kantorowicz), da Jurisprudência dos Interesses (Heck) ou do Realismo Jurídico (Holmes e tantos outros) para recordar aos juristas nacionais as grandes transformações que tiveram lugar na teoria do direito a fins do século passado e a começo do presente e que hoje ficaram tão esquecidas. (ANDRADE apud LOSANO, 2004, p. 94).

Assim, ainda que com influência europeia, o direito alternativo brasileiro teve “vida própria”, posto que sempre fora conceituado como um movimento político dentro do direito, e não uma escola teórica ou uma teoria jurídica. Por sua vez, SALO DE CARVALHO nomeia o movimento com a sigla “MDAB” (Movimento do Direito Alternativo Brasileiro) e justifica o seu discurso contra o “conservadorismo” e em favor das classes “menos favorecidas”. Para esse mesmo autor, o seio do Direito Alternativo é o Judiciário, e este deve ser o Poder de Estado protagonista na efetivação e realização das demandas sociais, dos princípios constitucionais e das políticas públicas do país.

O nascimento do movimento é atribuído à ação conjunta de magistrados gaúchos que, por meio de suas sentenças, começaram a realizar as políticas públicas exigidas pelos grupos sociais a par do direito positivo e dos demais poderes políticos. O impacto no Brasil de tais decisões judiciais fez com que mais juristas aderissem ao movimento; a veiculação, como já dito, em 1990, de uma notícia num jornal paulista deu publicidade ao ato “político” dos magistrados gaúchos.

Existe uma distinção – como já vimos – entre “uso alternativo do Direito” e “Direito Alternativo”; o primeiro aproxima-se de uma linha de pensamento crítico no Direito, impulsionada pelo fim do nazi-fascismo e da “ideologia jurídica” que teria sustentado o regime.

Já o segundo, consoante sustenta ANDRADE, ultrapassa a crítica ao Direito: estabelece, sim, um novo Direito, superando a função da dogmática jurídica e utilizando o Direito positivo apenas como um instrumento da revolução social. De certa forma, o Direito Alternativo alinha-se muito mais a uma ideologia delimitada – como a ideologia marxista ou gramsciana – do que o “uso alternativo do Direito”, embora este último tenha sido, principalmente na Europa, a “bandeira política” de muitos juristas ligados à correntes socialistas.

Dessa maneira, a terminologia geral “críticos do Direito” caracterizaria todo jurista contrário ao positivismo Kelseniano. Deste grupo, juristas mais preocupados em estipular novas teorias hermenêuticas, propondo uma reinterpretação do direito “posto”, formariam um grupo muito mais heterogêneo (do ponto de vista político-ideológico) do que o “grupo dos alternativistas”, os quais alinham-se a um ponto de vista político semelhante, qual seja, o uso do direito positivo para superação do próprio direito positivo, por meio de novas regras de convivência, ditadas diretamente pela sociedade, sem intermédio de outras instituições, vistas como “repressoras” da liberdade.

Essa dialética de superação do positivismo poderia ser visualizada, esquematicamente, da seguinte forma:

TESE – Positivismo e Direito positivo “oficial”

ANTÍTESE – Direito Alternativo e superação do direito positivo “oficial”

SÍNTESE – Constituição de um novo Direito e novas regras de convivência

Ora, a contradição imanente na dialética alternativista é desconsiderar que, ao fim e ao cabo, a constituição de um novo Direito traduz um “novo direito oficial”, e de novas regras sociais de convivência, um “novo Direito positivo”. Na verdade, trata-se de uma troca de poder político, ou mudança de autoridade: em um, o poder político estava com a “classe dominante opressiva econômica”; em outro, o poder político está no “proletariado”.

A diferença, talvez, resida na ausência de normas positivas “eternas” ou “imutáveis”, sendo as regras sociais fruto do devir social e alteráveis a qualquer momento:

Alinhavaram-se várias formas possíveis de encaminhar o processo alternativo. Iniciou-se dizendo ser necessário, em uma primeira fase, o cumprimento puro e simples do Direito positivo oficial. Em seguida propôs-se o **uso alternativo do Direito como um contradiscurso**. Por último entendeu-se necessário um **proselitismo teórico** na busca da **hegemonia do pensamento alternativo** nos meios pelos quais perpassa o jurídico. [...]

Na realidade, a separação é meramente didática, pois **no cotidiano social todos os caminhos interagem**, misturam-se seguem em conjunto, construindo o **processo histórico dialético**. [...]

Entende-se dialético porque trata de um processo que se vai **auto-construindo**, ou se **autodestruindo**, ou se **automodificando**, **sem nada pronto e acabado**. **Contraditório em si próprio**, o pensamento alternativo pretende ser uma opção de vida, **construída sem uniformização**, respeitando as contradições e diferenças inerentes ao ser humano. **A cada proposição poderá haver uma contradição, resultando em uma síntese que também poderá ser contraditada**. Segue-se, assim, o **processo**, mas sem opressão e sem dominação. [...]

É o **exercício da própria liberdade**, do **pluralismo** e da liça constitutiva da humanidade. (ANDRADE, 1992, p. 89-90 – grifamos).

### 3.2.1 O Congresso de Florianópolis: consolidação do Movimento a nível nacional

O primeiro “Encontro Internacional de Direito Alternativo” ocorreu em Florianópolis, entre os dias 04 e 07 de setembro de 1991. Segundo HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES (1992, p. 185), o evento foi promovido pelo Conselho Federal da OAB, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC), com patrocínio do CNPq e demais entidades associativas acadêmicas.

Neste evento proferiram palestras e painéis 71 profissionais (acadêmicos e práticos) e contou com participação de um público (em sua maioria, estudantes de graduação em Direito) de 1.112 inscritos (RODRIGUES, 1992, p. 185). Após o evento foi criado o “Instituto Direito Alternativo” (IDA), com sede em Florianópolis (no CCJ/UFSC), responsável por concentrar toda a produção e difusão do pensamento alternativista, inclusive por meio da publicação da

“Revista de Direito Alternativo”, lançada oficialmente durante o congresso (RODRIGUES, 1992, p. 186).

Conforme vai apontar HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES (1992, p. 186), é possível enumerar outras consequências práticas deste mesmo Congresso Internacional de Florianópolis:

- a) a criação pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC da disciplina Direito Alternativo junto ao seu programa de Mestrado;
- b) a realização de diversas palestras e painéis pelo país [...];
- c) a realização em Fortaleza, no período de 30 de outubro a 1º de novembro de 1991, do I Seminário Cearense sobre Direito Alternativo;
- d) a realização, no período de 28 a 30 de novembro de 1991, do I Fórum Regional sobre Direito Alternativo, em Natal;
- e) a retomada da discussão do tema pela grande imprensa.

No entanto, esses grupos seriam meros práticos do Direito, com atuações isoladas, se não fosse a sustentação teórica dada pela academia jurídica, ou seja, pela adesão de professores universitários à linha “alternativista”. A produção acadêmica, por sua vocação e gênese teórica, concede ao “alternativismo” o fundamento sólido para consolidação do “discurso”, isto é, concede a legitimidade necessária que não é dada, automaticamente, pelo próprio sistema jurídico.

A concepção, pois, de uma “teoria alternativista”, no âmbito universitário, faz parte desta “contraproposta” ao “direito oficial”. De fato, isto a torna muito mais difícil de ser impugnada que uma posição crítica adotada por um prático do Direito ou manifestada numa sentença judicial.

Vale lembrar que esse mesmo uso do “espaço acadêmico” pelos alternativistas já fora exposto por ENGELMANN (2004). Em sua pesquisa de campo, o citado autor identificou, nas entrevistas e produções dos principais líderes do movimento do Direito Alternativo, a pretensão por parte destes de usar o espaço universitário como meio eficaz para dar a legitimidade e sustentação de que o movimento necessitava, sabendo, pois, que o domínio do

conhecimento científico do Direito seria o caminho seguro para consolidação do pensamento alternativista:

A dimensão pública das tomadas de posição política e jurídicas adotadas pelos “juízes alternativos” foi maximizada com a reportagem do Jornal da Tarde e na mídia ao longo da década de 1990. [...]

O fator principal que caracterizou a passagem de um grupo de estudos regional para o movimento nacional, foi a adesão de parte do corpo docente da pós-graduação em direito da UFSC [...]

A conjuntura que sucedeu a exposição pública dos “magistrados alternativos” que se reuniam em um grupo de estudos relativamente fechado e o fato de terem sido acuados por um conjunto de críticas e censuras por seus pares, abriram espaço para a “aliança” com os professores da UFSC. [...]

A crítica da “dogmática jurídica” tradicional, “formal-positivista” identificada à epistemologia desenvolvida pelo jurista alemão Hans Kelsen no início do século XX, que apregoa a autonomização da forma jurídica, através de uma “teoria pura do direito” e que instrumentaliza as abordagens e métodos de hermenêutica jurídica, é realizada “a partir de fora”. Neste sentido, embora a não adesão formal dos “juízes alternativos” ao “marxismo”, são as apropriações deste pelos juristas de Florianópolis, através da “sociologia jurídica”, que permitem a fundamentação do conjunto de “teorias críticas” do Direito. Esta “sociologia” propõe o estabelecimento da base social da norma jurídica, que é considerada “externa” ao sistema normativo pela epistemologia kelseniana. A fundamentação “marxista” é elaborada pelos professores da UFSC e permanece sendo a vertente mais forte no âmbito da “crítica do direito positivo”. Permite aos “críticos”, a construção de uma “nova hermenêutica”, condição fundamental para a utilização dos conceitos “alternativos” no embasamento das demandas e decisões judiciais. (ENGELMANN, 2004, p. 234 a 240).

Contudo, ENGELMANN afirma que “nenhum dos líderes tinha ligação direta com o marxismo” (2004, p. 208), nem com partidos políticos. Na verdade, a mobilização entre os práticos do Direito e o uso do espaço acadêmico não teriam atingido a eficácia totalizante e geral se não fosse o apoio político-partidário. Vale lembrar que entre os participantes do I Congresso de Direito Alternativo em Santa Catarina estava um membro muito reconhecido já naquela época do Partido dos Trabalhadores do Estado do Rio Grande do Sul. Falamos de Tarso Genro.

Todos os professores universitários que aderiram, na época, ao movimento do Direito Alternativo, hoje têm altos postos nas Universidades Federais do país, além de ocuparem cargos nos órgãos oficiais de educação e de obterem prêmios por produtividade científica.

Alguns práticos do Direito chegaram a participar de governos estaduais e até federal de esquerda, contudo, seguiram muito mais atrelados a sua “luta profissional” que os acadêmicos citados.

Além disso, importante referir que o “amálgama” mencionado por ENGELMANN (2004, p. 208) entre o “jusnaturalismo” e o “cristianismo”, defendido por vários autores alternativistas, tem sua fundamentação na Teologia da Libertação, cuja base teórica é, exatamente, o marxismo.

Dessa forma, o domínio do espaço universitário, atualmente, pelos “alternativistas” e acadêmicos que se declaram “de esquerda”, consolidou-se a partir do momento em que a política partidária de esquerda assumiu o poder estatal. Esta “aliança” entre os “práticos”, “acadêmicos” e “políticos” no domínio do pensamento jurídico (ou “imaginário jurídico”, como preferimos dizer) faz com que o “alternativismo”, hoje, seja o direito oficial.

Por isso, o próprio termo “alternativismo” traduz uma ambiguidade em si mesmo. Como movimento, nasceu no âmbito do pensamento social de esquerda, contra o domínio do pensamento social de direita. Mas, na sua essência – como afirmam os seus líderes – traduz uma proposta alternativa a um direito oficial, dominador, então vigente, em prol das minorias ou daqueles que se apresentam como “mais fracos”.

Todavia, atualmente dito pensamento domina o cenário jurídico, e já não se fala mais em “defesa dos direitos de minorias” pois essas minorias já estão garantindo seus direitos. Mudanças constitucionais, alterações legislativas, decisões judiciais até por parte do próprio Supremo Tribunal Federal são os sinais evidentes de que o “alternativismo” não é mais alternativo ao Direito, mas é, hoje, o próprio Direito.

Nessa linha, não seria absurdo dizer que “alternativista”, no espaço jurídico atual, seria o pensamento jurídico de grupos hoje minoritários, como os “jusnaturalistas” e os próprios “positivistas” ou “neopositivistas”, estes últimos ainda com uma influência significativa no Direito Tributário, e aqueles no campo teórico da Filosofia e Teoria do Direito.

De qualquer forma, essa intersecção entre a academia, a prática jurídica e a política traduz o tripé necessário para a atual conjuntura do pensamento jurídico, predominantemente de caráter “alternativista”.

As relações sociais no âmbito da academia, além de objetivar a produção do conhecimento, também traduzem relações políticas de trato entre docentes, discentes e corpo administrativo. Do ponto de vista interno, pois, a academia jurídica, nas Universidades e Faculdades de Direito, sempre envolvem relações políticas, numa dimensão horizontal (entre os membros acadêmicos entre si) e numa dimensão vertical (envolvendo, assim, a relação de mando e obediência, chefia e subordinados, autoridades e a “massa”).

Na sua pesquisa de campo, ENGELMANN verificou que o cenário interno universitário modificou-se sensivelmente a partir do final da Ditadura Militar, nos anos 80, preparatórios para o processo sociopolítico da “redemocratização”. Segundo esse autor, o corpo docente das Faculdades de Direito diversificou-se com a entrada, por concursos públicos, de praticos do Direito e professores cuja qualificação de Mestrado/Doutorado passaram a substituir o então grupo de educadores que “dominavam” o pensamento jurídico acadêmico, ligados a “famílias tradicionais” e cuja titulação científica era nula (ou quase nula):

A conjuntura de redemocratização política do Brasil a partir do fim do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988 inauguram condições para a emergência de novos usos e definições das instituições. [...] Entre as instituições que são atingidas por este processo, está o poder Judiciário, ou mais amplamente o que se pode denominar de espaço jurídico. O ambiente formado ao mesmo tempo pelo conjunto dos operadores jurídicos, dos professores de direito e pela ampla rede de ensino universitário, é diretamente atingido pela redemocratização política do país. Sofre um processo de diversificação, tanto nas características sociais dos que tem acesso ao título de bacharel em direito, que repercute nos usos das profissões jurídicas, quanto das disciplinas que fundamentam o conjunto da atividade deste espaço. Os efeitos desta diversificação que se apresentavam visíveis ao longo da década de 90, abrem um maior espaço de lutas entre as definições de “Estado” e “Justiça” [...] principalmente a partir da década de noventa, há uma significativa polarização nas tomadas de posição nas confrontações entre os juristas tendo como objeto concepções de direito e de

atuação profissional. Num primeiro pólo, podem ser agrupados bacharéis que estão associados a “grandes famílias de juristas e políticos” [...]. Num segundo pólo, socialmente mais diversificado, posicionam-se grupos que se legitimam enfrentando a “tradição jurídica”. Neste segundo caso, há uma tendência à mediação de forte investimento no ensino universitário de pós-graduação para ascensão social. As tomadas de posição destes juristas envolvem redefinições de concepções de direito e uso das carreiras jurídicas. (ENGELMANN, 2004, p. 9-11).

Com isso, uma imensa gama de docentes, ligados ao movimento alternativista, entraram no cenário acadêmico instaurando o processo de reformulação do pensamento jurídico. O primeiro passo fora elaborar novas propostas pedagógicas e metodológicas para o ensino do Direito: a defesa da “interdisciplinaridade” e da “pluralidade” no ensino jurídico vinha como uma contraproposta à “neutralidade” e “positividade” defendida pelo positivismo jurídico.

A gradual substituição dos “manuais” e “comentários” à lei positiva pelos livros e obras específicos sobre temáticas pontuais, elaborados por esses mesmos professores, bem como o uso de revistas jurídicas, consolidou o novo método de ensino do Direito, aberto à produção e opinião do conhecimento pelos alunos sem depender, totalmente, do professor em sala de aula.

Dessa maneira, do ponto de vista interno, os professores “alternativistas”, fortalecidos pelo processo de redemocratização e com a mudança do imaginário sociopolítico brasileiro para uma “nova democracia”, pelo ensino jurídico e produção científica (pesquisa acadêmica), instituíram um novo imaginário acadêmico.

Dito “imaginário” centra-se no protagonismo da massa do corpo discente e, pelo lado dos docentes, na quantificação de produção técnica dirigida à consecução de resultados: pontos de acréscimo para computação de produtividade e para, com o uso de bolsas concedidas pelos órgãos públicos educacionais, complementar a sua formação individual e fomentar a constituição de grupos de ensino para equilíbrio das forças nas relações de poder, dentro da Universidade.

Ainda segundo ENGELMANN (2004, p. 50-51),

Entre os principais recursos utilizados para a legitimação dos “juristas críticos” ou “alternativos” no espaço jurídico está a gestão dos títulos acadêmicos de pós-graduação, particularmente de doutorado, no espaço do ensino universitário do direito no Brasil na década de noventa. A relativa escassez de titulação acadêmica dos professores de direito e a ampliação das exigências por parte da política conjuntural do Ministério da Educação para a certificação dos cursos de graduação, são fatores a serem considerados na análise da ascensão de agentes marginalizados neste espaço. Esse segmento hegemoniza tanto a direção dos cursos de graduação e principalmente de pós-graduação, quanto as comissões e conselhos de ensino do Ministério da Educação e Ordem dos Advogados do Brasil.

Por outro lado, a relação entre a academia e a política, *do ponto de vista externo*, nunca fora enfrentada, nem na pesquisa de campo realizada por ENGELMANN. Na verdade, existe uma relação entre os dois campos – ensino jurídico e política – também do ponto de vista externo.

Com efeito, é sabido que as reformas universitárias no campo da metodologia e do ensino jurídico se perfectibilizaram no final dos anos 90, mormente com a assunção de governo político-partidário de esquerda ao poder. Como realidades que demonstram essa instituição de novo campo de ação para os grupos acadêmicos envolvidos nas temáticas “pós-alternativistas”, temos:

- a) As novas regras no tocante ao reconhecimento de novas Faculdades de Direito<sup>26</sup>;
- b) o acesso ao ensino jurídico<sup>27</sup> por grupos “minoritários” ou “desfavorecidos” como os descendentes de africanos, os índios, os oriundos de escolas públicas (pelo “sistema de quotas”);

---

<sup>26</sup> As novas regras sobre reconhecimento de novas Faculdades de Direito e sobre diretrizes do ensino jurídico tem sua gênese nas comissões de ensino jurídico da OAB, em 1992, que reuniu especialistas de todo o país, liderada, contudo, por professores da UFSC, os quais na época eram alinhados ao movimento alternativista. O trabalho de Horácio Wanderley Rodrigues, *Novo currículo mínimo para os cursos jurídicos*, em 1995, já estabelecia requisitos básicos de formação do corpo docentes das Faculdades de Direito. Nesse sentido, ENGELMANN, 2004, p. 124.

- c) o domínio centralizado de órgãos do Ministério da Educação, como o CNPQ e CAPES na área de pesquisa acadêmica;
- d) bem como as autoridades que comandam tais órgãos centrais – de certa forma, pesquisadores e docentes alinhados à política de governo, muitos deles apoiadores do movimento alternativista do início dos anos 90<sup>28</sup>.

### 3.2.2 O uso da Sociologia do Direito como suporte jurídico do Alternativismo

Apesar das diferenças entre o “uso alternativo do direito” europeu e o “direito alternativo” latino-americano, pode-se afirmar que a sua origem – ou seus fundamentos – remontam às mesmas circunstâncias sociopolíticas de tempo e mesma ideologia de pensamento. O uso da justiça frente aos “abusos” de um direito “oficial” ou vigente lembra o espírito dos revolucionários de 1917 que implementaram o regime socialista na Rússia. De certa forma, atingir um regime “oficial” e ferir o *status quo* era uma questão de justiça, e não de política (ainda que se admita que o direito alternativo é um movimento político).

O movimento político tomou corpo jurídico. O espírito do direito alternativo atinge pretensão de juridicidade ao combater o espírito formal-positivista que serviria de fundamento para o direito “oficial” das elites então contraposto. Dessa forma, o valor da justiça reclamado pelos alternativistas correspondia à realidade social, ou à uma justiça social (assim

---

<sup>27</sup> A Constituição de 1988 apenas fazia referência, no seu art. 37, VIII, à reserva de vagas em empregos e cargos públicos para pessoas com deficiência física. Depois disso, uma série de demandas judiciais propostas por grupos sociais intitulados “minoritários” visavam, sob o “princípio da igualdade”, tratamento igualitário no que tange a mesma reserva de vagas disposta constitucionalmente. Tais reivindicações culminaram com a aprovação da Lei 10.558/2002 (que, na verdade, é oriunda de conversão de Medida Provisória, de autoria do Presidente Lula), que, em seu art. 1º, dispõe: “Fica criado o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a **grupos socialmente desfavorecidos**, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros” (grifamos).

<sup>28</sup> Tais como Horácio Wanderley Rodrigues (que possui bolsa de produtividade CAPES), Edmundo Lima Junior (bolsista de produtividade), Celso Campilongo.

considerada pelo próprio povo). A justiça proclamada pelo direito alternativo vinha diretamente da sociedade – detentora da titularidade do poder político – e não de um grupo dominador que concentrava o poder, grupo este que nem falava em “justiça”, posto que o formalismo jurídico não admitia intersecções entre o direito e valores morais ou éticos.

É possível afirmar a influência direta do MDAB no desenvolvimento da sociologia jurídica como disciplina acadêmica que dá suporte a um processo de “reconstrução” do direito, como bem descreve EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JUNIOR (2006, p. 31 e 32). Primeiramente, o autor reconhece que há um início do processo de valorização da matéria com o Movimento:

Há ainda outros dois momentos importantes e característicos em prol da disciplina. **Desde a década de 1990 o Movimento de Direito Alternativo (MDA) tem se constituído num dos fóruns mais significativos de aglutinação da crítica (re)construtiva do direito no Brasil**, através dos congressos e publicações do Instituto de Direito Alternativo (IDA). A análise de suas pautas de seminários registra temas políticos e acadêmicos sobre a formatação cultural mais adequada para uma racionalização do Direito eficaz. Nos termos de realização da vontade constitucional.

Lembra ainda ARRUDA JUNIOR que:

Assim, superada a fase mais restrita e ideológica do discurso-denúncia presente no MDA, passou-se a uma fase mais ampla da ação compreensiva dos problemas de eficácia/ineficácia do direito como centralidade da pesquisa jurídica e da ação científica (e também política para a reconstrução do direito positivo. **Ao redor desse núcleo gravitam, por consequência e afinidade eletiva, os direitos humanos em face da exclusão social que acompanha a forma de globalização restrita, ou neoliberal: questão indígena, prostituição infantil, violência urbana e rural, reconhecimento das opções de gênero, danos ambientais, exploração do trabalho infantil, impacto tecnológico e a questão ética, etc. No MDA os debates sobre a política e o direito não excluam as preocupações sobre o ensino e a pesquisa.** Ambas sempre foram tratadas com o estatuto de fontes de direito e básicas para a existência de nova cultura jurídica vitais também enquanto condições de racionalização e maior efetividade do direito.

Por fim, ARRUDA JUNIOR formaliza a sua opinião a respeito do tema:

**Do meu ponto de vista não há registro histórico de tanto material para uma sociologia *tout court*. como as que eclodiram nos congressos do MDA.** Naturalmente que as centenas de operadores que passaram por Florianópolis, ao priorizarem a politização típica dos seminários de massa (por vezes eram cinco painéis simultâneos) davam ênfase à necessária interlocução entre os agentes da racionalização (profissionais do direito e interessados no reconhecimento ou eficácia de direitos), visando a superação de corporativismos profissionais impeditivos da afirmação da modernidade jurídica. Essa foi uma condição de possibilidade para uma crítica realmente superadora dos vícios da discussão meramente acadêmica, quando não puramente academicista, vale dizer, de hegemonia circular da corporação burocrática no ensino do terceiro grau. O MDA registrou em vários momentos seus limites de abrangência e alcances (em termos de potencialização de *habitus*. Um dos limites desse momento do MDA foi e continua sendo o da comunicação. Volto a repetir. Não existe ainda um banco de dados satisfatório sobre as teses e ações reconstrutivas do Direito nas profissões jurídicas, que impliquem signos de mais ou menos modernidade jurídica, de maior ou menor efetividade constitucional dos direitos. Por certo que a sociologia jurídica não se reduz à eficácia/ineficácia dos direitos humanos, mas se não enfrentar esse campo político e teórico ela tenderá a ser uma disciplina epistemologicamente manca, amputada de fundamento que lhe confira maior legitimidade. Em outras palavras. sua legalidade científica pode ser construída, mas nascerá deformada por vício nas escolhas éticas e hermenêuticas (grifamos).

Ao atrelar, pois, o Direito a uma Sociologia do Poder (ou Sociologia da Dominação), no sentido de que o direito positivista era o dominador, e o Direito alternativo a revolução contra a dominação, os alternativistas encontraram no valor “justiça” e nos princípios gerais do Direito a justificação teórica jurídica necessária para tornar o movimento “legítimo”.

Segundo ELIANE JUNQUEIRA (1992, p. 95), “direito e justiça alternativos constituem os principais objetos de uma sociologia jurídica pensada como uma ‘sociologia da administração da justiça’ ou uma “sociologia da resolução dos conflitos”. A sociologia científica, de linha weberiana, vista como aliada à neutralidade interpretativa do direito, deveria ser superada, posto que “ineficaz” para solução de conflitos sociais, já que a finalidade de uma sociologia do Direito Alternativo é “subverter o direito oficial” (JUNQUEIRA, 1992, p. 96).

A ligação da sociologia jurídica weberiana com uma perspectiva mais teórico-científica, segundo CARBONNIER (1979, p. 29), fez com que uma linha contrária, denominada “sociologismo”, propugnasse uma perspectiva mais filosófica da observação do

social. Tal linha de pensamento via a sociologia jurídica como uma disciplina da filosofia, o que, neste ponto, justifica o embasamento teórico do ideário alternativista, na medida em que o sociologismo partia de um pressuposto antipositivista – isto é, negava que todo o fenômeno jurídico, e o Direito em si mesmo, estivesse reduzido à lei estatal.

Nesse sentido, segundo CARBONNIER (1979, p. 159), “parece que deveria ser aqui mencionado o sociologismo. Entende-se por este uma doutrina que negaria o direito dogmático reconduzindo-o à sociologia do direito”. O argumento explica a razão pela qual a linha alternativista mais radical do “direito achado na rua”, por exemplo, aproxima-se de uma produção teórica sociologista; enquanto que a outra linha, do “uso alternativo do direito”, que não nega a dogmática jurídica, mas propugna uma nova interpretação dela e a consequente submissão aos princípios gerais do direito (ou constitucionais, como defende o “neoconstitucionalismo”), aproxima-se mais da “sociologia da dominação”.

Contudo, ambas as linhas são sustentáculo da ideia de “revolução social” exercida pelo Direito, defendida por grande parte dos alternativistas. Com efeito, como já dito, o Direito é instrumento mais eficaz que a política partidária, principalmente se a “revolução” é feita pelos juízes, cujo poder decisório alcança, diretamente – mediante a autoridade da decisão judicial, permeada também de coação – toda a elite dominadora do poder.

Dessa forma, todos os fenômenos do pós-segunda guerra – ascensão das ciências sociais, retomada dos valores, modificações no ensino jurídico, teorias interpretativas dos princípios constitucionais, teoria dos direitos humanos, fortalecimento do pensamento socialista, protagonismo dos partidos de esquerda – constituem causas do próprio fenômeno do alternativismo.

Para MARIO LOSANO, o ponto de partida desse novo pensamento na Europa foram os acontecimentos de maio de 1968, apesar de o movimento ter sido encerrado neste Continente e ter tido, de certa forma, uma continuação progressiva nos países da América Latina, após a queda das ditaduras militares – então representantes do referido “direito oficial” (LOSANO, 2004, p. 56).

Por isso, no âmbito do pensamento jurídico – da história das ideias – o alternativismo encontrou o fundamento teórico necessário no desenvolvimento da sociologia jurídica e da história social do direito. Com efeito, um direito formalista-positivista é essencialmente instrumental; e, portanto, passível de mau uso (ou uso “injusto”) por parte daqueles que detêm o poder (no caso, para os alternativistas, a elite econômica).

Ora, a revolução social só poderá ser efetivada num direito **com conteúdo**, revestido de valores e de princípios fundamentais, sustentado por uma ciência social (e não uma ciência natural, como a lógica, que sustentava o direito positivista kelseniano) que possa compreender e explicar a própria sociedade e suas constantes modificações. Somente uma ciência social como a sociologia pode responder às questões fundamentais da sociedade – e, exatamente por ser uma ciência social, também é passível de conjugar o maior número de valores e de concepções do ser humano possíveis, o que deu ensejo da criação, no direito, de conceitos como “mínimo existencial”, “bens humanos”, “dignidade da pessoa humana” (no sentido sociológico do termo), etc.

Segundo MARIO LOSANO, a visão antiformalista do direito alternativo, e sua aproximação com a sociologia, não é um fenômeno novo; encontra já suas raízes no movimento do direito livre<sup>29</sup> e da jurisprudência dos interesses<sup>30</sup>, ambos na Alemanha, no socialismo jurídico<sup>31</sup> na Itália (com RENATO TREVES), e também nos *Critical Legal*

<sup>29</sup> “Movimento doutrinário que congregou, no início do século XX, diversos juristas de língua alemã, radicais em sua luta contra o conceitualismo jurídico alemão do século XIX (*Begriffsjurisprudenz*). Eles foram os primeiros a propor uma teoria do direito com fundamentos explicitamente sociológicos e por esse motivo são freqüentemente considerados como os fundadores da sociologia do direito” (PERRIN, 1999, p. 257). Na Alemanha, os protestos antinazistas e a necessidade de uma legislação de emergência, transitória ao regime democrático, foram de 1967 a 1969.

<sup>30</sup> “Denomina-se de Jurisprudência dos Interesses (*Interessenjurisprudenz*) certa orientação metodológica da dogmática jurídica alemã, do início do século XX, inspirada na doutrina utilitarista (*Zweckjurisprudenz*) da segunda fase da obra de Rudolph Von Ihering (1818-1892). [...] Essa nova metodologia assentava-se numa teoria genética do legislar (*genetische Interessentheorie der Gesetzgebung*) e numa doutrina da interpretação definida desde a ideia da *obediência pensante* (*denkender Gehorsam*) do juiz à lei” (CASTRO JUNIOR, 2006, p. 487 e 488).

<sup>31</sup> O “socialismo jurídico” torna-se visível no desenvolvimento da sociologia do Direito que, na definição de RENATO TREVES (1999, p. 754), é “disciplina que, através do estudo das estruturas do direito positivo, visa o conhecimento do direito ‘livre’ existente na sociedade e, através do estudo da sociedade em geral, procura determinar a função que o direito cumpre e a finalidade para a qual ele tende na própria sociedade”. A

*Studies*<sup>32</sup> nos Estados Unidos (LOSANO, 2004, p. 58)<sup>33</sup>. Todas estas correntes do pensamento jurídico tinham algum tipo de aproximação com a teoria marxista do Direito<sup>34</sup>, uma vez que utilizavam as categorias próprias do materialismo e da dialética para elaborar uma explicação do fenômeno jurídico.

Essa revolução social também requer uma revolução de pensamento dos juristas. Nesse sentido, MARIO LOSANO fala em “conflito de gerações” nos movimentos revolucionários alternativistas pós-68: os juízes mais antigos, de formação conservadora, que defrontavam-se com os juízes mais novos, já formados com as ideias renovadoras do “novo direito”: o direito que dialoga com a sociologia marxista, e que dela retira sua base para uma nova proposta de legislação e de jurisprudência.

De certa forma, a aparição do direito alternativo significava, na leitura feita dentro do debate do contexto europeu, uma “revanche” dos juristas, “uma reação ao seu complexo de inferioridade frente aos economistas, na época do milagre econômico, e frente aos políticos, na época de reação ante este milagre” (LOSANO, 2004, p. 64).

Estes “novos juristas” – que arrogaram para si a responsabilidade de realizar a revolução social, em lugar dos políticos e do próprio Estado, por suas instituições – na verdade, exerciam militância política dentro do direito, ou dentro de sua profissão jurídica. Não pertenciam a partidos políticos (ao menos os juízes e outros burocratas não eram filiados), mas agiam como se pertencessem a um, ou como se o Direito fosse um grande partido político a serviço da sociedade.

---

sociologia do Direito passou a ter um aspecto “totalizante”, tendendo à negação do direito dogmático, consoante os fundamentos da “Escola Sociológica do Direito” (ARNAUD, 1999, p. 766).

<sup>32</sup> “Movimento intelectual americano contemporâneo que procura compreender e criticar os fenômenos jurídicos fazendo uso, de forma eclética, entre outras perspectivas teóricas, dos pontos de vista do realismo jurídico, do marxismo, do feminismo e do estruturalismo” (ABEL, 1999, p. 190). Nos Estados Unidos os protestos se dirigiram contra a Guerra do Vietnam e contra a discriminação racial, no período de 1964 até 1970.

<sup>33</sup> O autor ainda refere que os principais líderes políticos europeus do pós-guerra – Adenauer, De Gasperi e De Gaulle eram antifascistas e democratas, mas “conservadores” e “anti-socialistas” (LOSANO, 2004, p. 61).

<sup>34</sup> “Teoria que concebe o direito como não autônomo, mas como resultado de um modo de produção e das relações entre classes sociais” (HUNT, 1999, p. 480).

Segundo MARIO LOSANO, os juristas sequer renunciavam à sua profissão ou *status*, pois “o capitalismo era desejável, mas cômodo. Preferiam portanto derrubá-lo desde dentro, com o argumento de que era contrário aos valores sociais [...]”; dessa forma, na época, no contexto europeu, “as propostas alternativas oscilavam entre o extremismo revolucionário e o reformismo social-democrata” (LOSANO, 2004, p. 64).

A abertura metodológica dada pela sociologia do direito permite, assim, a relativização das pautas sociais e dos conceitos jurídicos – principalmente daqueles que constituem o conteúdo dos princípios de direito (hoje, princípios constitucionais). Quanto maior a relativização de critérios, maior a “pluralidade”; quanto maior a “pluralidade”, mais domínio, pois, do social sobre as elites econômicas. A pluralidade, assim, no pensamento do alternativismo, é o substrato da revolução social.

Essa influência da sociologia na ciência jurídica motivou os diversos “estudos críticos” do direito. Tanto na Europa, como na América Latina, revistas jurídicas com o embasamento teórico no pensamento jurídico crítico do Direito surgiram nos anos 70 com forte inclinação sociológica.

Com relação a tais estudos, MARIO LOSANO enumera as seguintes revistas: *Critica del diritto*, na Itália; *Jueces para la democracia*, na Espanha<sup>35</sup>; *Kritische Justiz*, na Alemanha; *Kritick van Recht*, na Holanda; *Politica del Diritto*, na Itália; *Procés*, na França; *Qualegiustizia*, na Itália; *Contradogmáticas: Revista Internacional de Filosofia e Sociologia do Direito*, Brasil; *Crítica jurídica. Revista Latinoamericana de política, filosofía e derecho*, do México; *Direito e Avesso*, Brasil; *Revista de Direito Alternativo*, Brasil (LOSANO, 2004, p. 65)<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> A revista espanhola era produto das ideias de um grupo de juristas alternativistas, os quais MARIO LOSANO elenca da seguinte forma: PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ; MANUEL CALVO GARCIA; JUAN RAMON CAPELLA; NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA; MODESTO SAAVEDRA; ALBERTO CALSAMIGLIA; PIETRO COSTA; JOAQUÍN HERRERA FLORES; DAVID SÁNCHEZ RUBIO (p. 66).

<sup>36</sup> Todos os juristas alternativistas europeus reuniram-se em associação denominada “Conferência Européia de Crítica ao Direito”, a qual, mais tarde, perde sua força, tendo muitos migrado para outras áreas, como Direitos Humanos e Direito Constitucional.

As revistas jurídicas tinham a finalidade precípua de difusão do movimento e das ideias alternativistas. Inseriu-se na doutrina jurídica por meio da academia (difundidas principalmente pela Universidade de São Paulo – USP e pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC), e passou a ser utilizada para estudo tanto científico-acadêmico como prático-profissional, tendo em vista que cada vez mais juízes, promotores, advogados, desembargadores passaram a utilizar as bases teóricas definidas pelo movimento alternativista. Dessa forma, as revistas começaram a contrapor a presença dos livros jurídicos dogmáticos ou “manuais”, estes também vistos como produto do sistema e reprodutores do “direito oficial”.

Por outro lado, as revistas também cumpriam o papel de espaço doutrinário dos “não-acadêmicos”, ou seja, práticos do Direito que não estavam no meio universitário, mas que eram alternativistas e precisavam de um instrumento para inserção de suas ideias no ensino do Direito. Por meio da produção científica em tais revistas, muitos alternativistas e práticos conseguiram sua inserção nas Faculdades de Direito, inclusive na formação de pós-graduação *stricto sensu* na qual muitas vezes não conseguiam acesso<sup>37</sup>.

Os primeiros debates, portanto, sobre a “função interpretativa do juiz”, deram-se primeiramente nas revistas jurídicas alternativistas, juntamente das ideias difundidas pelos magistrados mediante suas próprias sentenças. No âmbito europeu, este debate surgiu com mais força na Itália, onde o processo de redemocratização (no pós-segunda guerra) enfrentou o seguinte “conflito jurídico”: a aprovação e promulgação de uma Constituição democrática, e a existência de uma legislação positiva remanescente do regime fascista anterior (como o Código Civil, de 1942, e o Código Penal, ou Código *Rocco*, de 1930), então vista como reminiscência do direito oficial o qual deveria ser extirpado na nova democracia (LOSANO, 2004, p. 67).

Ainda que seu conteúdo pudesse ser razoável (como normas do direito civil concernentes ao casamento, ao direito das coisas e até no direito contratual), para os juristas

---

<sup>37</sup> Para um panorama sobre o universo acadêmico da pós-graduação em Direito, e da mudança das mentalidades e dos grupos que o movem, a tese de ENGELMANN.

alternativistas italianos, tudo que se referia ao regime totalitário anterior deveria ser considerado inválido diante da nova Constituição. Isso, pois, só poderia ser efetivado pelos juízes, mediante a ampliação do seu poder interpretativo – dado pelo Direito, primeiramente (por meio do uso dos “princípios gerais do direito”), e, depois, dado pela Constituição (por meio da “interpretação conforme”).

Observe-se que no contexto brasileiro ocorreu situação semelhante. No processo de redemocratização, o advento da Constituição de 1988 trouxe os primeiros debates acerca da possível invalidade de várias leis então remanescentes do período autoritário militar: num primeiro momento, mediante o poder interpretativo dos juízes diante do aumento do seu poder de decisão e das suas prerrogativas de função (independência, inamovibilidade, estabilidade, irredutibilidade do salário – este último aspecto caracterizador do que se chama, em sociologia, do “juiz burocrata”); e, num segundo momento, mediante a prática constitucional do controle difuso, principalmente depois das leis que regulamentaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), em que os juízes, embasados em tal prerrogativa constitucional, passaram a exercer a interpretação jurídica utilizando a Constituição, e, desta vez, para declarar as “leis reprodutoras do direito oficial” inconstitucionais, de modo a perfectibilizar a justiça no caso concreto (justiça dada pelo juiz, desta vez não *contra legem*, mas invalidando a lei, usando a Constituição).

Dessa forma, o alternativismo não poderia ter nascido, e se desenvolvido, principalmente no Brasil, sem os debates acerca do poder interpretativo do juiz. O juiz é a única pessoa que, legitimamente, pode, mediante a sua decisão (sentença ou acórdão) modificar, invalidar ou interpretar uma lei consoante o critério da justiça, este o princípio norteador do movimento do Direito Alternativo.

Diante disso, o movimento alternativista foi visto, no Brasil, em seu início, como “subversivo”, exatamente pelos acadêmicos e professores de Direito que ainda seguiam uma linha mais tradicional e conservadora. Aos poucos, porém, o movimento alternativista foi

ampliando seu espaço acadêmico e político, visto que os juízes passaram a, publicamente, agir politicamente e dar declarações fora do gabinete<sup>38</sup>.

O uso alternativo do direito significava, pois, uso político do direito. A neutralidade kelseniana tinha de ser vencida por uma concepção marxista de direito, que via no próprio ordenamento jurídico “liberal-burguês” os instrumentos necessários para implementação da revolução social, a partir da defesa dos interesses da classe trabalhadora. Como o direito é uma criação humana (“superestrutura”) para justificação de uma estrutura econômica capitalista, torna-se necessário uma oposição, dentro do próprio sistema, para a consecução de um novo sistema político-jurídico, mais justo e mais favorável aos menos favorecidos – portanto, “dominados”.

Em outras palavras: “fazer política, sem deixar de ser juristas” – esse, portanto, o lema do movimento que, na Europa, teve adeptos radicais, como fora RICCARDO GUASTINI, e moderados – mormente os juízes pertencentes à linha “Magistratura Democrática”. O mesmo GUASTINI refere:

O uso alternativo do direito, além de estar amplamente condicionado em seus limites concretos pela conjuntura política (a relação de forças entre as classes) atual, pode converter-se em uma prática específica no seio da luta de classes, pode dar uma contribuição essencial às condições gerais dessa luta, pode proporcionar espaços legais de organização política e educação ideológica. Não obstante, o centro da luta de classes segue encontrando-se em outro terreno. Nunca o uso alternativo do direito poderá incorporar dentro de si ou substituir a luta das massas populares sob a égide do

---

<sup>38</sup> Esse fenômeno é manifesto diante das inúmeras entrevistas dadas por juízes à imprensa sobre suas atuações na magistratura. Recorde-se o recente caso do juiz federal Fausto Martin de Sanctis que, na chamada *Operação Satiagraha*, pessoalmente convocou a imprensa para dar explicações sobre sua atuação no caso – atuação política e pública do magistrado. Na Itália, uma investigação sociológica realizada por RENATO TREVES tinha por finalidade construir um painel sobre os magistrados italianos, para mostrar a passagem da magistratura “oficial” e “conservadora” para outra magistratura “reformista” e alinhada com o pensamento de esquerda. A força dessa linha reformista era tal que em 1964 formou-se, em Itália, a associação de magistrados “Magistratura democrática”, tendo como um dos fundadores LUIGI FERRAJOLI. Mais tarde, em 1969, outra associação, de linha esquerdista-moderada (aproximada a uma social-democracia), foi fundada sob a denominação “Justiça e Constituição”, inserindo-se numa linha mais aproximada ao neoconstitucionalismo. Todo esse processo culminou no XIV Congresso da Associação de Magistrados, em Trieste, em setembro de 1970, cujo maior objetivo era reunir os juízes alternativistas e dar força ao movimento. Por outro lado, a associação contrária ao movimento, denominada “União dos Magistrados Italianos”, era formada basicamente por magistrados da Corte de Cassação, na época criticada, pelos alternativistas, como “órgão remanescente do pensamento fascista” (LOSANO, op.cit., p. 69 e 70).

proletariado para romper a máquina do Estado burguês e para instaurar a ditadura do proletariado. (GUASTINI apud LOSANO, 2004, p. 75)

O desenvolvimento, portanto, da teoria “crítica” do Direito vinha, exatamente, por apresentar uma oposição à teoria “pura” do Direito, ainda que muitos juristas alternativistas tenham utilizado o mesmo Kelsen para justificação de sua proposta teórica (na França, por exemplo, CHARLES EISENMANN, professor de direito administrativo, foi o principal tradutor de Kelsen para a língua francesa).

Aliás, na França, a chamada “Associação crítica do Direito” ou “Escola Crítica” teve repercussão fundamentalmente pelos trabalhos de Andre-Jean Arnaud e Jean Carbonnier, na Sociologia, e Michel Miaille, na Teoria do Direito – este último tendo exercido forte influência sobre o Direito Alternativo brasileiro – posto que, consoante LOSANO, foi um movimento que não obteve sucesso no Direito francês devido à postura “conservadora” dos juristas franceses ligados à Sorbonne (LOSANO, 2004, p. 78).

Assim como o movimento alternativista brasileiro, o “uso alternativo” do direito na Europa também visava mudanças no ensino do Direito. Leis e demais atos políticos de reforma universitária inseriram, nos cursos de Direito, os fundamentos e a metodologia do ensino “crítico”, caracterizado, principalmente, pela proposta contra-dogmática – ensino do direito por meio da teoria dos princípios e da “interdisciplinaridade”, que significava a superação da teoria pura do direito -, pelo recurso a artigos jurídicos e obras selecionadas – postura, portanto, “contra manuais” – e pela inserção da política no agir do jurista, proporcionado pelo incentivo das carreiras jurídicas práticas e o crescimento do espaço desses profissionais na academia.

Quadro 2 – Situação atual profissional dos acadêmicos integrantes do Movimento do Direito Alternativo

Nome	Formação Acadêmica	Formação Profissional	Atualmente	Linhas de Pesquisa	Disciplinas Ministradas
Edmundo Lima de Arruda Junior	Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1978); Especialização pela Université Catholique de Louvain (1982); Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1981); Doutorado em Direito pela Université Catholique de Louvain (1991) e pós-doutorado pela Université Catholique de Louvain (1996)	Professor Universitário Advogado	Professor Titular da Universidade Federal de Santa Catarina; Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros; Presidente do IPEJ; Presidente do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina	Sociologia do Direito; Ensino Jurídico – Coordenação de Pesquisa	UFSC: Direitos Humanos; Direito Alternativo; Hermenêutica Jurídica
Lélio Rosa de Andrade	Graduação e Especialização em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1981); Graduação em Psicologia e especialização em economia, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (1999); Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1992); Doutorado em Filosofia Jurídica, Moral y Política, Pós-doutorado em Direito, e doutorando em Psicanálise, pela Universidad de Barcelona	Juiz de Direito Desembargador do TJSC Professor Universitário	Coordenador do Curso de Graduação em Direito, da Faculdade União Bandeirante, (UNIBAN); Professor concursado da UFSC.	Sociologia; Psicologia; Direito Alternativo; Filosofia	UFSC: História do Pensamento Jurídico; Psicologia Aplicada ao Direito Mestrado em Direito – UFSC: Direito, Estado e Sociedade; Filosofia do Direito

	(1995 e 2006).				
Antônio Carlos Wolkmer	Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1977); Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1983); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1992).	Professor Universitário	Professor titular nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pesquisador do CNPq. Atualmente é Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC.	História do Direito Pluralismo Jurídico	Direito Alternativo Estados Contemporâneos História das Instituições Jurídicas Pesquisa em Direito Político Pluralismo jurídico Sociologia Jurídica Teoria Política Introdução ao Estudo do Direito Política Jurídica Aplicada História do Pensamento Jurídico História do Direito
Horácio Wanderley Rodrigues	Graduação em Direito pela UNISC (1982); Especialização em Teoria Geral do Direito e Pesquisa Jurídica pela UNISC (1984); Mestrado (1987) e Doutorado (1992) pela UFSC; Pós-Doutorado (2009) pela UNISINOS.	Advogado Professor Universitário	Professor Titular de Direito da UFSC, na Graduação e Pós-Graduação; Bolsista de Produtividade CNPQ Nível 2	Ensino Jurídico Pesquisa e Metodologia do Direito	Filosofia do Direito Epistemologia Jurídica Fundamentos e Metodologia do Ensino do Direito Fundamentos e Metodologia da Pesquisa em Direito Seminários – a Teoria do conhecimento no séc. XX e seus reflexos no ensino e na pesquisa em Direito
Wanda Maria de Lemos Capeller	Livre-docência, Université des Sciences sociales de Toulouse, UT1, França. Doutorado em Direito, Université de Picardie - Amiens, UP, França.	Professora universitária	Professora da Université des Sciences Sociales de Toulouse, UT1, França	Sociologia do Direito	Sociologia do Direito
Eliane Botelho Junqueira					

Fonte: *Curriculum lattes* (plataforma lattes)

Quadro 3 – Situação atual profissional dos acadêmicos ligados ao Movimento do Direito Alternativo

Nome	Formação Acadêmica	Formação Profissional	Atualmente	Linhas de Pesquisa	Disciplinas Ministradas
Celso Fernandes Campilongo	Graduação em Direito pela USP (1980); Mestrado (1987) e Doutorado (1991) em Direito pela USP; Livre-Docência pela PUC/SP (1999).	Professor Universitário	Professor Associado da USP; Professor da PUC/SP; Coordenador do SAJU/USP	Teoria do Direito Filosofia do Direito Sociologia Jurídica	Teoria do Direito Filosofia do Direito Teoria dos sistemas
Clémerson Merlin Cléve	Graduação em Direito pela UFPR (1980); Especialização em Direito Público pela Université Catholique de Louvain, Bélgica (1985); Mestrado em Direito pela UFSC (1983); Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1992).	Professor Universitário Advogado Ex-Procurador da República	Professor Titular de Direito Constitucional pela UFPR; Professor Titular de Direito Constitucional da UNIBRASIL.	Direito, Poder e Controle; Constituição e Condições Materiais da Democracia; Direito Constitucional; Direitos Fundamentais.	Teoria Geral do Direito Constitucional Direito Constitucional Sistema Constitucional Positivo Crítica do Direito Constitucional Moderno Novas Tendências do Direito Constitucional Direito Internacional Público
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho	Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1980); Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1987); e Doutorado em Direito Penale e Criminologia pela Università degli Studi di Roma - La Sapienza	Procurador do Estado do Paraná Advogado Professor Universitário	Professor titular de Direito Processual Penal na UFPR; Coordenador do Núcleo Direito e Psicanálise do PPGDir-UFPR.	Processo Penal Direito e Psicanálise	Direito Processual Penal Crime e Transformação Social Crítica do Direito Processual Penal Princípios Constitucionais do Direito Processual Penal

	(1988).					
Jacques Távora Alfonsin	Graduação em Direito pela PUCRS (1963); Especialização em Direito Civil pela UNISINOS (1984); Especialização em Direito Civil-Obrigações pela UNISINOS (1986); Especialização em Análise Social da Violência pela UFRGS (1997); Mestrado em Direito pela UNISINOS (2002).	Procurador do Estado do RGS; Advogado; Professor Universitário	Professor da UNISINOS; Coordenador da ONG Acesso à Cidadania.	Direitos Humanos Direito Agrário Direito das Coisas Acesso à justiça	História do Direito Direito Civil - Coisas	
José Eduardo Campos de Oliveira Faria	Graduação em Direito pela USP (1972); Mestrado (1977) e Doutorado (1981) em Direito pela USP; Pós-Doutorado pela Winsconsin University, Estados Unidos (1984)	Professor Universitário	Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP	Sociologia Jurídica Ensino Jurídico Direitos Sociais Direito e Regulação	Metodologia do Ensino Jurídico Sociologia Jurídica Judiciário e Direito Alternativo (projeto de pesquisa)	

Fonte: *Curriculum Lattes* (plataforma Lattes)

Segundo HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES (1992, p. 178 e 179), o grupo de acadêmicos e profissionais alternativistas constitui-se da seguinte maneira:

A América Latina vê, a partir da década de oitenta, a estruturação de um novo movimento crítico: o “Direito Alternativo”. Este não se constitui, ainda, pelo menos no Brasil, em uma escola jurídica ou em um movimento homogêneo. Muitos de seus defensores e simpatizantes transitaram ou ainda transitam pela Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR) ou pela Associação Latino-Americana de Metodologia do Ensino do Direito (ALMED). Da NAIR temos nomes como José Geraldo de Souza Junior (UnB) e Tarso Genro (advogado trabalhista em Porto Alegre<sup>39</sup>). Na ALMED transitaram muitos nomes hoje vinculados ao Direito Alternativo, como o do autor deste texto e o de Edmundo Lima de Arruda Junior (UFSC) – um dos principais articuladores do movimento.

Esse primeiro grupo, formado na sua maioria por professores universitários, entre os quais é necessário incluir os nomes de Agostinho Ramalho Marques Neto (UFMA), Antônio Carlos Wolkmer (UFSC), Christian Guy Caubet (UFSC), Celso Campilongo (USP), José Albuquerque Rocha (UFCE), José Eduardo Faria (USP)<sup>40</sup>, Juarez Cirino dos Santos (AdvPr)<sup>41</sup>, Luiz Fernando Coelho (UFPR)<sup>42</sup> e Roberto Aguiar (UnB), entre outros, é, no entanto, apenas um dos componentes do movimento. O “Direito Alternativo” tem a presença marcante dos movimentos de magistrados (“magistrados alternativos” no Rio Grande do Sul e “magistrados para a democracia” em São Paulo, além de outros juízes pertencentes aos vários níveis das magistraturas estaduais e federal). Entre estes pode-se indicar nomes como Amílton Bueno de Carvalho – um dos mais destacados membros do movimento –, Aramis Nassif, Eugênio Fachini Neto, Henrique Roenick, Magda Biavaschi, Ricardo Fraga, José Felipe Ledur, Márcio Puggina, Marco Antônio Scapini, Osvaldo Stefanello, Rui Portanova, Sérgio Gischkow Pereira (todos juízes gaúchos), Lédio Rosa de Andrade (Juiz em Santa Catarina), Flávio Araújo (Juiz no Paraná), Urbano Ruiz (Juiz em São Paulo), Roberto Santos (Juiz do Trabalho aposentado – em Belém), entre outros. Também há a presença do Ministério Público [...].

Entre estes é importante destacar nomes como Jacques Távora Alfonsin (Procurador do Estado no Rio Grande do Sul), Marco Aurélio Dutra Aydos (Procurador da República em Santa Catarina), Miguel Moacir Alves Lima (promotor de Justiça em Santa Catarina), Clémerson Merlin Cléve (Procurador da República no Paraná), Jacinto Coutinho e Olympio de Sá

<sup>39</sup> Conforme já lembrado antes, Tarso Genro é talvez o autor alternativista vinculado a esse discurso com maior notoriedade política – atualmente é o Governador do Estado do Rio Grande do Sul.

<sup>40</sup> Aqui reside uma controvérsia: Edmundo Lima de Arruda Junior (1992) considera José Eduardo Faria como alguém que pretendeu unir uma “tradição” socialista com o liberalismo, podendo ser “tipificado” como “crítico do Direito”, e não, propriamente, “alternativista”.

<sup>41</sup> Autor conhecido por produzir obras no campo da Criminologia e Garantismo Penal.

<sup>42</sup> Também aqui há discussão entre os autores: Edmundo Lima de Arruda Junior (1992) “tipifica” Luis Fernando Coelho numa linha “crítica do Direito” não-marxista, ligada à Sociologia do Direito (vide quadro abaixo).

Soto Maior (procuradores do Estado no Paraná), Antônio Alberto Machado e Marcelo Pedroso Goulart (Promotores de Justiça em São Paulo).

Outro grupo importante que compõe o movimento “Direito Alternativo” é o vinculado ao Instituto Apoio Jurídico Popular (IAJUP) com sede no Rio de Janeiro. Como membros ou antigos membros desse instituto pode-se destacar os nomes de Francisco Duboe Pinaud, Miguel Baldez e Miguel Pressburguer.

Outrossim é de se salientar a presença muito forte de advogados populares, entre os quais destacam-se nomes como Edésio Passos e Wilson Ramos Filho (ambos de Curitiba), Celso Soares (Rio de Janeiro) e Elício de Cresci Sobrinho (Ceará).

### 3.2.3 O fim do Movimento e a absorção do ideário alternativista no Direito

O Direito Alternativo, enquanto movimento, nunca fora uma unanimidade. A ação política protagonizada pelos juízes, desde o seu início, fora criticada por boa parte dos juristas brasileiros, os quais não aceitavam que o Judiciário implementasse medidas sociais de competência legislativa ou governamental. Contudo, pode-se dizer que o movimento enquanto conjunto de ideias – ou pensamento jurídico, como menciona WOLKMER – constituiu uma espécie de imaginário jurídico quase imperceptível, inclusive para os juristas que se denominam “conservadores”. De alguma forma, o pensamento jurídico brasileiro não é mais o mesmo com a influência alternativista.

Por sua vez, AMILTON BUENO DE CARVALHO admite que o direito alternativo causou mais desconforto que aceitação no meio jurídico:

No país nunca se discutiu tanto sobre Direito Alternativo como nos últimos tempos. Letrados, e não tanto, vieram a público manifestando opiniões: uns (poucos, é bem verdade) com declarações de amor, outros (a maioria) com repulsa muitas vezes agressiva (via de regra emergente de positivistas de direita ou de esquerda). (CARVALHO, 2005, p. 124)

Para o mesmo autor, o objetivo do movimento alternativista – além de efetivar as mudanças sociais em favor dos mais desfavorecidos – era de tornar-se, gradualmente, uma teoria jurídica, conseqüentemente uma linha de pensamento a qual fosse sendo aceita por toda

a comunidade jurídica, sejam juristas a favor ou contra o direito alternativo. Dito pensamento jurídico, que para uns traduz-se como “crítica ao Direito” (crítica, pois, ao Direito positivista), para os alternativistas é, na verdade, “Direito Alternativo”:

Assim, para além de qualquer possibilidade de modismo, o movimento do Direito Alternativo se encontra em fase de amadurecimento, de aprimoramento teórico-prático, levando a crer seja possibilidade de surgimento, ainda que tardio, de uma teoria jurídica brasileira, fruto das nossas contradições e angústias. (CARVALHO, 2005, p. 19)

Com efeito, o movimento alternativista dos juízes gaúchos dissipou-se, mas o “Direito Alternativo”, de certa forma, permaneceu:

**E o grupo? Perdeu, com o tempo, a organicidade. Ficou, porém, a possibilidade forjadora de novas experiências judicantes que é democratizada, via aulas, cursos, conferências, textos e livros. A ligação com os que recém chegam à magistratura começa a se restabelecer.** Para além do isolamento nos limites da classe, **a relação com operadores do direito (e fora dele) se dá de forma mais abundante** (e, por certo, mais criativa), porquanto **a militância tem ocorrido de dentro para fora do espaço judiciário – sempre na direção da sociedade civil organizada.** (CARVALHO, 1998, p. 42 – grifos nossos)

Por outra via, um dos fatores que levaram à rápida absorção do ideário alternativista no Direito foi o que ocorreu, à exemplo da França, da expansão de um movimento paralelo de “auto-regulação da sociedade civil”<sup>43</sup>. A organização da sociedade em grupos e associações, bem como sua atuação no espaço público por meio dessas entidades, viriam a consolidar o pensamento social de criação do Direito independentemente do Poder Estatal (ou da atuação do Estado). O “direito insurgente” ou o “direito da rua” se concretiza principalmente pelas associações civis:

As ordens profissionais, as associações, as companhias consulares e as autoridades administrativas independentes são entidades que vêm sendo

---

<sup>43</sup> Sobre os conceitos de regulação, regulamentação e auto-regulação, ELIANE JUNQUEIRA justifica, usando MICHEL CROZIER, que regulação significa “a ação dos mecanismos de correção que mantêm um sistema de em existência” e regulamentação refere-se a uma ação direta e intervencionista da força do poder público; assim, existe, no campo da regulação, um mecanismo automático de regulação do mercado, junto de outras formas de regulação, como é o caso da “auto-regulação” do social (JUNQUEIRA, 1992, p. 98). De certa maneira, a auto-regulação social segue a auto-regulação do mercado, ponto no qual “liberais” e “socialistas” não divergem, de fundo.

estudadas pelos teóricos da regulação, principalmente a partir da perspectiva do direito administrativo, como representativas desse movimento de substituição da regulamentação estatal pela regulação da “sociedade civil” (JUNQUEIRA, 1992, p. 99).

No Brasil, essa mobilização social (auto-regulatória) se deu exatamente com o movimento do Direito Alternativo, que, na visão de EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JUNIOR (1992, p. 165 e 166), se efetivou por duas práticas jurídicas: na pesquisa jurídica; e na assessoria (basicamente, pela “advocacia popular”):

Na pesquisa: Institutos e entidades de pesquisa desenvolvem-se: Grupo de Trabalho Direito e Sociedade da ANPOCS (Associação Nacional de Pós-Graduação); Grupo de Magistrados Gaúchos (RS); Projeto Geral da Faculdade de Direito de Ijuí (RS); Projeto Especial de Treinamento (PET, SP, SC, PUC-RJ, entre outros); Centro de Sociologia Jurídica/UFPE, coordenado pelo pioneiro dos estudos naquela disciplina no Brasil, Prof. Cláudio Souto; Centro de Estudos de Direito e Sociedade, nível de Pós-Graduação/USP, sob coordenação do Prof. José Eduardo Faria; Instituto Direito e Sociedade/UFSC, sob coordenação provisória dos professores Antonio Carlos Wolkmer, Edmundo Lima de Arruda Jr. e Horácio Wanderley Rodrigues. [...]

Na assessoria jurídica: IAJUP – Instituto de Apoio Jurídico Popular (RJ), sob coordenação de Miguel Pressburger; Núcleo de Estudos para paz e Direitos Humanos (NEP), Brasília, coordenado pelo professor e advogado José Geraldo de Souza Jr.; GAJOP – Gabinete de Apoio às organizações populares, Recife; COMPS – Centro de Assessoria Jurídica aos movimentos populares e sindicais, Belo Horizonte; IBRAD – Instituto Brasileiro de Defesa da Cidadania, Curitiba; Advocacia para Trabalhadores (Florianópolis e Curitiba), sob coordenação de Wilson Ramos Filho, Nilo Kaway Jr., Prudente Mello, entre outros advogados.

Ligados à CUT, Central Única dos Trabalhadores, têm-se aproximadamente assessorias jurídicas para mais de mil sindicatos.

A ação política do direito – como preconiza o movimento alternativista – passa necessariamente pela ação política dos grupos sociais, organizados via associações, sindicatos e agências. Essa organização social é efetivada consoante a realidade sociopolítica de cada comunidade<sup>44</sup>; no caso do Brasil, as entidades dantes referidas exercem papel fundamental

---

<sup>44</sup> ELIANE JUNQUEIRA faz um esboço histórico interessante sobre a experiência francesa de ação social através do movimento de “auto-regulação”. Era preciso, no contexto francês, efetivar a “socialização” pela “desjuridicização”, ou seja, retirar do Judiciário ou do poder público questões sociais e resolvê-las por grupos ou associações civis, de forma direta (“auto-regulação”). Esse movimento, em França, conhecido como “jurisdicionalização das relações sociais” ou “juridicização das demandas sociais”, previa a instauração de agências informalizadas de resolução de conflitos, as quais, pelos procedimentos de “mediação” e

mobilizatório, tendo em vista ser da cultura brasileira a “dependência” de líderes ou intelectuais (que exercem algum papel simbólico de autoridade política) para a realização de reformas ou ações macrossociais.

A autoridade jurídica, portanto, assume o papel social de “líder” reformista, seja na pessoa do juiz (autoridade simbólica por excelência), seja na pessoa do advogado popular (o “letrado” profissional que mobiliza “a massa”). O acadêmico ou professor universitário - que antes era fruto de uma tradição jurídica gerada pelo pensamento de famílias tradicionais, consoante ENGELMANN (2004), e, agora, é o prático do Direito com titulação em pós-graduação, mormente, Mestrado e Doutorado – engaja-se nos movimentos sociais como “líder intelectual”, dando sustentação teórica, histórica e sociológica às ações cooperativas, e iniciando, outrossim, a absorção do ideário alternativista pelo ensino e formação jurídica nas Faculdades de Direito.

---

“arbitragem”, tornavam jurídicos conflitos antes eminentemente sociais, sem necessidade do “respaldo” judicial dado pelo Poder Judiciário. O risco, segundo a autora, desta “auto-regulação” é a quase privatização das funções essenciais do Estado (no contexto francês, Estado remanescente da quebra do “Estado-Providência”), principalmente as de polícia, justiça e defesa, que “pode transformar todos nós no ‘Grande Irmão’ do perigoso ano de ‘1984’” (JUNQUEIRA, 1992, p. 100). Já trabalhamos os conceitos de judicialização, jurisdicionalização e desjudicialização em nossa Dissertação de Mestrado (DREHMER DE MIRANDA, 2004).

#### 4 A “REINVENÇÃO” DO DIREITO ALTERNATIVO

Inicialmente, vale lembrar o que comenta LÉDIO ANDRADE: “Direito Alternativo é sinônimo de possibilidade de realizar a vida, de alcançar a felicidade. É condição de se efetivar desejos, de buscar plenitude ao ser humano” (1992, p. 94). A dimensão antropológica dada por LÉDIO ANDRADE ao Direito Alternativo ilustra o caráter de pretensão totalizante de sua linha de pensamento. Na verdade, para os fundadores do movimento, o Direito Alternativo deveria ultrapassar a política, ou a discussão ideológica, para atingir hegemonia no plano da definição de condutas e papéis sociais.

Essa dimensão antropológica, contudo, não é uniforme dentre os alternativistas. Enquanto que um grande grupo, ligado à corrente cristã da “Teologia da Libertação”, vê o ser humano como alguém cuja dignidade encontra fundamento em Deus, e o seguimento de Jesus Cristo como via para atingir a plenitude de vida, no sentido de exercer uma revolução político-social em favor dos mais necessitados, outro grupo – como se alinha LÉDIO ANDRADE – defende uma concepção de ser humano “orgânico”, como parte de um todo social, capaz de escolher seu modo de vida e pautar suas condutas, consoante seus próprios critérios, tendo o Direito como principal instrumento para legitimação de suas decisões (postura alinhada com o movimento da “Ética da Libertação” que influenciou decisivamente a América Latina pós-ditaduras):

O Direito Alternativo será construído junto com **uma nova sociedade**. [...] Sua prática e edificação não se darão por iluminados donos da verdade, messias da prepotência, demiurgos jurídicos, mas **pela própria população**, que dirigirá seus destinos e construirá seu futuro. Portanto, o Direito Alternativo é um **direito de liberdade**, de respeito à **vontade popular**, ou melhor, a própria vontade da sociedade, sem donos, sem renomados conhecedores, sem manipulação do saber. É a possibilidade de **regras de convivência** que, por conter, embutidas em si, a facilidade da própria superação, não se constituam nunca em obstáculos à liberdade, à busca do sempre possível **gozo da vida**. [...] Além disso, no plano do imaginário, a uniformização da personalidade, do pensamento, das aspirações, não poderá ocorrer, pois a **diferença e a pluralidade** fazem parte da humanidade. (grifamos; ANDRADE, 1992, p. 92-93).

Dessa forma, o Direito Alternativo tornou-se o responsável, dos anos 90 até a atualidade, como o novo instrumento para definição de pautas sociais. Fundado na sua dimensão antropológica, de defesa do ser humano na sua liberdade, nas diferentes formas que realiza o processo de socialização e na constituição da pluralidade de pensamento, valores e costumes sociais, o Direito Alternativo forma: a) um novo direito (como já visto), contradogmático, calcado no uso dos princípios constitucionais e efetivados pela interpretação jurídica, neste caso, tendo como *ultima ratio* ou “palavra final” o juiz; b) uma “nova forma de vida social”, com novas diretrizes para socialização e definição de condutas e *status* sociais, a partir da concepção de regras de convivência elaboradas diretamente pelos grupos sociais (o “direito achado na rua”), recorrendo-se às instâncias ou instituições políticas públicas apenas para fins de atingir uma situação sociojurídica “macro”; c) um discurso jurídico, de forma a instituir um imaginário jurídico-social que justifique essa nova “forma de direito” e nova “forma de vida”:

No campo mais teórico, parece fundamental entender o uso alternativo do Direito como um **contradiscurso** ao oficial. Não bastam pequenas vitórias em demandas jurídicas isoladas e particulares. **A busca é a totalidade**, entendida com um processo amplo, a **se tornar hegemônico**. Assim, cada vitória particular deve ser inserida no todo, pois a **interpretação popular** não deve servir apenas para ganhar ações em juízo, mas preponderantemente, para buscar a **mudança da sociedade**, transformando, como já dito, as relações sociais de poder. Portanto, a **quebra das instituições opressivas** é meta a ser perseguida, visando abrir caminho para a possibilidade de transformação. (grifamos; ANDRADE, 1992, p. 86)

Numa dimensão social, as “instituições opressivas” são, por óbvio, todas aquelas que ferem a liberdade de ação popular. Essa restrição da liberdade, numa dimensão socio-política, inclui as instituições públicas ou poderes do Estado, mormente, o Poder Legislativo, posto que é representativo, no imaginário social, da maioria “letrada” ou “formada” que elabora as leis cujo objetivo é o favorecimento de grupos conservadores detentores do poder. Não incluiria, totalmente, o Poder Executivo, pois este pode ser conduzido por grupos defensores da vontade popular, alinhados com as demandas dos grupos “paralelos”, “não-oficiais” sociais, superando, assim, a força do Legislativo (como é o que ocorre atualmente, na política brasileira). Da mesma forma, **nunca** inclui o Poder Judiciário, posto que este é o instrumento

“oficial”, o espaço mais eficaz para implementação da mudança das condutas sociais e das políticas públicas para os mais “excluídos”.

Por outro lado, quanto às formas de socialização, e de definição de condutas, as instituições “restritivas” da liberdade, como a Igreja Católica<sup>45</sup>, as escolas “tradicionais” e a Universidade (como campo, por excelência, de produção do conhecimento), são constantemente excluídas da “nova discussão” ou pauta social, ou, se incluídas nesta “nova agenda”, o são por seus setores alinhados aos grupos “alternativistas”, na linha, por exemplo, do cristianismo “social” de esquerda e dos “reformadores do ensino”, estes últimos tanto no nível fundamental quanto no universitário.

Por isso, a “revolução social” deveria passar pelo meio universitário, em especial, pela reformulação do ensino jurídico, tendo em vista que o Direito deveria tornar-se, hegemonicamente, “Direito Alternativo”, sendo necessária a consolidação de suas premissas teóricas na formação de novos bacharéis:

Torna-se necessário o trabalho de cada jurista alternativo, fora da prática Forense, adentrando em um **processo pedagógico, educacional**, tentando desnudar a falácia do discurso oficial, demonstrando seu caráter opressivo, dominador, mantenedor do *status quo*, bem como, em um contradiscurso, **proporcionar à comunidade uma opção de conduta a ser por ela construída, possibilitando sua libertação**. (grifamos; ANDRADE, 1992, p. 88)

Em paralelo, importante, nesta oportunidade, para configuração do processo de reinvenção do ativismo, perguntar-se: porque houve uma reinvenção? Qual seria, então, o “fator desencadeante” para a ocorrência deste fenômeno?

---

<sup>45</sup> Fala-se em Igreja Católica diante da tradição cultural, no Brasil, de setores religiosos participarem ativamente dos movimentos políticos e sociais, quase que existindo uma “simbiose” entre Igreja e Estado. Observe-se que no período da Ditadura Militar, no próprio ato de assunção ao poder por parte do Exército Brasileiro, alguns Bispos católicos estavam presentes; contudo, também no processo de redemocratização, com a campanha “Diretas Já”, setores do clero católico também estavam presentes. Ainda hoje, com a presença do Partido dos Trabalhadores no poder político brasileiro (desde o Presidente Lula), setores do clero católico se fazem presentes nas discussões governamentais e, inclusive, na constituição de Ministérios. Mas entende-se, como “restrição à liberdade”, segundo alguns ativistas – na linha de Gramsci – toda e qualquer crença religiosa que “imponha” regras e prescrições de conduta.

As circunstâncias históricas e sociais que culminaram na decadência do comunismo, como fundamento do poder soviético, já foram apontadas, neste texto, como elementos empíricos que concorreram para uma nova concepção de socialismo e participação popular, dois fatores apontados pelos alternativistas jurídicos como impulsionadores do movimento do direito alternativo. Contudo, talvez seja crucial determinar o real “fator desencadeante” de todo o processo: a falência intelectual do marxismo, ocorrido principalmente durante os anos 80 e 90<sup>46</sup>.

Dita decadência do pensamento intelectual marxista foi apontada por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2008). Segundo este autor, após a redação do “Manifesto Comunista” de 1848, não tardou para as idéias de Marx influenciarem não só o âmbito político-ideológico (na formação dos movimentos sociais e dos partidos políticos, na época) mas precipuamente o meio acadêmico.

Em 1894, no primeiro Congresso de Sociologia realizado, as discussões centravam-se nas teorias de Marx, e no Congresso de 1900, o ponto central era a discussão sobre o materialismo histórico (SANTOS, 2008). Consoante o mesmo autor,

Na última década do século XIX, o marxismo começou a ser estudado em algumas universidades: na Universidade de Viena por Carl Grünberg, que viria mais tarde a ser o primeiro diretor do *Institut für Soziale Forschung* onde se formou a celebrada Escola de Frankfurt, e também na Universidade de Roma por Antonio Labriola. É este o período de fundação de importantes revistas marxistas de análise política e reflexão teórica, tais como: *Die Neue Zeit*, dirigida Karl Kautsky, *Le devenir Social*, dirigido por Georges Sorel, *Der Kampf*, dirigido por Otto Bauer e o *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, dirigida pelo já referido Carl Grünberg. (SANTOS, 2008, p. 24).

Assim, quando o debate alcança um grau de cientificidade, adentra no meio universitário e assim constrói um pensamento teórico, surgem as primeiras cisões e diferenciações de linhas políticas e ideológicas.

---

<sup>46</sup> A determinação do fator desencadeante do processo de reinvenção do alternativismo, consistente na falência intelectual do marxismo, foi contribuição, feita em banca de qualificação, do Prof. Raúl Enrique Rojo, o qual autorizou que esse dado fosse incluído nesta tese.

A primeira cisão do pensamento marxista, segundo SANTOS (2008), consistiu na “controvérsia revisionista” de Eduard Bernstein, o qual defendia, em suma, a comprovação empírica da teoria marxista, tendo em vista que, na época, os fatos em si seguiam de encontro às idéias de Marx, pois o capitalismo continuava girando renda, as classes médias aumentavam e as crises sistemáticas financeiras eram sempre superadas. Desta maneira, a postura de Marx deveria ser revisitada consoante o devir social e, do ponto de vista científico, uma mais apurada análise empírica.

Uma segunda cisão, ainda segundo SANTOS (2008), foi de recorte muito mais epistemológico. Autores como Karl Renner, de pensamento fundamentalmente marxista mas, ao mesmo tempo, influenciados por teorias neokantianas, “[...] procuraram transformar o marxismo numa ciência empírica, numa sociologia das sociedades capitalistas [...]” (SANTOS, 2008). Ainda, segundo o mesmo autor:

Combinando, como ninguém depois deles, o ativismo político e a reflexão teórica, os austro-marxistas produziram as análises mais inovadoras das sociedades do seu tempo e algumas das suas reflexões, sobretudo no domínio do Estado e do direito, do nacionalismo, da ideologia e da cultura, não foram até hoje superadas em agudeza e profundidade. No entanto, sobretudo depois de 1917, esta concepção cientista e sociologizante do marxismo foi fortemente contestada por teóricos tão diversos como Karl Korsch, Lukacs e Gramsci. (SANTOS, 2008, p. 26)

A partir dessa cisão, o pensamento marxista passou a sofrer, em verdade, uma série de “reinvenções” ou “reconversões”, tornando-se quase que uma linha teórica híbrida, sendo quase impossível encontrá-la, hoje, na sua forma “pura”. Segundo SANTOS,

As duas décadas seguintes, os anos trinta e quarenta, foram um período negro para o marxismo. Desta vez, foram o capitalismo imperialista e o fascismo que pareceram ter força suficiente para desfazer o marxismo no ar. Por vias muito diversas, tanto a retração do movimento socialista na Europa Ocidental, como o pensamento estalinista foram os sinais disso mesmo. Quando a este último, a reflexão teórica terminou com a liquidação de Plekanov, Bukharin, Riazanov, Trotsky para nunca mais renascer e, nesta medida, pode dizer-se que o estalinismo durou até o colapso final do regime soviético no final da última década. Na Europa Ocidental, a reflexão austro-marxista e a da Escola de Frankfurt sobreviveram a custo nas condições difíceis da clandestinidade e do exílio. (p. 26)

A partir dos anos cinquenta o pensamento marxista renasce com vigor, iniciando uma fase brilhante que se prolonga até o final da década de setenta. Profundamente transformada, a solidez radical do marxismo afirma-se de novo capaz de desfazer o capitalismo no ar, se não o capitalismo central, pelo menos o capitalismo periférico. Sustentam essa arrogância a revolução chinesa, os movimentos de descolonização e a abrupta criação de novos países, muitos deles liderados por políticos com formação marxista, a revolução cubana e, já em países capitalistas centrais da Europa e da América do Norte, o movimento estudantil de finais da década de sessenta, princípios da década de setenta e, ainda, nas democracias europeias, a emergência de fortes partidos socialistas e comunistas. (p. 27)

O que seria um terceiro processo de reinvenção do pensamento marxista ocorreu, ainda segundo SANTOS, dos anos cinquenta aos anos setenta, na formação da chamada “teoria crítica”, insurgente da Escola de Frankfurt (em meados de 1950), consubstanciada, principalmente, nos estudos de Jürgen Habermas. A transformação do marxismo (ainda na sua forma “pura”) numa “teoria crítica”, de certo modo, adaptada às novas realidades do devir social, foi apontada por SANTOS como a grande redescoberta (e ao mesmo tempo de decadência) do pensamento de Marx:

Pode dizer-se que neste período foi a solidez do marxismo que de algum modo se virou contra ele próprio e o desfez no ar. Os sinais de força transmutaram-se em sinais de fraqueza. Um dos fatores sociológicos de tal transformação foi, por certo, a crescente discrepância entre o vigor e a sofisticação dos debates intelectuais e a mediocridade real do movimento socialista, desertado por uma classe operária muito diferente da que fizera a história do marxismo e estrangulado entre partidos comunistas que só muito tardia e incompletamente descobriram as virtualidades dos regimes democráticos europeus e partidos socialistas que preferiam a gestão do capitalismo à transformação do capitalismo e, do mesmo passo e com alguma coerência, dispensaram, por anacronia, a referência matricial ao marxismo. Se para quase todos os cientistas sociais era claro que Marx se equivocara nas suas previsões acerca da evolução das sociedades capitalistas, o mais importante era, no entanto, reconhecer que estas sociedades se tinham transformado a tal ponto desde meados do século XIX que, qualquer que tivesse sido o mérito analítico de Marx no estudo da sociedade do seu tempo, as suas teorias só com profundas revisões teriam alguma utilidade analítica no presente. (SANTOS, 2008, p. 28 e 29)

A década de oitenta, período da formação do pensamento alternativista no Direito, é caracterizada pelo “pós-marxismo” (SANTOS, 2008), período em que definitivamente o

marxismo “puro” restou superado, exigindo dos teóricos críticos que reinventaram o pensamento de Marx uma nova reinvenção e atualização.

Neste processo, uma linha crítica mais dura (e radical) redirecionou o processo de reinvenção do marxismo aliando-o com o pensamento de Gramsci, para o qual a “luta de classes” de Marx é traduzida para o a “guerra de posição”, quer dizer, a luta pelo poder e a conquista desse poder, por aqueles que são mais fracos ou que formam a minoria social.

Nessa transmutação para o pensamento gramsciano, a “utopia igualitária” do comunismo de Marx é então substituída pela realidade concreta do poder político, o qual é perseguido pelas forças sociais, tornando-se deste modo instrumento de transformação da conduta social.

Com efeito, ao comentar o processo de reinvenção do marxismo nos anos 80, viria a assinalar SANTOS:

Mais do que em qualquer outro período anterior, a solidez e a radicalidade do capitalismo ganhou ímpeto para desfazer o marxismo no ar e desta vez para o desfazer aparentemente com grande facilidade e para sempre. A ascensão dos partidos conservadores na Europa e nos EUA; o isolamento progressivo dos partidos comunistas e a descaracterização política dos partidos socialistas; a transnacionalização da economia e a sujeição férrea dos países periféricos e semi-periféricos às exigências do capitalismo multinacional e das suas instituições de suporte, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional; a consagração mundial da lógica econômica capitalista sob a forma neoliberal e a conseqüente apologia do mercado, da livre iniciativa, do Estado mínimo, e da mercantilização das relações sociais; o fortalecimento sem precedentes da cultura de massas e a celebração nela de estilos de vida e imaginários sociais individualistas, privatistas e consumistas, militantemente relapsos a pensar a possibilidade de uma sociedade alternativa ao capitalismo ou sequer a exercitar a solidariedade, a compaixão ou a revolta perante a injustiça social; a queda consentida de governos de orientação socialista [...] e, finalmente, o rotundo e quase inacreditável colapso dos regimes comunistas no Leste Europeu – todos estes fatores foram convergindo para transformar o marxismo, aos olhos de muitos, como pouco mais que um anacronismo. (SANTOS, 2008, p. 29)

No entanto, exatamente em contextos sociais como os existentes na América Latina (dos anos 80 até hoje), a decadência do marxismo se fez de maneira mais branda. Segundo

SANTOS (2008), as circunstâncias socioeconômicas de países latino-americanos, em que o desenvolvimento econômico vem acompanhado do fenômeno da desigualdade social (camadas sociais economicamente menos potentes que outras), auxiliou para uma falência “parcial” do pensamento marxista.

De certa forma, este foi o contexto no qual o direito alternativo formou-se no Brasil, ainda que tenha se constituído, também, por uma linha mais radical calcada na teoria crítica de base gramsciana.

Assim, nessa mesma orientação, pode-se observar que na formação do ativismo como um movimento sociojurídico, seus protagonistas (os juízes) agiam consoante o pensamento da “guerra de posição” (entre os mais radicais), propugnando a prevalência do Judiciário como instrumento para a efetivação da “justiça social” e da formação de uma “nova sociedade” (LÉDIO ANDRADE).

Já entre os ativistas “mais moderados” (dentre os quais podem ser enquadrados vários professores universitários, como José Eduardo Faria) ou entre os “críticos do direito” em geral (como é por muitos enquadrado Luis Alberto Warat), o direito alternativo fundava-se na tensão entre “estrutura e ação”, a qual, segundo SANTOS, privilegia esta última:

Dura já há muito o debate no interior da teoria marxista sobre a tensão ou equilíbrio entre estrutura e ação, entre, por um lado, os constrangimentos e as possibilidades sociais que preexistem à ação dos indivíduos e a condicionam de modo mais ou menos decisivo; e, por outro lado, a autonomia, a criatividade e a capacidade dos mesmos indivíduos e grupos de, por via da sua ação e prática, mudarem as estruturas e transformarem a sociedade. [...]

Mas no marxismo esta controvérsia assume uma tonalidade específica que lhe advém da necessidade de caracterizar a ação revolucionária e especificamente de definir a composição e a estratégia do movimento socialista. Se o período anterior, sobretudo a década de sessenta, privilegiou uma leitura estrutural, a década de oitenta privilegiou uma leitura antiestrutural. Uma das reconstruções mais recentes e ambiciosas do marxismo, o marxismo analítico (Elster, 1985), privilegia distintamente a ação, e mesmo a ação individual, em detrimento das estruturas (SANTOS, 2008, p. 31).

A ação social do jurista, imbuído no pensamento alternativista “mais moderado”, é, exatamente, o exercício de uma ação individual em detrimento da estrutura social que se procura substituir. Os movimentos sociais formados em meio aos serviços de assistência judiciária gratuita (MIGUEL PRESSBURGER); a flexibilização da lei pela adoção de uma nova teoria da interpretação a qual coloca, em primeiro lugar, os princípios constitucionais e a postura “parcial” subjetiva do julgador; a promoção de uma crítica ao pensamento jurídico positivista atrelado a um sistema político “autoritário” e “antidemocrático” (WARAT); todos estes são elementos caracterizadores dessa “luta” contra a estrutura social vigente, ou mantenedora do “*status quo*”.

Por outro lado, perceptível, dentro do próprio movimento alternativista, a ação conjugada de juristas imbuídos do pensamento gramsciano mais radical, que visam não somente uma postura “antiestructural”, mas verdadeiramente a instauração de uma nova ordem social e de novas pautas sociais.

A “guerra de posição” é travada, neste contexto, pelos “juízes orgânicos” (CARVALHO, 1998), os quais, além de opor-se á estrutura vigente, exercem o poder político perante a sociedade (substituindo as demais instituições políticas), propondo e dispendo sobre uma nova ordem social, e criando novas pautas sociais, por meio das decisões judiciais e da “mentalidade judicial” (que consiste, grosso modo, na delegação de todas as decisões sociais para o juiz, constituindo fundamento, inclusive, para fenômenos já estudados na sociologia como “jurisdicionalização das demandas sociais”).

Nesse sentido, segundo HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES (1991, p. 184), o movimento do Direito Alternativo,

[...] no campo metodológico, assume-se como dialético e parte da constatação marxista da existência de uma luta de classes que não pode ser negada. O Direito é um dos elementos dessa luta e representa, como bem demonstrou Lyra Filho (1982) tanto opressão como libertação. Em razão disso não busca efetuar uma revolução jurídica para auxiliar na construção pacífica e democrática de uma nova sociedade que seja mais justa e igualitária. Nesse sentido está o “Direito Alternativo”, de certa forma,

inserido na estratégia denominada por Antônio Gramsci, a partir das posturas denominadas de “neomarxismo”, de “guerra de posição”.

A “guerra de posição”, pois, é a ocupação dos espaços políticos usando o próprio “sistema”, isto é, mediante as ferramentas democráticas e institucionais. Difere da “guerra de movimento” pois esta última constitui-se na tomada do poder político pela luta e pela força (RODRIGUES, 1991, p. 184), mais suscetível, pois, de sofrer algum processo de deslegitimação.

Pode-se dizer que o movimento do “Direito Alternativo” propõe-se, sim, a realizar uma “guerra de posição”, posto que exerce sua luta e sua ascensão gradual ao poder político por meio das próprias instituições – *in casu*, pelo Judiciário. O processo de “tomada do poder” torna-se mais legítimo socialmente posto que alicerçado nas próprias ferramentas democráticas.

Esta “guerra de posição” traduz não somente uma “tomada de poder”, visando à “realização do projeto político socialista” (RODRIGUES, 1991, p. 184), mas também a criação de uma nova ordem social, e de novas pautas de condutas. Dito fenômeno explica o processo de reinvenção do direito alternativo, principalmente nas linhas ligadas à nova teoria dos direitos humanos (direito das mulheres, direito dos indígenas, o novo direito de família, etc.), como se verá mais adiante, no qual dispensam-se regras leis ou leis positivadas e sobrelevam-se as decisões judiciais garantidoras destes direitos.

Sobre o caráter de “guerra de posição” do Movimento de Direito Alternativo, afirma EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JUNIOR:

Desta forma, o MOA parece-me ter colocado a possibilidade de mudar o direito e a sociedade, através da provocação de um processo de realização de princípios jurídicos de justiça. Tal processo histórico responde à luta de classes e à recusa da tese e propósitos políticos do "Estado mínimo", **indicando com originalidade a possibilidade da guerra de posições nas instituições do Estado** (*Estado ampliado*), através das quais os operadores do Direito se constituem em "elos de eticidade" de grande relevância na construção democrática (grifamos; 1997, p. 36)

No contexto dos anos 90, tais propostas eram embrionárias e faziam parte de projetos sociais ou “ideais”. Contudo, atualmente, diante da mudança radical por que passa a sociedade como um todo, as formas de relação social, os novos parâmetros jurídicos de constituição de decisões judiciais, e de conteúdo de normas positivas, é de se perguntar: não estaria então o “projeto alternativista” atingido o seu objetivo, qual seja, a hegemonia no Direito?

#### ***4.1 O garantismo penal***

Talvez tenha sido no “garantismo” onde o processo de reinvenção do alternativismo tenha sido tão nítido. Na Itália, observou-se uma mudança de estratégia, por parte dos juízes da *Magistratura Democrática*, que consideraram num dado momento o uso alternativo do direito como ultrapassado e passaram a defender o *garantismo*, isto é, a luta pelos direitos já positivados, ou cujo conteúdo está na Constituição, de modo a colocar-se em favor da “classe social” mais vulnerável.

De forma semelhante ocorreu no Brasil. Os juízes orgânicos gaúchos, especialmente o fundador do Movimento do Direito Alternativo, Amilton Bueno de Carvalho, migraram para o garantismo (*lato sensu*), o qual pode ser dividido em várias ramificações do direito: civil, penal, constitucional, e trabalhista.

Com efeito, AMILTON BUENO DE CARVALHO faz uma “tipologia” do Direito Alternativo ligando, que deu as bases para a formação das linhas presentes no direito penal “garantista”:

## Esquema 01: Divisão do Direito Alternativo



Fonte: CARVALHO, 1998

Na sua ramificação “penal”, o garantismo trouxe, além de um “programa” de orientações práticas aos profissionais do direito, uma concepção distinta de “direito penal” e “sistema normativo penal”. Diante da recepção do pensamento alternativista, que visava, sobretudo, a união entre a política e o direito (e, no seu grupo mais radical, a submissão do direito à política), o “garantismo penal”<sup>47</sup> passou a defender a idéia de “política criminal”, com o intuito de direcionar a visão do direito para o “fato crime” e não para a “pena-sanção” ou o “autor do ilícito”.

Dessa maneira, o centro do “novo direito penal” passou a ser o crime; mais do que isso, tornou-se a política pública estatal e social a ser efetivada de modo a “evitar” a ocorrência do crime, ou de reconhecê-lo sem imputar “injustamente” o seu autor (ou infrator). Isso se deve, exatamente, à recepção das idéias neomarxistas que sustentavam o alternativismo: o autor do crime comete o ilícito pois a sociedade o levou a agir assim, seja pela falta de condições mínimas de vida, seja como um mecanismo de “autodefesa” ou, até, “autosobrevivência”, posto que a “violência” é cometida primeiramente pelo coletivo social, representado pelas suas elites econômicas, e, depois, pelo próprio estado, por seu aparato

<sup>47</sup> Não constitui propósito nem objeto desta tese uma exposição ampla sobre o garantismo penal, suas premissas teóricas, metodologia, etc., mas tão somente demonstrar que trata-se, em verdade, de direito alternativo “reinventado”, dentro de uma análise sociológica do fenômeno.

institucional “repressivo”, que não reabilita o infrator nem o resgata (mas recorre ao instrumento da prisão ou “cárcere”).

Dessa forma, o “garantismo penal” busca estabelecer a chamada “política criminal”, e não meramente a “aplicação” do direito penal. Aplicar a lei penal, pura e simplesmente, é resquício de uma idéia “positivista”, enquanto que a efetivação de políticas criminais insere-se no ideário “alternativista”, tendo em vista que será o Direito (e, principalmente, os juízes) os primeiros implementadores desta política.

#### 4.1.1 “Política Criminal” e Alternativismo

O Direito Alternativo colocou em “pauta” no debate da teoria do direito penal o tema da “política criminal”. O pressuposto de que partem os alternativistas é que todo direito penal é fruto de um projeto político de uma elite dominadora (no caso, a elite econômica do sistema capitalista), sendo este a “política criminal” direcionada ao exercício estatal do controle social.

Nesse sentido, sobre o conceito de “Política Criminal”, afirma WANDA CAPELLER (1992, p. 65 e 66):

É este conceito amplo de Política Criminal que queremos reter aqui: idéia de integração do *corpo social* nas decisões concernentes à problemática dos choques sociais agudos, de abertura do campo penal, de possibilidades alternativas à repressão do Estado, de participação da sociedade civil no *gerenciamento positivo* dos comportamentos que ferem o grupo social. Idéia, enfim, de democratização do debate e das decisões em torno das escolhas concernentes à questão conflitual pelo grupo social diretamente implicado. [...] como reflexão epistemológica sobre o fenômeno criminal e sobre os meios utilizados pelo Estado para reprimir o crime, a Política Criminal pode significar uma deciptação, uma descodificação dos textos legais, mas também desmistificação das ideologias subjacentes às grandes correntes teóricas que fundamentam as práticas repressivas.

O processo de “deconstrução” dos modelos penais tradicionais, fundados no controle social exercido pela “repressão”, tem clara origem na proposta alternativista de superação do modelo “positivista-conservador”. Este processo ocorreu entre os anos 60 e 70 (CAPELLER, 1992), e consistia em pautas de “descriminalização” de condutas definidas como delitos penais; não-intervenção repressiva do Estado; e maior participação das comunidades na prevenção dos delitos.

A idéia de *longe das instituições* foi consequência de uma aguda desconfiança em relação ao encerramento e isolamento das pessoas do meio social. Neste momento, algumas **experiências de desinstitucionalização** foram colocadas a prova, surgindo na França, por exemplo, grupos de trabalho propondo uma “passarela” entre a prisão e comunidade. Desta maneira, os movimentos de “deconstrução” dos modelos fundamentais atingiram frontalmente as idéias criminológicas positivistas, notando-se mesmo um certo retorno às idéias neo-clássicas que traduziam a impaciência em relação as ideologias de tratamento individual ou de reabilitação baseadas nos modelos psicológicos (grifamos; CAPELLER, 1992, p. 67)

Esta visão de “deconstrução” traduz um idéia marxista de “antítese” ao modelo normativo penal que seria um reflexo do “domínio” e “poder” do sistema capitalista de mercado:

Nessa perspectiva, os sistemas punitivos foram instaurados como consequência da industrialização, da amplitude do proletariado e da necessidade de regular o mercado de trabalho. Vale dizer, a tarefa principal do sistema penal era a de disciplinar e socializar os indivíduos em função da produção. Para os marxistas, a fábrica e a prisão constituíram-se ao mesmo tempo, lugar privilegiado de transformação das “almas”, criando uma força de trabalho submissa e bem disciplinada. No capitalismo nascente, não apenas a prisão, mas todo o sistema penal faz parte de uma racionalização burguesa das relações sociais (CAPELLER, 1992, p. 68 e 69).

Dessa forma, o sistema penal, visto como um instrumento “capitalista” de dominação e repressão dos grupos sociais mais “pobres” e “vulneráveis”, deve ser revisto, na visão do garantismo penal “alternativista”, para uma concepção centrada na autocomposição dos conflitos pela sociedade, de forma direta, sem interferência do Estado. Por outro lado, na insuficiência da resposta social ao conflito, é o Judiciário quem deve resolvê-lo, sem a necessidade da imputação da sanção penal, recorrendo a decisões e medidas alternativas à lei positiva.

O mais interessante é observar quando o fenômeno do garantismo constitucional encontra o chamado “neoconstitucionalismo”. Tendo em vista que os princípios máximos valorativos estão presentes na Constituição, então a própria *justificação política da pena*<sup>48</sup> encontra fundamento constitucional, falando-se, assim, em *garantismo constitucional* (PALAZZO, 1989).

Dessa forma, dois instrumentos trazidos pelo “novo constitucionalismo” permitiram com que o garantismo penal se desenvolvesse rapidamente no Brasil: a *hermenêutica constitucional* aplicada ao direito penal e o *controle difuso de constitucionalidade* (PALAZZO, 1989). Com efeito, a interpretação constitucional por meio da aplicação direta dos princípios ao caso concreto, pelo juiz, permitiu com que todas as decisões judiciais fossem consideradas válidas constitucionalmente, e de igual hierarquia e força normativa.

No caso do garantismo penal, essa aplicação principiológica leva o juiz a relativizar o conteúdo (ou construir o conteúdo) da conduta punível descrita na norma penal, ou, por outra via, justificar a não-aplicação ou a aplicação branda da pena. Por isso, para o juiz alternativista, pode-se dizer que a hermenêutica constitucional é um método a ser utilizado para justificação de sua decisão, previamente definida por uma postura parcial adotada em favor do acusado:

[...] chego a todos os processos convencido da inocência (há um pré-juízo com base no princípio da presunção) e somente condeno quando não for possível, apesar de todos os esforços interpretativos, absolver (já admiti certa vez a excludente de estado de necessidade, entendendo que um assalto a um banco era famélico – os dispositivos protetores do sistema devem ser alargados ao máximo). E quando tenho que condenar, então faço todo o possível para conceder benefícios que não levam o condenado ao cárcere. Somente em uma classe de suspeitos cabe a condenação ao cárcere, quando a alternativa é o caos: quando tem que se optar entre a liberdade do cidadão e a proteção da vida dos integrantes da sociedade (por exemplo no caso dos violadores). Então, com todo o sofrimento e angústia, se condena o indivíduo a uma pena que é quase igual (e as vezes equivale) à de morte [...] (CARVALHO, 2005, p. 29).

---

<sup>48</sup> Compreende-se por “justificação política da pena” a criação de pautas de conduta cujo fundamento encontra-se em alguma política estatal, normalmente direcionada ao “agir punitivo”, ao invés de, segundo os alternativistas, proteger a dignidade humana do infrator (PALAZZO, 1989).

Desse modo, aliado ao “novo constitucionalismo”, o garantismo penal encontrou na teoria dos direitos humanos (e especialmente na visão dos direitos humanos existente na América Latina) outro fundamento para a sua atuação, consoante explica SALO DE CARVALHO:

A discussão sobre direitos humanos e garantismo penal será proposta a partir de dois vínculos que, desde a perspectiva crítica que orienta a investigação, possibilitarão compreender as virtudes e os limites do paradigma garantista na composição de modelo político-criminal de tutela dos direitos fundamentais.

O primeiro vínculo pode ser visualizado no *plano discursivo*, isto é, na elaboração teórica, na compreensão e no reconhecimento dos direitos humanos como direitos e garantias das pessoas. [...]

O segundo vínculo é estabelecido no *plano da instrumentalidade*, das práticas jurídicas cotidianas. [...] O objetivo é, portanto, estabelecer, desde os pontos de vista teórico (científico) e prático (político), diagnóstico sobre as potencialidades jurídico. (CARVALHO, Salo, 2009, p. 127 e 128)

Assim, o direito alternativo, que já buscava o estabelecimento de um discurso, encontra, no garantismo penal, a possibilidade de efetivar o projeto político de “revolução social” pelo *discurso humanista* e pela *prática jurídica* (cuja legitimidade encontra-se, especialmente, na decisão judicial), esta última de cunho “ativista”, posto que opera com um novo modelo de jurista: o jurista *garantidor* de direitos.

As consequências práticas da reinvenção do direito alternativo em “garantismo penal” podem ser vistas na própria prática jurídica, dentro das seguintes linhas de ação política (CARVALHO, 1995, p. 209):

- a) Papel do Juiz como garantidor da liberdade individual;
- b) Buscar, em último lugar, a aplicação da pena de prisão;
- c) Alargamento da interpretação do “furto famérico” para “roubo famérico”;
- d) Relativização dos delitos sexuais não violentos;
- e) Alargamento da aplicação do princípio da insignificância nos delitos de bagatela;

f) Rigor nos “delitos coletivos”, como corrupção e sonegação fiscal de agentes do Estado (incluindo parlamentares).

Essas linhas de atuação, segundo AMILTON BUENO DE CARVALHO, estavam presentes nas primeiras decisões alternativistas, todas de natureza penal, elencadas por este autor como *leading cases* do direito alternativo, consoante o quadro a seguir:

Quadro 06: Primeiros acórdãos alternativistas na linha do “garantismo penal”

Julgador (Relator)	Natureza	Decisão	Linha de atuação	Tipologia
Des. Aramis Nassif	Jogo do Bicho (1997) – Tribunal de Alçada do RGS	Absolvição, por unanimidade	Descriminalização do jogo do bicho	Direito Alternativo “em sentido estrito” <sup>49</sup>
Des. Amílton Bueno de Carvalho	Prisão Preventiva (1995) – Tribunal de Alçada do RGS	Concessão de <i>habeas corpus</i> , por unanimidade	Prisão ilegal por prazo além do permitido	Positividade combativa <sup>50</sup>
Ministro Marco	Delito sexual	Concessão de	Descriminalização	Uso alternativo

<sup>49</sup> “O acórdão reconhece, expressamente, que a sociedade civil tem o ‘poder’ de descriminalizar tipos penais impostos pelo legislador de plantão: ‘a coletividade não se interessa pela punição dos bicheiros. Ao contrário, já inseriu o jogo do bicho em seu dia-a-dia’, diz a ementa. [...] No plano teórico, o que se quer registrar é que a população, organizada ou não, tem o poder de invadir o direito penal para descriminalizar tipos. O Judiciário, por comprometido com a razão da sociedade e não com a do Estado, tem, como agente político que é, o dever/poder de legitimar tal invasão quando não agride os princípios gerais do direito” (CARVALHO, 1998, p. 70).

<sup>50</sup> “Houve reconhecimento de que a prisão do cidadão agredia o art.10 do Código de Processo Penal (“O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente...), daí por que, em nome da lei, foi ele colocado em liberdade. [...] Estou sendo “legalista” ao exigir a firme e pronta obediência à norma? Evidente que sim. [...] Existem normas boas sim. Existem regras que cumprem determinada função ética. A norma que impõe determinado tempo à prisão resume conquista democrática, exigindo, pois, obediência, máxime quando, ante o caso concreto, nada de “justo” está a autorizar o descumprimento. Aqui, ao se fazer cumprir a norma, se está politizando a interpretação em favor dos menos favorecidos” (CARVALHO, 1998, p. 79 e 80). Em pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob os termos “excesso de prazo e prisão preventiva” e com filtro no Relator Desembargador Amílton Bueno de Carvalho, foram encontrados um total de 227 acórdãos, todos concedendo a ordem do *habeas corpus* (Pesquisa efetuada no *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, presente no endereço [http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=excesso+de+prazo&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAmilton%2520Bueno%2520de%2520Carvalho&as\\_q=&ini=0](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=excesso+de+prazo&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAmilton%2520Bueno%2520de%2520Carvalho&as_q=&ini=0), acesso em 26 de julho de 2012).

Aurélio Mello	(1996) – Supremo Tribunal Federal	<i>habeas corpus</i> , por maioria	dos delitos contra os costumes	do Direito <sup>51</sup>
Des. Amílton Bueno de Carvalho	Violência doméstica contra a mulher (1996) – Tribunal de Alçada do RGS	Condenação mantida, mas afastada a agravante, por maioria	Política criminal anti-absolvição do marido em violência contra a mulher	Direito Alternativo “em sentido estrito” <sup>52</sup>
Des. Amílton Bueno de Carvalho	Execução Penal (1997) – Tribunal de Alçada do RGS	Restabelecimento de regime semi-aberto, por unanimidade	Princípio constitucional da proporcionalidade aplicado à execução penal	Direito Alternativo “em sentido estrito” <sup>53</sup>
Des. Amílton Bueno de Carvalho	Prova oral coletada no inquérito policial (1996) – Tribunal de Alçada do RGS	Desvalorização, como prova processual, de depoimento do infrator colhido no	Parcialidade e injustiça da investigação policial	Direito Alternativo “em sentido estrito” <sup>54</sup>

<sup>51</sup> “Neste campo há decisão preciosa do Supremo Tribunal Federal (que chegou ao conhecimento do público via mídia), da lavra do Min. Marco Aurélio, que absolve cidadão que manteve relação sexual com jovem com doze anos de idade e que fora anteriormente condenado por estupro presumido ante a menoridade da vítima [...] A discussão é interessante exatamente porque aborda a modificação dos costumes desde o momento da vigência da lei penal até nossos dias, com a vulgarização do sexo através dos meios de comunicação de massa. O Código está ultrapassado, diz Marco Aurélio. [...] Aqui se está frente ao “uso alternativo do direito” – a atuação se dá no instituído, que é relido numa decisão emancipadora. Estamos no campo de uma interpretação diferenciada da norma, democratizando seus efeitos” (CARVALHO, 1998, p. 85 e 86).

<sup>52</sup> “Vez mais se queria era é absolver o marido. O discurso da falta de provas não tem o maior sentido, porque, nós mesmos, sempre demos valor à palavra da vítima em crimes que se dão às escondidas, desde que ocorra coerência. É o que se dá, sempre e sempre, em crimes sexuais e patrimoniais (por todos, roubo). Mas na briga familiar, não... Em 1986, a situação começa a se alterar, surgem condenações do homem que bate na mulher, mesmo sem testemunhas [...] A noção de política criminal alterou – agora autoriza condenação. Mas a alteração do pensamento dos juízes, no meu sentir, só se deu graças à pressão constante dos movimentos vanguardistas, exigindo alargamento do foco do direito e exigindo nova postura dos juízes. A atuação feminista, no particular, alterou nossa racionalidade. [...] O direito é usado alternativamente – atacando preconceitos, democratizando o espaço de disputa judicial, na proteção do débil” (CARVALHO, 1998, p. 95).

<sup>53</sup> “Qual o discurso utilizado para romper a legalidade em favor de um condenado por crime não violento que apenas queria trabalhar? Primeiro, se entendeu que o princípio supraconstitucional da proporcionalidade estava, na espécie, sendo agredido – o fato de portar mísera quantidade de maconha não pode ter o efeito tão perverso de impossibilitar o trabalho de um cidadão (ele estava com AIDS), e, Segundo, fez-se uma releitura da expressão doloso do artigo 118, I, da LEP – alcança delitos graves tão-só! (grifos do autor; CARVALHO, 1998, p. 107).

<sup>54</sup> “O inquérito é a base material objetiva que os protagonistas penais têm para colocar em prática o fascista movimento da ‘Lei e Ordem’ – a direita penal [...] Através dele usamos o direito penal como excludente tornando-nos perseguidores cruéis na concretização do direito do ódio, da vingança: sempre no encalço dos pobres” (CARVALHO, 1998, p. 117 e 118).

		inquérito policial, por unanimidade		
Des. Amilton Bueno de Carvalho	Furto de valor insignificante (1996) – Tribunal de Alçada do RGS	Reconhecimento de furto de “bagatela” – absolvição, por unanimidade	Princípio da insignificância para o direito penal	Direito Alternativo “em sentido estrito” <sup>55</sup>

Fonte: CARVALHO, 1998

A necessidade da implantação de um direito penal “parcial” e de uma política criminal comprometida com a sociedade (respondendo aos anseios de seus movimentos sociais) é a base da defesa do garantismo penal feita por AMILTON BUENO DE CARVALHO: “O direito penal brasileiro tem muito em comum com a teologia da libertação: optou pelos pobres” (2005, p. 29).

Interessante observar que as linhas expostas acima são, atualmente, consenso no direito brasileiro. Vive-se um momento histórico-social em que os delitos de corrupção política sofrem repreensão com maior rigor (e maior publicidade) que infrações de natureza sexual (que ferem diretamente a dignidade do corpo da pessoa) ou com uso de violência (conceito o qual também passa por um processo de reinvenção, já que no meio social, muitas vezes, é a violência que pauta as relações, como ocorre nos bairros urbanos dominados pelo tráfico de drogas).

Com efeito, o processo de reinvenção do direito alternativo resultou, pelo “garantismo penal”, numa verdadeira revolução social, na medida em que, por meio do Judiciário, as “elites econômicas” agora podem sofrer sanções penais (inclusive, com a pena de prisão) as quais as camadas mais pobres não mais se submetem, com igual intensidade anterior. Dessa forma, a “divisão de classes” permanece, mas – dentro da linha “gramsciana” do direito

<sup>55</sup> “Enquanto reformas legislativas não vêm (e não virão) o desafio é encontrar possibilidades de evitar que o Leviatã envolva em seu local mais cruel (presídio) as pessoas. A criatividade é exigida de todos nós. Humanizar o direito (e sua interpretação) é torná-lo forte, grandioso e, perdoem meu viés religioso-libertário, cristão: evitar condenações e prisões desnecessárias é o norte que procuro alcançar!” (CARVALHO, 1998, p. 140).

alternativo – na “guerra de posição”, quem tem a vantagem, agora, é a classe “operária”, mais “vulnerável”.

#### **4.1.2 A hegemonia das idéias alternativistas “garantistas” na prática jurídica**

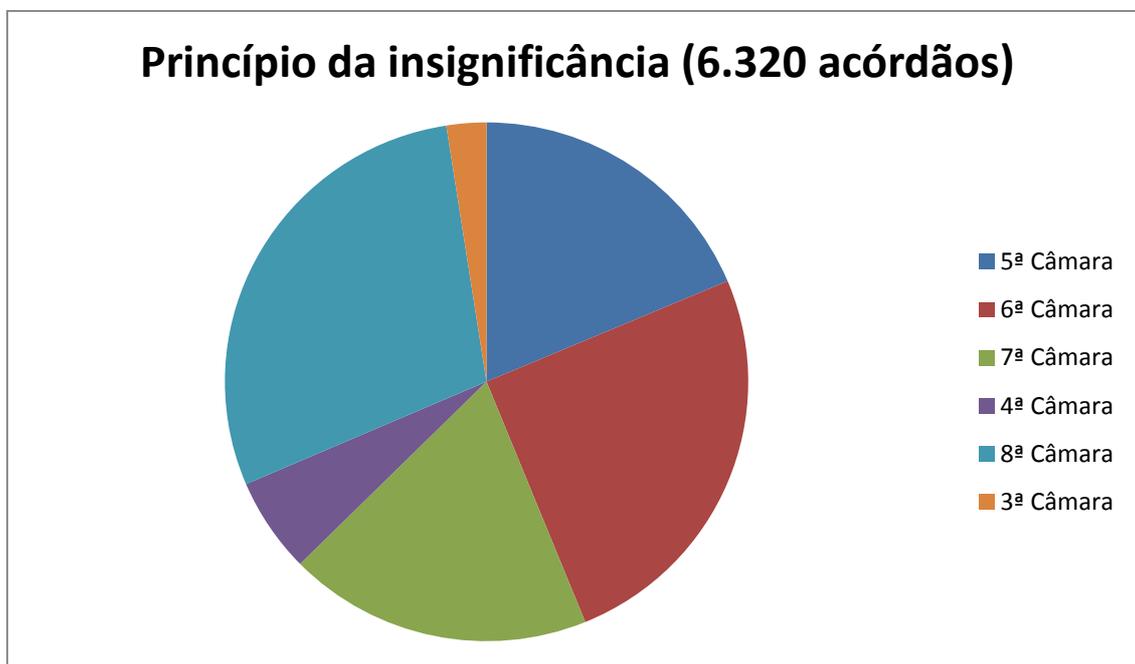
Ainda que no Poder Judiciário, em termos quantitativos, encontrem-se “resistências” às visões alternativistas radicais (que equivaleriam, talvez, ao “positivismo de combate” e ao “direito alternativo em sentido estrito” classificados por AMILTON BUENO DE CARVALHO no esquema acima), de certo modo, é consenso, na prática judicial, a “validade” do uso alternativo do direito como forma de interpretação jurídica.

A jurisprudência “alternativa”, principalmente no âmbito do direito penal, tem um alcance visível nos Tribunais, posto que a incriminação, com penas mais severas, de crimes contra o patrimônio público, delitos “econômicos” e “crimes de colarinho branco”, aumentou consideravelmente, pelo menos, nos últimos dez anos.

O chamado “princípio da insignificância”, por exemplo, no universo da prática jurídica do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é aplicado de forma distinta pelas Câmaras Criminais que o compõem.

No gráfico abaixo, percebe-se um maior número de absolvições, mediante a aplicação do princípio da insignificância de modo a afastar a aplicação da pena ao autor do fato, pela 5ª Câmara Criminal (Câmara a qual pertencia Amílton Bueno de Carvalho, e de linha majoritariamente garantista), e um maior número de condenações, por inaplicabilidade do referido princípio, nas demais Câmaras Criminais. Isto quer dizer que somente a 5ª Câmara vem aplicando o afastamento da lei penal, mantendo-se “fiel” à linha alternativista iniciada por AMILTON BUENO DE CARVALHO.

Gráfico 01



Fonte: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no endereço [www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova), acesso em 26 de julho de 2012.

#### ***4.2 O neoconstitucionalismo ou “principlismo constitucional”***

O “neoconstitucionalismo”, ora tratado como um movimento, ora como uma teoria jurídica (ou corrente de pensamento jurídico), numa visão sociojurídica, é termo que manifesta o fenômeno concernente a um “novo constitucionalismo”, isto é, a “renovação” das ordens constitucionais estatais de forma a absorver o novo ideário ou forma de vida contemporâneo do pós-guerra: valores sociais, regimes democráticos e, no centro da ordem política, a pessoa humana, considerando o seu qualitativo da “dignidade”.

Nessa mesma linha de argumentação, assevera SUSANNA POZZOLO (2006, p. 77 e 78) que:

“Neoconstitucionalismo” é um termo bem apropriado. Originalmente pensado para denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar do direito, talvez também devido a uma certa indeterminação ou vagueza que lhe foram atribuídas por certa indeterminação ou vagueza que lhe foram atribuídas por usos um pouco diversos [...].

Entretanto, a afirmação de uma certa concepção de Constituição (neste caso, neoconstitucionalista) determina certas exigências e técnicas interpretativas (como exemplo, a ponderação de valores) que se convertem em uma prática social e assim contribuem para redefinir ou reconfigurar o objeto interpretado (a Constituição).

[...] a concepção termina por determinar uma certa percepção da realidade por parte dos operadores do direito, direcionando a sua prática (práxis) e terminando por reconfigurar a mesma realidade na qual eles atuam.

Ainda que o “neoconstitucionalismo” possa ser considerado como uma “metodologia interpretativa” da Constituição (POZZOLO, 2006), também possui uma “feição” política, ou ideológica, a qual, segundo os alternativistas, é responsável pelas práticas sociais “reinterpretadas” diretamente pelos princípios constitucionais. Quando se afirma que é preciso “dar sentido à Constituição” (DUARTE, 2006), opera-se com duas vias possíveis: a da “técnica interpretativa” e a da “política constitucional”.

De forma mais aprofundada, COMANDUCCI (2002) chega a diferenciar três formas de neoconstitucionalismo: o “neoconstitucionalismo teórico”, o “neoconstitucionalismo ideológico” e o “neoconstitucionalismo metodológico”. Os três tipos, no entanto, inserem-se num conceito que o próprio autor chama de “constitucionalismo moderno”, entendido como “ideologia jurídica” e, ao mesmo tempo, como “teoria jurídica” (2002, p. 97).

O “neoconstitucionalismo teórico” seria uma teoria do direito, “alternativa à teoria juspositivista do direito”, no sentido de superação das categorias “formalistas” do “estatalismo” e do “legicentrismo” (COMANDUCCI, 2002, p. 97). Nesse sentido, o neoconstitucionalismo propugna uma teoria do direito fundada na interpretação jurídica, ou melhor, no “sentido da Constituição” dado pelo intérprete – no caso, o intérprete “por excelência”, que é o juiz.

O “uso alternativo do direito” encontrou no “neoconstitucionalismo teórico” a sustentação teórica para sua concretização na decisão judicial. Isso passa precipuamente pela

aplicação direta do princípio constitucional no caso concreto (o que evitaria decisões “contra legem”) e, também, da interpretação da lei em conformidade com a Constituição, com uma peculiaridade: ultrapassa-se muitas vezes o preceito literal da norma jurídica para adequá-la à Constituição, sempre no entender do juízo subjetivo do juiz.

A segunda forma de neoconstitucionalismo, segundo COMANDUCCI (2002, p. 100), é o “neoconstitucionalismo ideológico”, o qual o próprio termo já indica: tem seu fundamento numa ideologia. No entanto, dita ideologia não seria a mesma do “constitucionalismo anterior” (COMANDUCCI, 2002), o qual propugnava a limitação do poder estatal pela Constituição, mas é a que coloca, em primeiro lugar, a tutela e garantia dos direitos fundamentais.

Essa ideologia do constitucionalismo “clássico” é assim descrita por CEZAR SALDANHA SOUZA JUNIOR (2002, p. 91):

[...] o constitucionalismo surge sob o domínio absoluto de uma ideologia, da ideologia liberal. Aliás, surge, precisamente, como arma de guerra dessa ideologia. Isso quer dizer: *o constitucionalismo não apareceu* para compor conflitos ideológicos, mediante a busca de valores comuns. Bem ao contrário, ele vem para afirmar a vitória e a consolidação de *uma* ideologia, com a preocupação de consagrar *uma* verdade, solidamente calcada sobre um “direito natural” superior, que se impõe à “razão esclarecida” e da qual é ontologicamente absurdo divergir.

Pode-se falar, então, no neoconstitucionalismo (“novo constitucionalismo”, que pretende “superar” o constitucionalismo “clássico”), de “ideologia dos direitos fundamentais”, cujo conteúdo será, ao fim e ao cabo, definido pela atividade judicial. Além disso, ditos direitos fundamentais ganharam, com o neoconstitucionalismo “ideológico” uma variabilidade de sentido posto que sempre são interpretados, na prática, em consonância com o caso concreto. Por consequência, se está em consonância com o caso concreto, também está alinhado às mudanças sociais que chegam ao Judiciário pela demanda processual.

De certa maneira, o “neoconstitucionalismo” guarda estreita relação com o chamado “constitucionalismo de valores”, o qual também trata de uma espécie de “consenso político

institucional” em torno do “novo” constitucionalismo. A diferença talvez esteja no aspecto instrumental: o constitucionalismo de valores pressupõe a atuação de todas as instituições políticas; o neoconstitucionalismo não requer atuação pelas instituições de Estado, pois parte do pressuposto que a Constituição é a regra maior vigente e que deve ser realizada diretamente pela sociedade, ou por meio de seu intérprete (o qual pode ser o juiz, o juiz constitucional, o promotor de justiça, ou o advogado).

Num ponto, porém, o “neoconstitucionalismo” e o “constitucionalismo de valores” têm em comum: operam diante da relação delicada entre política e direito. Dois pólos, aliás, que o Direito Alternativo defendia sua “fusão”, ou seja, tinha como projeto a ação política por meio do direito.

Sobre o assunto, assevera com propriedade CEZAR SALDANHA SOUZA JUNIOR (2002, p. 35):

A concepção dialógica das relações entre ética, política e direito, vingou historicamente com o fim da segunda grande guerra e derrocada do totalitarismo, no oeste europeu. Seu fruto maior e mais importante foi o constitucionalismo de valores [...]

A constitucionalização de valores éticos mínimos, por sua vez, veio colocar, na ordem do dia, ampliando-a e aprofundando-a, a reflexão sobre esses três pólos, com suas interpenetrações, tensões e possibilidades. A queda dos autoritarismos (anos de 1970), o colapso final do totalitarismo na Europa (a contar de 1989) e o tipo de Estado que então consolida devem ser contemplados como desenvolvimento histórico deste processo.

Por fim, a terceira forma de neoconstitucionalismo, consoante COMANDUCCI, o de tipo “metodológico”, consiste na defesa da “conexão necessária entre direito e moral” (COMANDUCCI, 2002, p. 101), exercida pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Nesse sentido, qualquer decisão jurídica é justificada se derivada de uma norma moral, ou se provém de uma escolha moral do julgador (ou intérprete).

Assim, é possível perceber que o Direito Alternativo viria a encontrar nesse “neoconstitucionalismo metodológico” a sua justificativa necessária. Com efeito, se a decisão prévia do julgador “em favor dos pobres” ou dos “mais vulneráveis” tiver origem em uma

norma moral (corroborada ou vinda diretamente da sociedade, ou das convenções sociais), então, a sua decisão é legítima e, portanto, igualmente válida, ainda que em seu conteúdo possa vir a ser *contra legem*.

Em paralelo, todas as ordens político-sociais existentes redefiniram suas estruturas institucionais de modo a repelir o momento sociopolítico anterior: na Europa, a repulsa aos regimes totalitários nazistas e fascistas; na Rússia, a negação do regime totalitário stalinista; nos Estados Unidos, a contraposição aos radicalismos, principalmente no que tange à pessoa humana, na sua condição econômica, social e cultural (descendentes de africanos, latino-americanos, “*homeless*”, etc.); na América Latina, a contraposição às ditaduras militares.

Deste modo, pode-se afirmar com segurança que são circunstâncias que levaram ao neoconstitucionalismo, ou protagonismo constitucional, posto que a lei, por si mesma, poderia regular conteúdo “não-ético”, e contrário à pessoa humana e aos valores que a identificam, sendo instrumento ineficaz para a regulação das novas ordens políticas.

Desta forma, o instrumento jurídico “lei” tem sua função, e sua importância, somente quando submetida a uma Constituição – ou aos princípios constitucionais –, já que em várias ordens sociopolíticas não existe Constituição escrita e, naquelas que existem, contém dispositivos de natureza principiológica. A lei, portanto, encontra sua razão de ser na Constituição, e, a partir dela, pode sofrer relativizações na sua aplicação e na sua própria validade (neste último caso, com a declaração de inconstitucionalidade).

No Brasil, o fortalecimento do “neoconstitucionalismo” coincidiu com o fim do movimento alternativista e, conseqüentemente, com a absorção, como já dito, das idéias do alternativismo. É interessante observar que várias premissas invocadas pelos alternativistas nos anos 80 (“a lei injusta não pode ser aplicada pelo juiz”; “o juiz pode deixar de aplicar a lei para fazer justiça no caso concreto”; “o juiz pode decidir sem a lei e com os princípios”; “a Constituição garante direitos, e a lei não, portanto, o juiz não aplica a lei, mas sim a Constituição”) agora são “lugar comum” no pensamento jurídico brasileiro.

Com as idéias neoconstitucionalistas, bem como com os mecanismos previstos no direito positivo (e na própria Constituição de 1988), o juiz (o mesmo juiz o qual invocava AMILTON BUENO DE CARVALHO nos seus escritos) tem o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei apenas por considerá-la “contrária a Constituição”, sem ferir o sistema (posto que negar a aplicação de uma lei é ferir todo o sistema jurídico no qual o juiz também está vinculado) e sem causar nenhum “dano” ou responsabilidade para o julgador. É, pois, sem sombra de dúvida, a justificação teórico-prática buscada pelos alternativistas nos anos 90.

Os efeitos do “neoconstitucionalismo” foram descritos por HUMBERTO ÁVILA (2009, p. 02) nos seguintes fenômenos:

a) as Constituições do pós-guerra (e a Constituição de 1988 foi uma delas) teriam previsto mais princípios que regras;

b) os princípios são aplicados segundo o método da “ponderação” e não da “subsunção” (este próprio do “positivismo jurídico”);

c) a “ponderação” exige uma análise mais individual e concreta, em lugar de uma visão “geral” e “abstrata” (onde pode ser determinante a subjetividade do julgador);

d) a atividade de “ponderação” exige uma atuação muito maior e mais efetiva do Poder Judiciário do que dos demais poderes;

e) o “ativismo judicial”, determinado pelo exercício da “ponderação”, leva a uma aplicação maior da Constituição do que da legislação.

Desta forma, é preciso, sim, reconhecer que há uma derivação, a nível de pensamento jurídico, do neoconstitucionalismo do direito alternativo. Não se trata de uma relação de

“causa e efeito”, mas sim de fenômenos sucedâneos que correspondem a uma proposta de discurso jurídico ou de pensamento.

#### 4.2.1 O “uso alternativo” do Direito Constitucional

O neoconstitucionalismo vem como uma espécie de “uso alternativo do direito constitucional”, isto é, uma nova forma de interpretação constitucional distinta da propugnada pela teoria jurídica anterior positivista, na qual a Constituição apenas cumpria uma função lógica de validade formal ao sistema positivo. Essa nova forma de interpretação reconfigura a Constituição como o instrumento jurídico por excelência de constituição, garantia e efetivação de direitos, substitutivo, na maioria dos casos, da própria lei.

Para os alternativistas, a Constituição de 1988 é fruto das “lutas populares” contra o regime militar; a “lei” representa todo o ordenamento jurídico positivo oriundo desse regime “ditatorial”, e, por isso, deve ser superada pela Constituição, símbolo da democracia e da nova ordem política brasileira.

O alternativismo, pois, no Brasil, aproximou-se da teoria interpretativa principiológica constitucional – a qual teve sua maior concretização na difusão das idéias vinculadas ao “neoconstitucionalismo”. Era preciso dar legitimidade ao movimento (os alternativistas não são, a princípio, *contra legem*, são a favor da Constituição, e da sua aplicação direta, e são contrários á lei apenas quando é “injusta”) e fundamento para sua ação (os juízes, por exemplo, são também guardiães da Constituição e, pelo controle difuso, em lugar de afastar a aplicação da lei para concretização da justiça no caso concreto, declaram-na inconstitucional, para aplicar diretamente uma norma ou princípio constitucional).

Ora, se a própria Constituição prevê políticas públicas e direitos sociais, em favor dos mais excluídos, então basta aplicá-la nos casos concretos judiciais, ou na realidade do Direito como tal, sem necessidade de alguma lei ou outra norma jurídica que discipline dita

concretização. Realmente, o campo do “neoconstitucionalismo” foi propício para que o movimento alternativista ressurgisse, agora, sob nova face.

A interpretação constitucional, portanto, supera a lei antiga e dá respaldo às novas demandas sociais. Segundo AMILTON BUENO DE CARVALHO, a interpretação da Constituição traduz uma postura ideológica; e, no pensamento alternativista, esta postura ideológica tem que ser a favor do povo, da “massa”, dos “mais desfavorecidos”, garantindo direitos das minorias e negando vigência a regras “da classe dominante”:

Com o advento da nova CF vive-se época de riqueza interpretativo-jurídica. Apesar de ela apresentar alguns recuos, na verdade o momento é precioso para que sejam revistos institutos consagrados pela velha ordem. Aliás, vê-se atualmente incontável discussão sobre a constitucionalidade ou não de textos legais. Entendo que praticamente tudo pode ser ou não constitucional, eis que a Constituição diz aquilo que se quer que ela diga. Tudo vai depender do que se convencionar seja ou não constitucional. É claro, repito, que atrás da interpretação, como substrato básico, está uma postura ideológica. (CARVALHO, 2005, p. 105).

Para os alternativistas, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo não é uma questão técnica (verificação da compatibilidade da lei com a Constituição em seu conteúdo e/ou na sua forma), mas um processo de “deslegitimação”, quer dizer, a perda de legitimidade da lei perante a Constituição e o regime democrático (AYDOS apud RODRIGUES, 1991, p. 196):

Marco Aurélio Dutra Aydos denomina de **“deslegitimação vertical” a negativa de legitimidade a uma determinada norma em razão de a mesma contrariar dispositivo legal superior, como nos casos de inconstitucionalidade de leis complementares ou ordinárias.** Ou seja, há deslegitimação vertical quando se pode negar vigência a uma determinada norma jurídica utilizando-se dos critérios formais adotados e aceitos pela dogmática jurídica tradicional (hierarquia das normas e demais critérios de resolução das antinomias jurídicas). **Nesses casos se consegue eliminar a norma injusta utilizando-se o próprio sistema normativo, evitando a decisão contra legis.** Quando se trata da negativa de vigência a uma determinada norma em razão de sua injustiça utiliza ele o termo “deslegitimação horizontal”. **Há a deslegitimação horizontal quando a negativa de aplicação de uma determinada norma presente no ordenamento jurídico positivo se dá em razão da mesma contrariar direitos históricos, conquistas da humanidade** (jusnaturalismo de caminhada e direito insurgente), ou em razão de sua aplicação levar, no caso

concreto, a uma injustiça manifesta. **Parece consensual no movimento do “Direito Alternativo” que se deve preferencialmente buscar a deslegitimação vertical das normas injustas. Apenas quando esta não for possível é que se deve, como exceção, buscar a deslegitimação horizontal.** Mas em qualquer situação, não se deve aceitar a aplicação injusta do Direito (grifamos).

Dessa maneira, a atuação do juiz na “deslegitimação vertical” das normas injustas passa pelo crivo da análise constitucional da norma e resulta na declaração de inconstitucionalidade de seu conteúdo. O “uso alternativo” do direito constitucional passa, assim, a ser verdadeiro “Direito Alternativo Constitucional”.

#### 4.2.2 O Alternativismo e a “Constitucionalização” do direito

Uma das consequências do Direito Alternativo Constitucional é o estímulo à concepção do fenômeno da “constitucionalização do direito”, que seria a absorção, pela Constituição, de normas de conteúdo legal (próprias das “leis” e dos “códigos”). A “constitucionalização” do direito significa que quanto maior for a regulação “legal” na Constituição (normas de direito privado, de direito do trabalho, de direito previdenciário, de direito penal, etc.), maior será a sua aplicação direta no caso concreto judicial, e, também, maior será o “não uso” ou até descrédito da lei.

Sobre o tema da “constitucionalização”, afirma LUIS ROBERTO BARROSO (2009, p. 30):

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela

Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988.

A constitucionalização pode não resultar em aplicação direta da Constituição, pois na linha hermenêutica ligada ao “constitucionalismo de valores”, os princípios constitucionais são parâmetros para a interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais, mas sem alteração de seu conteúdo essencial prescrito pela “literalidade” da regra. Contudo, se resultante do Direito Alternativo, a constitucionalização terá por consequência um “monopólio” da Constituição, bem como uma variabilidade necessária do sentido da norma jurídica, consoante a interpretação dada pelo julgador.

Interessante observar o uso feito pelos alternativistas da teoria da interpretação jurídica desenvolvida por Hans Kelsen. De fato, Kelsen, até então visto como um “jurista do nazismo”, ou “jurista do positivismo liberal”, foi utilizado no Direito Alternativo como base teórica para formulação de uma hermenêutica “alternativa”, precipuamente utilizada no âmbito dos princípios constitucionais.

Na medida em que Kelsen aliava a interpretação jurídica, pelos órgãos aplicadores do Direito, com um ato de vontade do próprio intérprete, os alternativistas, nessa linha teórica, passaram a sustentar que a interpretação das normas jurídicas e dos princípios constitucionais é ato de vontade do juiz ou do prático do direito, o qual não possui uma postura imparcial, mas absolutamente favorável à justiça no caso concreto (em outras palavras, a justiça em favor da uma das partes processuais, mormente à parte mais fraca ou vulnerável).

A explicação de HORÁCIO WANDERLEY RODRIGUES (1991, p. 190 e 191), sobre a teoria hermenêutica kelseniana, é elucidadora nesse sentido:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente. Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. [...]

As posições kelsenianas aqui expostas levam a algumas conclusões básicas: a) o direito positivo é composto por normas que possuem um conteúdo impreciso. Em outras palavras: as normas jurídicas não possuem univocidade significativa; b) os métodos de interpretação não são instrumentos suficientes para eliminar as imprecisões e descobrirem o real conteúdo normativo; c) todo ato de interpretação jurídica efetuado pelos órgãos aplicadores do Direito é um ato de criação jurídica e não simplesmente de elucidação do seu conteúdo intrínseco; d) todas as interpretações lógicas possíveis de uma mesma norma jurídica possuem igual validade; e) a opção do aplicador do Direito recai sempre, em cada caso concreto, sobre apenas uma das possíveis leituras normativas; e f) a atribuição de sentidos unívocos às normas jurídicas é uma ficção que regra geral possui objetivos políticos.

Relacionando-se essas conclusões com as teses do “Direito Alternativo” pode-se ver que não há nenhum conflito maior entre as posturas adotadas por esse movimento, no que se refere ao “positivismo de combate” e ao “uso alternativo do Direito”, e as posições mais clássicas do pensamento jurídico contemporâneo, aqui representado pelo seu maior expoente: Hans Kelsen (grifamos).

“Com Kelsen, contra Kelsen”. Na realidade, o Direito Alternativo não busca adotar uma postura “antikelseniana”, mas, talvez, assumir um “antipositivismo liberal”, quer dizer, a superação do positivismo de fundamento político liberal cujas raízes teóricas são, também, uma “interpretação” da teoria de Kelsen.

Essa linha interpretativa-hermenêutica passou a ser o “norte” do Direito Alternativo “reinventado”. Na medida em que toda interpretação jurídica passou a ser uma interpretação constitucional, pois todo juiz ordinário, como já vimos, interpreta a Constituição e aplica, diretamente, nos casos concretos sob sua análise, os princípios constitucionais, a finalidade dos alternativistas, que era exatamente a criação do direito pelo intérprete, para fins de realizar uma “revolução social”, concretiza-se e torna-se a regra na atividade judicante.

O que o movimento “Direito Alternativo” traz então de novo se encontra exatamente na fixação de critérios básicos a serem adotados, em cada caso, na escolha da decisão a ser tomada. O **critério** (que consciente ou inconscientemente é **sempre político-ideológico**) **deve ser a opção pelos pobres, pelos oprimidos, pelas classes e grupos marginalizados e geralmente expropriados de qualquer Direito.** O critério interpretativo deve ser o comprometimento com o bem comum, entendido como o bem da maioria da população. [...]

**A atuação interpretativo-alternativa ultrapassa os limites da reprodução de práticas consagradas, tornando-se: a) mais próximas do real conflito humano; b) permissiva de discussão axiológica desmascaradora da idéia**

**de neutralidade; c) politicamente participativa; d) questionadora da ordem estabelecida e das leis que a mantém; e) inserida no contexto sócio-econômico; f) possibilitadora de novas soluções aos conflitos** (grifamos; RODRIGUES, 1991, p. 192).

O Direito Alternativo Constitucional, o qual preconiza a supremacia dos princípios constitucionais sobre as regras, talvez signifique o mesmo que o “neoconstitucionalismo à brasileira” definido por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (2010, p. 107 e 117), na crítica a seguir transcrita:

O primeiro ponto a observar, nesta análise científica, concerne ao modo pelo qual a doutrina é exposta. Esta é apresentada como uma verdade consagrada e indiscutida. A ela somente se opõem alguns renitentes e ultrapassados “operadores do direito”, todos apontados como “positivistas” (e este termo assume a conotação de uma injúria).

Caso flagrante é o tratamento dado à Constituição de 1988. Esquecidos da tese de que seria uma Constituição dirigente, que muitos dos neoconstitucionalistas até há pouco sustentavam, hoje vêem nela o modelo de uma Constituição pós-moderna, uma Constituição de princípios que prevalecem sobre as regras, uma Constituição principiológica. [...]

Outra afirmação infundada, mas, enfaticamente formulada, concerne a ser ela uma Constituição de um Estado democrático de Direito – expressão infeliz usada no texto vigente, é verdade. Extraem dessa expressão um sentido “pós-moderno” numa interpretação personalíssima de sua significação. Observe-se que o conceito de Estado democrático de Direito está ausente da maior, e melhor parte, da doutrina universal. Foi cunhado por Elías Díaz para designar o Estado de transição para o socialismo – numa perspectiva marxista, como está no livro *Estado de Derecho y sociedad democrática*. [...]

O neoconstitucionalismo à brasileira – apesar da sustentação científica de sua principal estrela – não é, essencialmente, senão uma ideologia, uma roupagem pretensamente científica, para coonestar um ativismo de operadores do direito. Ela serve de instrumento para implantar o politicamente correto, “reformatar” o mundo, e de passagem o país, num arremedo de socialismo utópico (para lembrar a lição de Marx).

#### **4.3 Os “direitos humanos” e o “direito das minorias”**

Constitui-se, com efeito, um terceiro processo de reinvenção do direito alternativo o pensamento jurídico de “defesa dos direitos humanos”, o qual abarca as pretensões das

minorias “esquecidas” no então período político autoritário, cujas “elites dominantes” eram de linha “aristocrática”, as quais sustentavam todo o *status quo*.

Com efeito, no Brasil o regime autoritário militar ascendera ao poder com o apoio da maioria popular, que, na época, não representava tão somente “elites econômicas” ou “famílias conservadoras” socio-economicamente abastadas. O regime de 1964 foi precedido de muita controvérsia política e de passeatas a favor da “ordem” e da instauração de regime provisório militar. Tais passeatas ocorreram em todo o país, e seus participantes tinham um mesmo perfil: famílias brasileiras tradicionais, constituídas sob o casamento, cujo receio era a instauração no Brasil de regime socialista-comunista, o qual poderia significar a “transposição” do regime soviético, visto como totalitário, numa nação que resguardou sempre a democracia.

Por isso, o regime militar de 1964 significava, para essa maioria popular, a restauração da democracia então ameaçada pela aproximação de alguns partidos políticos brasileiros com as autoridades soviéticas. Como a proposta política era de um governo provisório, o apoio social ao regime autoritário foi intenso, tendo uma minoria (inclusive minoria dissidente no próprio Exército revolucionário) aderido ao movimento “pró-João Goulart”, encabeçado, principalmente, por Leonel Brizola.

Contudo, com a disputa interna no próprio regime autoritário militar (entre uma linha “mais conservadora”, ligada ao General Castello Branco, e outra “mais radical”, liderada por Costa e Silva), o período militar estendeu-se e virou um poder político definitivo. Os radicalismos proporcionados pela “linha Costa e Silva”, que culminou com perseguições políticas e “caça às bruxas” (simbolizadas principalmente pela promulgação do AI-5), fez com que a maioria popular tradicional, então apoiadora do regime, recuasse, para dar força à minoria “guerrilheira” – ligada aos partidos políticos de esquerda com relações estreitas junto à então União Soviética – a qual, em situação inversa, ganhava cada dia mais adeptos.

Dessa maneira, em meio a uma verdadeira guerra civil, os contrários ao regime militar, então perseguidos, presos, até torturados, passaram a defender o resguardo aos direitos

humanos, propugnando pela liberdade de todos e pelo exercício da “cidadania”. No final do regime militar – no período Figueiredo, em que já era discutido o processo de transição para o retorno à democracia – a idéia de “cidadania” (participação do povo no poder político organizado do país, mediante alguns instrumentos importantes, como o voto direto) atrelada à proteção de direitos humanos já entrava no debate político, atingindo, inclusive, as discussões na elaboração da nova Constituição, durante a Constituinte.

Ora, para fins de proteção de direitos humanos, era necessário, no âmbito jurídico, a sustentação teórica de uma nova linha de pensamento contrária à positivista, sobre a qual o regime autoritário encontrava seu fundamento. Assim, diante da radical mudança social do país, em que tudo que sustentava o *ancien regime* (família tradicional, governo militar, lei positiva, interpretação jurídica restrita à literalidade da lei, juiz como aplicador da lei) não poderia permanecer como regra social geral, mas, sim, aquilo que traduz uma “pluralidade” e que abarcasse a todos e qualquer “cidadão”, foi que, no âmbito jurídico, a ideia de “pluralismo” ganhou força.

A ideia de “pluralismo jurídico”, por consequência, surgiu em meio ao desenvolvimento da sociologia jurídica no Brasil. Não é a toa que a sociologia sofreu um “boom” de produção científica e de publicações exatamente no período compreendido entre os anos 70 e 90. Da mesma forma, não é a toa que o Direito Alternativo surgiu, como movimento, nos anos 90, e, hoje, encontra suas ideias principais nas linhas teóricas e práticas dos direitos humanos. Tratam-se, pois, de fenômenos sucedâneos.

Nesse sentido, sobre o pluralismo jurídico, importa recordar o que vai explicar CARBONNIER (1979, p. 214):

A sociologia jurídica parte de um ponto totalmente oposto: o direito é essencialmente múltiplo e heterogêneo. No mesmo momento e no mesmo espaço social podem coexistir diversos sistemas jurídicos, não só o sistema estadual como também outros, independentes dele e eventualmente seus rivais. É a hipótese do pluralismo jurídico, hipótese científica que se considera como partindo da verificação dos fatos. Mas também pode ser compreendida como uma **doutrina de política legislativa que critica o monopólio do Estado na formação do direito e que reclama uma**

**descentralização da atividade legislativa, uma multiplicação de fontes.**  
(grifamos)

A primeira crítica dos alternativos ao direito positivado de cunho ideológico “liberal” é, exatamente, não permitir que o direito nasça, diretamente, da sociedade. A idéia da criação social do Direito (cuja fonte principal está nas idéias de BOAVENTURA SOUSA SANTOS), sem a necessidade de nenhum intermédio das instituições políticas, seja como “filtro” (estabelecendo, assim, padrões “aceitáveis” e “não-aceitáveis”), seja para conferir legitimidade – posto que o direito já nasceria, por si só, legítimo.

Dessa maneira, segundo a visão alternativista, o direito “liberal” apenas confere juridicidade e legalidade (e, de certa forma, constitucionalidade) às condutas definidas por seus próprios pares – grupos socio-econômicos dominantes, calcados na concentração do capital – enquanto que outros padrões (então “alternativos”, quer dizer, como uma alternativa ao direito posto) são considerados apenas “sociais” ou “não-jurídicos”.

Com a mudança socio-política brasileira – de uma sociedade “liberal-patriarcal”, que sustentava o então regime “artístico-militar”, para uma sociedade “de massas”, “igualitária”, que sustenta o novo “regime democrático” – os grupos de interesse considerados “marginais” (ou, o que seria de maior conformidade com o pensamento alternativista, “marginalizados”) passaram a definir os padrões de conduta, buscando a “legitimidade legal” (já que a “legitimidade social” eles já o têm), isto é, a pressão por tornar regra geral (tornar lei) o seu modo particular de vida.

De certa forma, a admissão, pela lei, de diversos padrões sociais como regras gerais de convívio (padrões, às vezes, antitéticos), passou a ser considerada, principalmente pelos alternativistas, como “pluralismo jurídico”, ou o novo “direito das minorias”.

Assim, essa busca pela “legitimidade legal”, a defesa da igualdade entre os diversos grupos sociais ou padrões de conduta, o protagonismo dos atores “marginais” ao sistema, e, especialmente, a ação dos magistrados como uma resposta rápida às demandas dos “excluídos”, são caminhos do Direito Alternativo para a consecução do seu projeto político. A

sincronia, pois, entre o relativismo social e o relativismo jurídico (o qual o Direito Alternativo é seu representante) constitui um imaginário jurídico quase imperceptível de admissão das idéias alternativistas do movimento dos anos 90: os magistrados já não elaboram sentenças alternativistas, pois estas já fazem parte do sistema jurídico.

Dessa forma, é possível asseverar que a consolidação desse imaginário jurídico do “alternativo” passa por uma transformação de paradigmas, consoante a posição de ANTONIO CARLOS WOLKMER:

Trata-se de abandonar os paradigmas teóricos clássicos centrados em *a priori* da produção, da unidade Estado-Nação, da ação coletiva das classes (consciência de classe) e, enfim, da totalidade do “social”. Tal superação implica o direcionamento para um modelo cultural estruturado na proliferação de espaços políticos locais, na pluralidade do “social”, nas prioridades concretas de um “mundo de vida” cotidiana, na emancipação e libertação de experiências humanas plurais, na construção de um conhecimento que, como assinala Boaventura de Sousa Santos, é sempre “aproximado, provisório e contextualizado” a partir da práxis concreta. Tendência que pauta pela descentralização, autonomia e autogestão das formas de organização sócio-políticas e pelas novas modalidades de relações individuais/coletivas (interclassistas), calcadas na diversidade, alteridade e informalidade de identidades (atores, agentes e movimentos) históricos [...]. Daí que pensar em mudança paradigmática no Direito implica na demarcação de um novo fundamento de validade, incidindo na constituição gradual e alternativa de um espaço societário de auto-regulação autêntica. (WOLKMER, 1992, p. 127 e 128).

A mudança de paradigmas, segundo aponta WOLKMER, deve ser realizada pelos movimentos sociais (os “grupos excluídos” ou as “minorias”):

[...] cabe privilegiar os principais sujeitos históricos que legitimam o novo paradigma de juridicidade, ou seja, os movimentos sociais enquanto portadores de “valores” que fundamentam modalidades libertárias de vida cotidiana. Esses movimentos sociais de novo tipo – quer na complexidade das sociedades periféricas atuais, quer na pluralidade de novos espaços político-sociais – recriam e reinventam, por meio de suas práticas participativas, a esfera da vida pública. Ora, na medida em que as instâncias tradicionais do político e do jurídico não respondem mais de modo eficaz ao avultamento de conflitos coletivos engendrados por privações, necessidades e exclusões, emerge a força dos movimentos sociais que propiciam a expansão de procedimentos extrajudiciais e práticas normativas não-estatais. De fato, tais atores insurgentes não só têm uma função central enquanto símbolos constitutivos de “outra” subjetividade, apta a transgredir a ordem

do imaginário instituído como, ainda, se inserirem como canais efetivos de uma forma pluralista de se fazer e de se pensar a “juridicidade” [...] **pensar nos movimentos sociais como instância instituinte, capaz de gerar “legitimidade” a partir de práticas sociais e afirmar direitos construídos tendo presente o processo histórico, impulsiona, também, perquirir sua contribuição para uma cultura jurídica pluralista e insurgente, levando em conta seus “princípios” ou “valores” condutores.** (WOLKMER, 1992, p. 129; grifamos)

#### 4.3.1 A absorção pelo Direito Alternativo dos Movimentos Sociais de Direitos Humanos

A dimensão política do Direito Alternativo se torna expressiva e manifesta quando se analisa a influência direta dos movimentos sociais junto da atividade judicial. O projeto elaborado por JOSÉ GERALDO SOUSA JUNIOR, chamado *Direito Achado na rua*, é o que melhor representa, dentro do Direito Alternativo, essa absorção do “ativismo” dos movimentos sociais.

O *Direito achado na rua*, consoante JOSÉ GERALDO, é expressão criada por ROBERTO LYRA FILHO e tem por finalidade “caracterizar uma concepção de Direito que emerge, transformadora, dos espaços públicos – a rua – onde se dá a formação de sociabilidades reinventadas que permitem abrir a consciência de novos sujeitos para uma cultura de cidadania e participação democrática” (JUNIOR, 2008, p. 05).

Em um primeiro momento, o *direito achado na rua* constituiu-se de um projeto de extensão na Universidade de Brasília sobre “frentes de luta” do “direito insurgente” em face do “direito conservador” das “elites econômicas dominantes” (JUNIOR, 1988). Depois, foi reconhecido como parte do Direito Alternativo de fundamento marxista, em especial sob a perspectiva do conflito social.

Desta maneira, constituem-se em objetivos do chamado *direito achado na rua* (JUNIOR, 2008, p.05):

a) a determinação do espaço político das práticas sociais que “criam direito”, ainda que *contra legem*;

b) definir a natureza do “sujeito coletivo” que elabora um projeto político de transformação (revolução) social e elaborar sua representação teórica como “sujeito coletivo de direito”;

c) enquadrar os dados advindos das práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas.

Trata-se, pois, de uma **autocriação social** do direito, que independeria de qualquer instituição estatal ou política. A sociedade age diretamente no espaço político; contudo, como não consegue se eximir da representação política, essa se faz mediante os movimentos sociais, estes sempre conduzidos por líderes com alguma vinculação ideológica ou partidária.

A respeito desses “novos movimentos sociais” (NMSs), enquanto organizações que simbolizam o processo de reinvenção, explica BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2008, p. 258):

A novidade maior dos NMSs reside em que constituem tanto uma crítica da regulação social capitalista, como uma crítica da emancipação social socialista tal como ela foi definida pelo marxismo. Ao identificar novas formas de opressão que extravasam das relações de produção e nem sequer são específicas delas, como sejam a guerra, a poluição, o machismo o racismo ou o produtivismo, e ao advogar um novo paradigma social menos assente na riqueza e no bem-estar material do que na cultura e na qualidade de vida, os NMSs denunciam, com uma radicalidade sem precedentes, os excessos de regulação da modernidade. Tais excessos atingem, não só o modo como se trabalha e produz, mas também o modo como se descansa e vive; a pobreza e as assimetrias das relações sociais são a outra face da alienação e do desequilíbrio interior dos indivíduos; e finalmente essas formas de opressão não atingem especificamente uma classe social e sim grupos sociais transclassistas ou mesmo a sociedade no seu todo.

Ainda na visão do mesmo autor, os novos movimentos sociais simbolizam a primazia da subjetividade sobre a cidadania. O sujeito coletivo pode agir diretamente na sociedade, sem intermédio algum; já o “cidadão” precisa das instituições políticas para exercer seu papel

como tal. O “descrédito” da cidadania em face da subjetividade está, exatamente, na preferência do princípio da dignidade humana sobre qualquer outro direito político, pois aquele fundamenta tanto a ação individual como a coletiva (mediante o movimento social):

Segundo uns, os NMSs representam a afirmação da subjetividade perante a cidadania. A emancipação por que lutam não é política mas antes pessoal, social e cultural. As lutas em que se traduzem pautam-se por formas organizativas (democracia participativa) diferentes das que presidiram às lutas pela cidadania (democracia representativa). [...]

As formas de opressão e de exclusão contra as quais lutam não podem, em geral, ser abolidas com a mera concessão de direitos, como é típico da cidadania; exigem uma reconversão global dos processos de socialização e de inculcação cultural e dos modelos de desenvolvimento, ou exigem transformações concretas imediatas e locais. [...]

*Por outro lado*, o impacto procurado pelos NMSs é, em última instância, político e sua lógica prolonga a da cidadania que orientou os movimentos sociais do passado. [...]

Aliás, a prova disso mesmo é que os NMSs não raro jogam o jogo da democracia representativa, mesmo que seja pelo *lobbying* e pela via extraparlamentar, e entram em alianças mais ou menos oficiais com sindicatos e partidos quando não se transformam eles próprios em partidos. (SOUSA SANTOS, 2008, p. 261 e 262)

A figura jurídica do “sujeito coletivo” encontrou sustentação teórica na teoria dos direitos humanos, a qual, no contexto latino-americano (e, portanto, brasileiro), fundou-se na visão filosófica da “Teoria da Libertação”, resultante da postura política de contraposição à “história de dominação” imposta por “colonizadores europeus”, que perpetuara no tempo (WOLKMER, 2004).

Dita teoria (ideológica, na verdade) previa uma ação continuada, pelos países latino-americanos, de “independência” da “dominação da elite estrangeira”, de forma a estabelecer uma cultura de reconstrução da política e do direito próprios de cada Estado e contrapondo á cultura “conservadora” de “dominação” (WOLKMER, 2004).

Como na história da América Latina a Igreja Católica sempre esteve presente, inclusive no próprio processo de socialização e formação dos povos (WOLKMER, 2004), a “Teoria da Libertação” tomou uma dimensão teológica, dando origem à “Teologia da

Libertação”, “uma nova forma de efetivar teologia” (WOLKMER, 2004, p. 12) que surgiu eminentemente nos países de “Terceiro Mundo”.

Com efeito, a influência da Teologia da Libertação na Teoria dos Direitos Humanos é apontada por DAVID SANCHEZ RUBIO:

Há muito tempo, principalmente no contexto da América Latina, existe uma tradição tanto filosófica como teológica de raiz cristã, que fundamenta a luta pelos direitos humanos, tendo como principal referente o princípio ou valor guia da vida humana, construída historicamente em torno á figura de sujeitos corporais concretos e necessitados, os pobres, as vítimas ou os oprimidos de qualquer ordem social, econômica e/ou política existente. Princípio de vida que, junto ao conceito de libertação, inter-relacionam-se sem rejeitá-los, ao resto dos valores ou princípios, como são a liberdade, a igualdade e a solidariedade (2004, p. 142 e 143).

O Direito Alternativo também encontrou sustentação teórica na Teologia da Libertação. Em obra coletiva organizada pela Conferência dos Bispos do Brasil (CNBB), em 1996, com colaboração de JOSÉ GERALDO SOUSA JUNIOR (criador do projeto *direito achado na rua*) e PLINIO DE ARRUDA SAMPAIO (alternativista), chamada “Ética, Justiça e Direito: Reflexões sobre a reforma do Judiciário”, observam-se trabalhos de linha alternativista, como “Grupo de pressão de magistrados e governabilidade democrática”, de Roberto Santos, e “A hermenêutica e a justiça do caso concreto”, de Márcio Puggina (juiz gaúcho pertencente ao movimento do Direito Alternativo).

De certa maneira, ainda que a “Teoria da Libertação”, a “Filosofia da Libertação”, a “Teologia da Libertação”, a “Teoria dos Direitos Humanos” e o Direito Alternativo tenham tido como referencial teórico a visão marxista do conflito social, sua postura política, frente às instituições estatais e às elites “conservadoras” é de cunho combativo e de características de “luta pelo poder” político.

Como já dito, a conotação dada pela “luta” e pela “guerra de posição” de fundamento gramsciano (como já visto), presente na ação prática dos movimentos sociais, foi absorvido pelo Direito Alternativo, de modo a promover a quebra do paradigma “conservador” do direito vigente, principalmente na figura do juiz. A proposta do Direito Alternativo é sim um

direito parcial, comprometido com o social e com o político, e alinhado com uma teoria ou linha ideológica:

**Sou Juiz de Direito (hoje Desembargador), mas não Juiz de direita – embora a experiência tenha demonstrado que um e outro se reduzem ao mesmo.** Meu compromisso vital é com a democratização do espaço jurídico. E sou juiz por duas razões básicas: porque sinto nojo (asco, revolta) da injustiça e porque sinto prazer indescritível ao julgar. Eis, no plano racional, o que fez de mim julgador [...].

Por outro lado, **não sou teórico mas sim filho da luta** [...].

O que sei, e o que produzo no campo do direito, nada mais é do que fruto da experiência coletada no exercício da advocacia por dez anos e da magistratura por mais de quinze. Da busca de respostas às questões que me são colocadas a julgamento é que vem minha produção, acrescida do socorro inevitável ao trabalho de pensadores que tenho como críticos (mais amigos do que “gurus”). [...]

Todavia, é daqui que posso dar alguma contribuição para a **democratização esquerdizante do saber jurídico**. Aliás, é de todo importante que aquilo que se passa pelas “cabeças” dos Juizes venha ao debate [...].

Queiramos ou não, o Juiz tem alguma importância, daí por que o seu dito (ou seu não-dito) merecer discussão séria – parcela do poder do estado está em suas mãos! Assim é que um Juiz de Direito, de esquerda, escreve este livro sobre Direito Alternativo, destinado a estudantes (grifamos; p. 16 e 17).

#### **4.3.2 A proteção dos “direitos das minorias” como reinvenção do direito alternativo na dogmática jurídica**

Num primeiro momento, o Direito Alternativo – em seu viés “prático”, como movimento” – buscou concretizar a superação da lei ou da dogmática jurídica, em geral, em favor de princípios jurídicos que, mais tarde, ganharam, no discurso, *status* constitucional. A finalidade, como já visto, era efetivar a “justiça”, valor que é perseguido pelo juiz (e pelos demais profissionais do direito) em primeiro lugar na decisão judicial.

Em momento posterior, principalmente com a rápida absorção, pelo direito, dos movimentos sociais, bem como de suas “pretensões” e “lutas”, a própria dogmática jurídica modificou suas bases teóricas diante da constante mudança legislativa (favorável a tais mudanças sociais, proporcionadas pelas ações dos movimentos) e das modificações efetuadas

pelos juízes, constituindo jurisprudência quase que “criadora” de direito. É exatamente essa a visão defendida pelo Direito Alternativo, que, de certa forma, passou pelo mesmo processo de reinvenção na dogmática jurídica, principalmente de natureza civil e trabalhista<sup>56</sup>.

Na afirmação de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “O instrumento mais crucial da autonomização da sociedade de mercado foi o direito privado [...]” (p. 146). O Direito privado incluía as relações de trabalho; e a legislação sobre questões sociais: pobreza, criminalidade, analfabetismo, desemprego, greves, etc. O direito privado, de certa forma, era instrumento para essa “intervenção do Estado Liberal”, segundo Boaventura, pois estava desvinculado de qualquer conteúdo político ou social e era capaz de assegurar a liberdade, a competitividade do mercado.

De certa maneira, o Direito Constitucional fundamentava isto; partia do pressuposto que as liberdades individuais tinham origem pré-jurídica e que o Estado apenas podia garanti-las, minimamente, por meios políticos e administrativos.

O processo de reinvenção dentro do Direito do Trabalho identifica-se com as mudanças existentes no próprio processo de reinvenção do marxismo. Com efeito, o crescimento da base teórica neomarxista, aliada com a ação dos movimentos sociais sindicais unidos com a ação prática de juristas determinaram uma nova mentalidade “alternativista” do direito do trabalho, destinada a ir além da mera “proteção jurídica do empregado”, mas como instrumento de modificações radicais da própria relação de trabalho.

A reinvenção do Direito Alternativo no Direito Civil já fora apontada, em 1998, por AMILTON BUENO DE CARVALHO, e talvez tenha sido o primeiro campo do Direito em que o alternativismo realizou as primeiras ações concretas, como movimento:

O questionamento é mais ou menos o seguinte: está razoável o que pretendem os “alternativos” – seus sonhos, sua luta – mas como se faz para atuar, dentro da linha “alternativa”, perante o Judiciário? Quais são as possibilidades de “vitórias”? [...]

---

<sup>56</sup> No que se refere às mudanças dogmáticas na esfera penal, vide ponto 4.1 “Garantismo Penal”.

Um exemplo pode ser esclarecedor. Todos sabemos que, não há muito tempo, os concubinos não tinham direito algum: hipocritamente apenas a “família tradicional” era protegida pelo sistema. Pois bem. Em algum local, em algum momento histórico, alguém ousou postular em favor do concubino ao arrepio do que se tinha como “verdade”. É possível que a inicial tenha sido indeferida por impossibilidade jurídica do pedido, com todos os risos e chacotas próprios daqueles que não logram perceber que “o novo sempre vem”. E o primeiro juiz a deferir tal pedido? Pode-se imaginar a resposta dada pelo órgão censor... Acontece que os pedidos vieram, as decisões começaram a surgir, tudo com tamanha intensidade, que o legislador (inclusive constitucional) se viu obrigado a trazer para o direito positivado a proteção àquelas que constituem “outras famílias” que não aquelas merecedoras do beneplácito da “Santa Madre Igreja”. Se possível fosse voltar ao passado e aqueles “rebeldes” não tivessem “ousado ousar”, teríamos hoje o *status* constitucional aos companheiros? A resposta parece uma: tudo estaria como antes – a hipocrisia familiar tradicional permaneceria inalterada (1998, p. 11-12).

A reinvenção do direito alternativo, no campo do “direito ordinário”<sup>57</sup>, partiu de um processo de “desconstrução” do próprio direito e da dogmática civil vigente, este último atrelado, na visão alternativista de CARVALHO, com o “conservadorismo” das “elites” (1998, p. 12). A demanda social, motivada principalmente pelos movimentos sociais (e, neste particular, no âmbito da família, pelo movimento feminista), é, como já dito, absorvida pelo direito (direito, este, “alternativo”, pois pelo direito vigente isso não é possível), o qual lhe dá uma resposta positiva, primeiramente em âmbito particular (pela decisão do juiz), depois em âmbito geral (pela disposição constitucional).

É de se notar, consoante CARVALHO (1998), que o Direito Alternativo significa, sim, um novo direito, uma proposta de criação jurídica que orienta e direciona a efetivação da “revolução social”. De fato, no trecho acima citado, a “ousadia” de um julgador foi o fator desencadeante da “ousadia” de outros julgadores, os quais realizaram significativas mudanças sociais, posto que incentivaram a formação de uma regra geral constitucional (o reconhecimento, na Constituição de 1988, da família fundada na união estável) fundada em práticas sociais novas (que talvez não sejam, socialmente, tão “gerais” assim).

---

<sup>57</sup> Denominação utilizada por CEZAR SALDANHA SOUZA JUNIOR para designar o direito civil em geral, o qual traz em si uma natureza de direito “do ordinário”, o qual se realiza tanto na atividade judicial como no exercício da prática jurídica “extraforense”.

Em entrevista concedida ao jornal Zero Hora, o Des. Rui Portanova afirmou que os juízes alternativistas julgam as demandas civis consoante a Constituição, demonstrando o recurso ao “neoconstitucionalismo” como forma de aplicação dos princípios constitucionais diretamente nas questões litigiosas ordinárias:

ZH – Não existe juiz neutro?

Portanova – Questões complexas da sociedade, como racismo, as relações entre patrão e empregado, e entre capital e trabalho, e a luta pela terra, vem para dentro do Judiciário. Não tem como ficar neutro nisso. Cada um de nós tem na vida uma posição. O Direito Alternativo opta por uma das categorias que estão em luta: o pobre em relação ao rico, o oprimido em relação ao opressor, e o trabalho em relação ao capital. Quem diz ser neutro assume a ideologia da dominação. Na visão do Direito Alternativo, não existe neutralidade e o compromisso é com a perspectiva mais à esquerda, socialista e democrática.

ZH – O senhor já julgou contra a lei para fazer justiça?

Portanova – Jamais precisei fazer isto. Nesse rolo todo sobre propriedade, por exemplo, posso aplicar duas leis: uma à esquerda e outra à direita. E as duas são constitucionais. Para falar de propriedade, posso partir do inciso 22 (“é garantido o direito de propriedade”) ou do inciso 23 (“a propriedade atenderá a sua função social”) do artigo 5º da Constituição Federal. Não preciso desrespeitar a lei.

E com relação ao Direito Civil, pode-se notar que o citado Desembargador confirma o processo de reinvenção:

ZH – Na sua área de atuação, o Direito de Família, o que seria um exemplo de aplicação do Direito Alternativo?

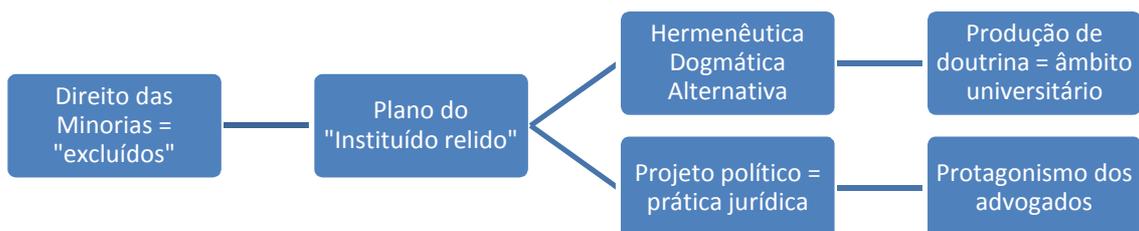
Portanova – A lei proíbe o reconhecimento de uniões entre homossexuais. Eu reconheço as relações homossexuais, mas **não passo por cima da lei. Aplico a Constituição**, que garante serem todos iguais perante a lei, e faço o companheiro homossexual herdar no lugar do cônjuge. (grifamos; Entrevista ao Jornal Zero Hora, de 24 de outubro de 2001)

No esquema a seguir, EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JUNIOR propõe tipologia do Direito Alternativo, da qual pode-se derivar cada linha jurídica dantes exposta:

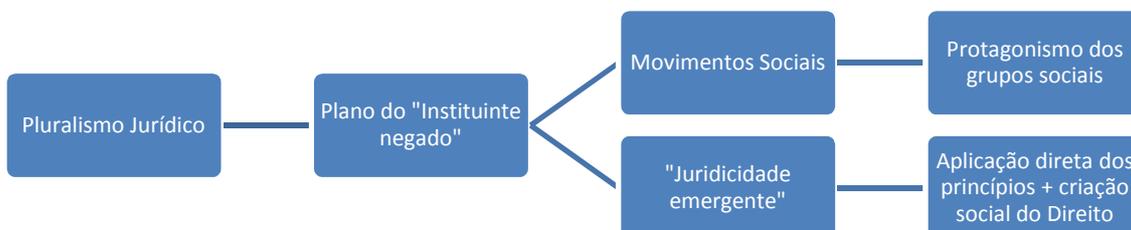
## Esquema 01



## Esquema 02

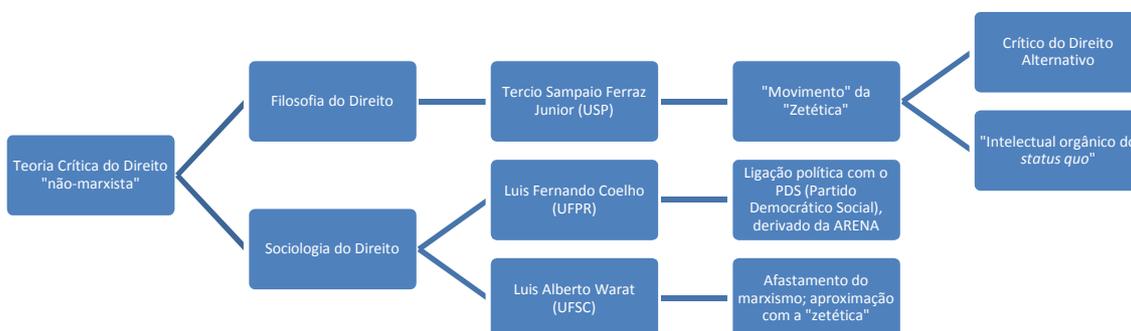


## Esquema 03

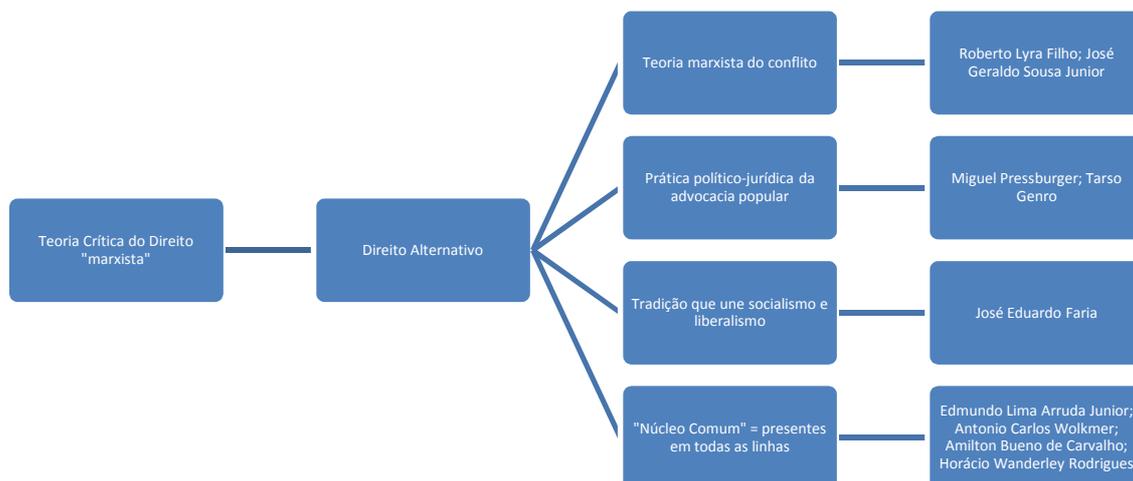


Por outra tipologia, o mesmo autor demonstra como as linhas jurídicas dividem-se entre aquelas com fundamento na teoria marxista do Direito e naquelas que não são de orientação marxista:

## Esquema 04

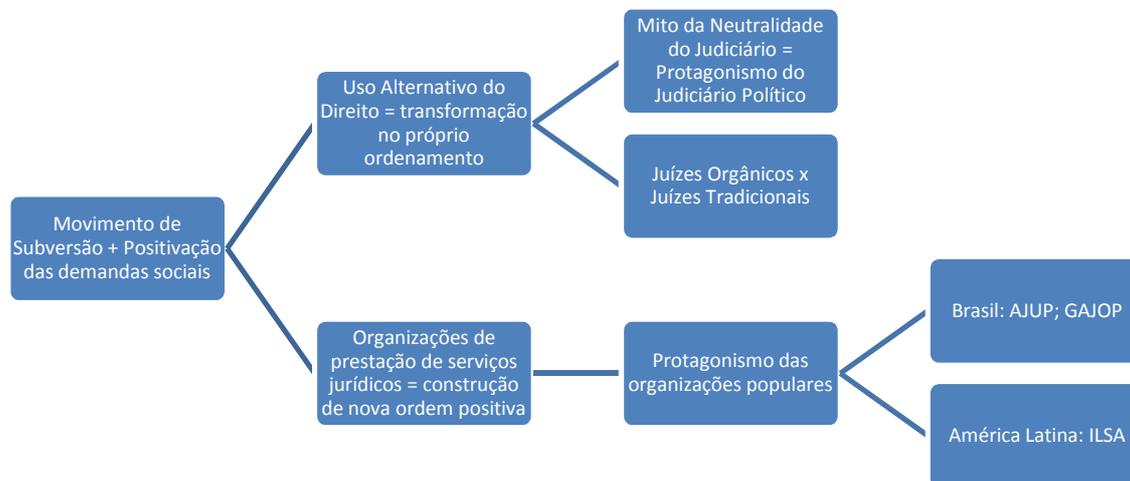


## Esquema 05

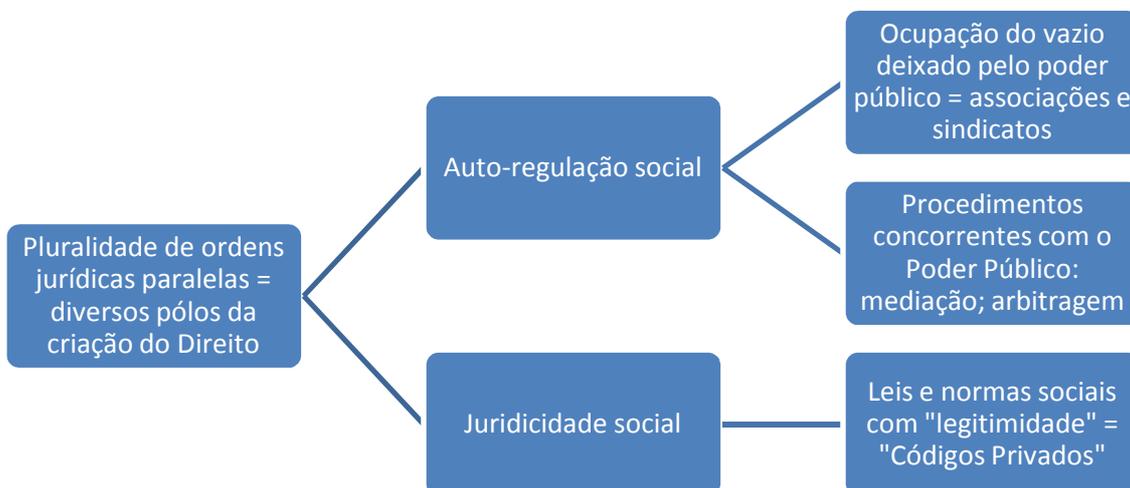


Por outro lado, segundo ELIANE JUNQUEIRA, as linhas que resultaram do que foi chamado de “processo de reinvenção” na verdade são tipos ideais construídos a partir da relação entre o alternativo e o ordenamento jurídico estatal tradicional, consoante esquema a seguir:

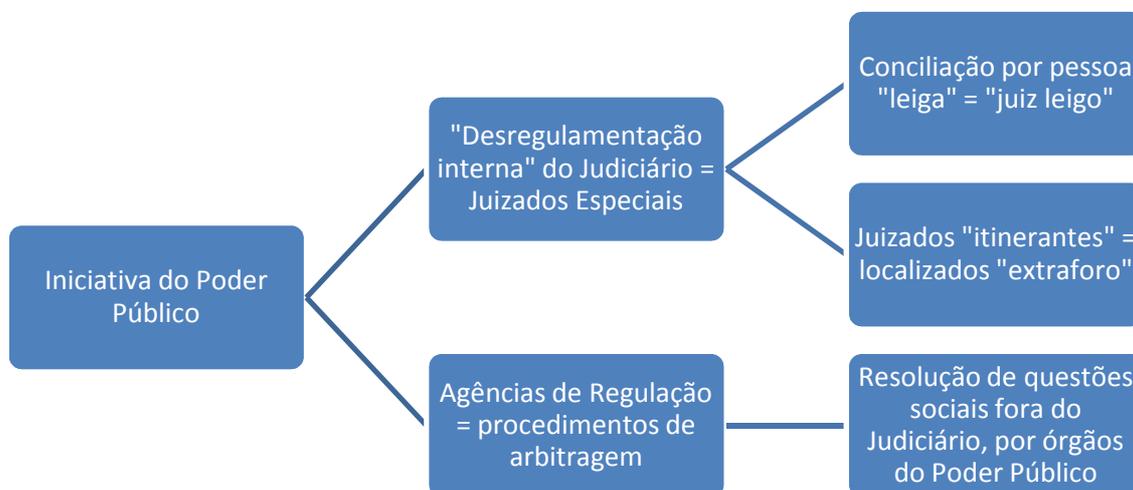
## a) Tipo ideal “Transformação da ordem”



## b) Tipo ideal “uso alternativo paralelo”



## c) Tipo ideal “complementação da justiça tradicional”



As tipologias demonstram, desse modo, que o Direito Alternativo foi um movimento social dentro do sistema jurídico e, ao sofrer o processo de reinvenção social, transmutou-se para um discurso jurídico, ora sustentado numa base marxista, ora fundado em teorias gramscianas, ora incluído numa “teoria crítica do Direito”.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Alternativo nasceu no Judiciário e se reinventou no Judiciário. Certamente não se poderia coletar os dados empíricos trabalhados nesta tese, nem expor uma análise científica sobre este fenômeno se não fosse abordado o papel do juiz na sociedade de “transição pós-democrática” (locução usada por JOSÉ EDUARDO FARIA, em seus pronunciamentos) e o imaginário jurídico sob o qual está submetido, qual seja, de representante da democracia e guardião da justiça.

Ainda que o Direito Alternativo tenha surgido sob a espécie de movimento social dentro do Direito, é correto afirmar que sua ideologia e seu projeto de “luta” e “revolução social” hoje traduz-se como pensamento jurídico. Mesmo que de forma “sutil” ou “quase imperceptível”, a visão do Direito que se visualiza na atual modernidade tem suas bases no alternativismo, sendo uma circunstância social quase que inevitável.

A proposta desta tese foi estabelecer uma análise sociológica do fenômeno do Direito Alternativo. Procurou-se, portanto, assumir a posição de investigador, e, na esteira do pensamento weberiano, buscar expor as análises da forma mais científica e isenta possível. Contudo, é possível, em momento conclusivo, modificar um pouco a linguagem científica e apresentar uma postura mais “parcial” e de opinião, fundada, sobretudo, nas impressões obtidas da pesquisa realizada nesta tese.

As linhas teóricas trabalhadas no Capítulo terceiro desta tese são a prova empírica da permanência do Direito Alternativo como doutrina e prática jurídica influenciadoras de opiniões, debates e decisões judiciais. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, que reconheceu a “união civil homoafetiva”, concedendo uma força jurídica e vinculação obrigatória da matéria para todo o sistema jurídico brasileiro, é, manifestamente, “uso alternativo do direito”, na medida em que, por critérios interpretativos, parte de princípios constitucionais e concede novo conteúdo à lei civil, ultrapassando a sua própria literalidade.

Outros casos concretos podem ser citados. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Desembargador Rui Portanova (um dos fundadores do Direito Alternativo) em recente decisão judicial reconheceu a existência concomitante e paralela de duas famílias, criando inclusive regras sucessórias de divisão de bens e instaurando, inclusive, uma espécie de “relativização” do princípio da monogamia, consubstanciado em regra jurídica presente no Código Civil. No campo do Direito Penal, juízes estaduais e federais estão tratando com rigor os chamados “delitos econômicos”, justamente para aplicar sanções penais (com conotação de reprovação pública de conduta social) a agentes políticos e pessoas públicas.

O problema fenomenológico presente no Direito Alternativo é, sem dúvida, a concepção social de Direito. Na sua linha mais radical (tanto do “positivismo de combate” como no “direito alternativo em sentido estrito”, ou na sua vertente ainda mais radical, do *direito achado na rua*), o alternativismo concebe o direito como produto da sociedade criado por ela mesma, consoante suas relações sociais, mutáveis consoante o período histórico vivido. Dessa forma, o direito “social” é válido desde logo, e não requer o “filtro” das instituições para ser reconhecido como Direito.

Essa concepção “social” do Direito pode levar a consequências políticas delicadas, como a desorganização social e a anarquia. Na medida em que se consideram como válidos dois direitos “paralelos”, certamente um dos dois irá perecer; e, nesse sentido, irá ter descrédito o direito que não seja fundado na “legitimidade política”, ou, mais precisamente, no “poder político”.

Essa é a razão pela qual o Direito Alternativo, ao fim do movimento dos anos 90, alinhou-se muito mais a uma concepção gramsciana de “guerra de posição” que propriamente uma visão marxista de conflito social. O direito paralelo, criado diretamente pela sociedade, *achado na rua*, só poderá prevalecer sobre o “outro direito”, estatal, fruto de uma relação política entre o social e o “representativo” (a sociedade e suas instituições), se “vencer” a guerra de posição, ou seja, se tomar a posição, no poder político, do direito vigente.

De certa forma, o Direito brasileiro vive uma fase de “guerra de posições”. Quase que todas as demandas pretendidas pelos movimentos sociais são atendidas pelas instituições políticas, principalmente pelo Judiciário. A recente determinação administrativa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ordenando a retirada de crucifixos das salas de sessões e audiências do Judiciário gaúcho, foi pretensão atendida por Associação de ativistas do “movimento feminista” (a “Liga das Lésbicas”), posto que, na “guerra de posição”, o lado institucional, então vencido, como medida de “autosobrevivência”, acolhe o pedido tendo em vista que não possui mais o poder político suficiente para oferecer alguma contraposição ou decidir em sentido contrário.

Assim, vive-se, no Direito brasileiro, hoje, o alternativismo, na sua forma reinventada e atualizada. Pensa-se que não é direito alternativo, mas esta tese procurou demonstrar que, na verdade, é. A aproximação do direito com a ideologia está cada vez maior, a ponto do jurista ser “tipificado” como “conservador” ou como “progressista”.

Dessa maneira, o alternativismo chegou ao seu ápice: não como movimento social, nem como grupo articulado de pressão, ou de “teoria jurídica”. Chegou ao *status* de discurso jurídico, ditado por aqueles que, no imaginário, estão na posição de dominação – os práticos do direito, até então vencidos, defensores da “parcialidade do juiz” e da desconstrução da noção de “lei” e “autoridade”.

Um exemplo de *discurso jurídico alternativo* reinventado ilustra esta idéia. Em recente pronunciamento de posse na presidência da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS, então espaço da gênese, nos anos 90, do Movimento do Direito Alternativo), em dezembro de 2011 (para o biênio 2012-2013), o magistrado Pio Giovani Dresch esboçou as seguintes afirmações:

“O neoliberalismo triunfante, que abominava o Estado de bem-estar, via no fim do perigo vermelho a oportunidade para que os direitos sociais fossem um a um abolidos” (mesmo *discurso* do “direito alternativo em sentido estrito” que tinha por fim a contraposição ao sistema econômico capitalista, de ideologia liberal).

“A supremacia era completa, o deus mercado reinava absoluto e seus profetas proclamavam o fim da história: estava construído para todo o sempre o mundo perfeito” (semelhante à postura dos alternativistas, os quais utilizam linguagem “poética” e “jogo de palavras” para exposição de ideias).

“O Judiciário não investe em infraestrutura para o crescimento, não constrói estradas ou hidrelétricas, nem patrocina programas sociais, mas, sob o império da Constituição de 1988, igualmente escancarou suas portas para os cidadãos” (visão do Judiciário como instituição representante da democracia de relação direta com o cidadão, em contraposição à visão de “instituição-serviço” do Poder Executivo).

“O Judiciário não pode ficar refém do Executivo, a quem cabe a prerrogativa de compor as Cortes Superiores, uma vez que a intervenção do Senado é meramente homologatória: a jurisprudência produzida por mais de quinze mil magistrados de carreira do País fica submetida a 11 ministros do Supremo Tribunal Federal nomeados sem qualquer participação do Judiciário” (mesmo *discurso* do Movimento alternativista italiano de “independência judicial” plena).

“Internamente, o Judiciário não pode ser governado exclusivamente por suas cúpulas, sem qualquer interferência dos demais magistrados e com enorme concentração de poder em uma única pessoa” (mesmo *discurso* dos magistrados alternativistas brasileiros que defenderam o fim das corregedorias internas no Judiciário e da “estratificação” por carreira).

“É isso que preconizamos: o Estado brasileiro, e o Judiciário como um de seus poderes, deve seguir a trilha apontada pela Constituição, aprofundando seu desejo democrático e realizando os direitos individuais e sociais nela afirmados”.

Por óbvio, questões como a independência do Judiciário, frente aos demais Poderes estatais; reestruturação interna dos juízes; o acesso à justiça; o juiz mais próximo do cidadão; são todas conquistas da democracia constitucional brasileira, e, por terem previsão normativa

na Constituição, constituem prerrogativas seguras da atividade judicial. Tampouco se nega a postura política do juiz, no sentido de pertencer a uma instituição política estatal e cujos atos tem consequências políticas, pois interferem diretamente nas condutas sociais e na forma de organização da sociedade. O que se procura alertar, nesta oportunidade, são os riscos da arbitrariedade judicial, e do comprometimento “exagerado” do juiz com causas sociais as quais também são prerrogativas das demais instituições políticas estatais.

Com todo o respeito ao discurso antes descrito, em nenhum momento o magistrado referiu à lei, ou à “defesa da lei”, ou, então, em “ação conjunta” das instituições políticas em prol da democracia brasileira. Da mesma forma, em nenhum momento o magistrado referiu-se a uma defesa da “ordem social” prescrita pelo direito, de modo a estabelecer relações sociais com sólida “durabilidade” (sem riscos de mutações incontroláveis e relativismo de condutas). E isso não é uma “visão conservadora”: é, também, constitucional, na medida em que também são princípios constitucionais a “ordem” e o “respeito à lei”.

Ao contrário, o magistrado, no discurso acima, sempre referiu-se a sua atividade como juiz, e membro do Poder Judiciário, com base na Constituição. O “imaginário jurídico” do neoconstitucionalismo é, assim, manifesto. O juiz intérprete da Constituição “denuncia” situações políticas, sociais e econômicas do país em que exerce sua atividade jurisdicional, mas “esquece” da legislação positiva que regem as relações e que precisa ser respeitada, principalmente, pelo próprio intérprete.

Importante referir um dado interessante. Em diálogo com um sacerdote – sobre assuntos tratados nesta tese – houve o seguinte questionamento, por parte desse: “e o direito alternativo, não trouxe nada de bom?”

Talvez o retorno ao “sentimento de justiça”, esquecido no pensamento positivista “kelseniano”, tenha sido o dado mais positivo. Com efeito, todo o jurista busca a justiça; se não fosse assim, então realmente todo o jurista teria de ser, efetivamente, um “operador” do direito, um “técnico”, um “observador”, “descomprometido”, com atuação desinteressada,

deixando a “justiça” para ser efetivada diretamente pela sociedade ou pelas demais instituições políticas.

Com isso, dentro de uma visão de “justiça”, o jurista acaba, inevitavelmente, por posicionar-se. De certa forma, o direito tem relação estreita com a política; e, nesse sentido, o jurista certamente possui algum pensamento ideológico, alguma formação educacional, da qual não poderá olvidar-se ou, de forma absoluta, neutralizar-se.

Ocorre que nessa busca da “efetivação” da justiça deve-se tomar posição, também, quanto à uma certa “visão” da justiça. Sendo a justiça entendida como uma virtude a ser alcançada, mediante um esforço do jurista de considerar a existência de uma decisão correta, a qual procura realizar alguma “distribuição”, “divisão comutativa” ou, até, “divisão social”, certamente o intérprete dessa noção de justiça terá uma posição definida mais afeita ao direito e à sua concepção essencial. No entanto, entendendo o jurista que a justiça é uma pré-concepção determinada por uma circunstância fática econômico-social e fundada em certa ideologia de pensamento, então, o direito estará absolutamente submetido à política ideológica, perdendo, assim, o seu caráter essencial de ser a *arte do bom e do justo*.

Nada acontece por acaso. A ocorrência do Direito Alternativo, e o seu processo de reinvenção, talvez esteja determinando uma própria reinvenção do direito “conservador”, ou do próprio “positivismo jurídico” ou, até, da concepção da justiça como virtude. O importante é, apesar das mudanças sociais, e do surgimento de novas linhas de pensamento, não perder a essência do direito, que é a busca pelo agir corretamente e justamente. Se é que podemos falar ainda, hoje, em “agir de forma correta”....

**BIBLIOGRAFIA**

ABEL, Richard, KENNEDY, Duncan. “Critical Legal Studies” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 190 a 197.

ANDRADE, Lédio Rosa de. “Prefácio”. **Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu**. Organização: Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. xi a xiv.

\_\_\_\_\_. “Processo social alternativo”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 80 a 94.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ANDRIEU-ASSIER, Louis. **O Direito nas sociedades humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcante de. “Subjetividade do Outro, Processo de Libertação e Construção de Direitos no Contexto Latino-Americano”. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Organização: Antonio Carlos Wolkmer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 211 a 228.

ARNAUD, André-Jean, BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. “Direito Alternativo” - Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11 a 23.

\_\_\_\_\_. “O jurista no alvorecer do século XXI”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 25 a 41.

\_\_\_\_\_. **O Direito traído pela filosofia**. Tradução: Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. “Apresentação”. **Lições de Direito Alternativo do Trabalho**. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 07 a 13.

\_\_\_\_\_. “Apresentação”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 07 a 10.

\_\_\_\_\_. “Direito Alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 159 a 177.

\_\_\_\_\_. “Perfil Sociológico do Judiciário no Brasil”. **Revista do SAJU**. Nº 02. Porto Alegre: UFRGS, setembro de 1992, p. 19 a 31.

\_\_\_\_\_. “Sociologia do Direito. Obstáculos e Desafios à legalidade científica”. **Revista de Direito do CESUSC**. Nº01, julho-dezembro de 2006, p. 29 a 35.

ATIENZA, Manuel, ARNAUD, Nicolas O. “Jurisdicidade” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 433 a 437.

\_\_\_\_\_, MANERO, Juan Ruiz. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. **Revista Isonomía**. Nº 27, Madri, outubro de 2007, p. 07 a 28.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Nº 17. Bahia, janeiro-fevereiro de 2009, p. 01 a 19. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 10 de março de 2011.

BANKOWSKI, Zénon K. “Anarquista (Visão – do direito)” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 30 a 31.

BARCELLONA, Pietro. **Dallo Stato sociale allo Stato immaginario. Critica della “ragione funzionalista”**. Turim: Bollati Boringhieri, 1994.

BARRETTO, Vicente, PAIM, Antonio. **Evolução do Pensamento Político Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1989.

BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”. **Revista Jurídica da Presidência.** V. 12, nº 96, Brasília, fevereiro-maio de 2010, p. 03 a 41.

\_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. **Themis - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.** Fortaleza, 2009, p. 13 a 100.

\_\_\_\_\_. Vinte anos da Constituição do Brasil de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. **Constituição de 1988 – O Brasil 20 anos depois. Os alicerces da Redemocratização.** Vol. 1. Organizadores: Bruno Dantas, Eliane Cruxên, Fernando Santos, Gustavo Ponce de Leon Lago. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 91 a 113.

BELLEY, Jean-Guy. “Pluralismo Jurídico” - Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito.** Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 585 a 589.

BIRNBAUM, Pierre, CHAZEL, François. **Teoria Sociológica.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977.

BITTAR, Eduardo C.B. “A Ética dos Direitos Humanos”. **Direitos Humanos, Democracia e República.** Organizadores: Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici, Claudinei de Melo. São Paulo: Quartier Latin Editora, 2009, p. 348 a 380.

BLANKERBURG, Erhard. “Cultura Jurídica” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito.** Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 197 a 200.

BOLLMANN, Vilian. “Desatando os nós do neoconstitucionalismo brasileiro”. **Revista Sequência.** Nº 58, jul 2009, p. 185 a 232.

BORON, Atilio A. “Las ciencias sociales en la era neoliberal. Entre la academia y el pensamiento crítico”. **Mundialização e Sociologia Crítica da América Latina.** Organização: José Vicente Tavares dos Santos. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2009, p. 109 a 144.

BUZANELLO, José Carlos. “Direito de resistência e legalidade”. **Perspectivas sociológicas do Direito: 10 anos de pesquisa**. Organização: OAB/RJ. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995, p. 59 a 84.

CALERA, Nicolas Lopez, ARNAUD, André-Jean. “Alternativo (Uso – do direito)” - Verbetes. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23 a 25.

\_\_\_\_\_. “Morreu o Uso Alternativo do Direito?”. Tradução: Amílton Bueno de Carvalho. **Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu**. Organização: Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 23 a 32.

CAPELLER, Wanda de Lemos. “Fênix e o eterno retorno: a dialética entre a ‘imaginação criminológica’ e a força do Estado”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 63 a 79.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. “O Poder Judiciário, o Juiz e a Lei”. **Revista de Direito Alternativo**. Organização: Amílton Bueno de Carvalho. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CARVALHO, Amílton Bueno de. “Direito Alternativo – Breve Reflexão”. **Revista do SAJU**. Nº 01, 3ª ed. Porto Alegre: UFRGS, novembro de 1992, p. 33 a 35.

\_\_\_\_\_. “Flexibilização X Direito Alternativo”. **Lições de Direito Alternativo do Trabalho**. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 75 a 80.

\_\_\_\_\_. “O novo juiz”. **Livro de Estudos Jurídicos**. Organização: James Tubenclak e Ricardo Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 247 a 251.

\_\_\_\_\_. **Direito Alternativo em movimento**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Alternativo na Jurisprudência**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria e prática do Direito Alternativo**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. “O preâmbulo e a prescritividade constitutiva dos textos jurídicos”. **Constituição de 1988 – O Brasil 20 anos depois. Os alicerces da Redemocratização**. Vol. 1. Organizadores: Bruno Dantas, Eliane Cruxên, Fernando Santos, Gustavo Ponce de Leon Lago. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 434 a 451.

CARVALHO, Salo de. “Criminologia e democratização”. **Revista do SAJU**. Nº 02. Porto Alegre: UFRGS, setembro de 1992, p. 40 a 41.

\_\_\_\_\_. “Direito Alternativo – uma releitura do fenômeno jurídico”. **Livro de Estudos Jurídicos**. Organização: James Tubenclak e Ricardo Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 147 a 155.

\_\_\_\_\_. “Garantismo e Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Aportes iniciais”. **Direitos Humanos e Democracia na Era Global – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009, p. 127 a 148.

CASTRO JUNIOR, Torquato. “Jurisprudência dos Interesses” – Verbete. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 487 a 489.

CHACON, Vamireh. **História das Idéias Sociológicas no Brasil**. São Paulo: USP, 1977.

CHAGAS, Sílvio Donizete. “Apresentação – Repensando o Direito Civil”. **Lições de Direito Civil Alternativo**. Organização: Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 07 a 10.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

COLPANI, Clovis Lopes. “Teologia da Libertação e Teoria dos Direitos Humanos”. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Organização: Antonio Carlos Wolkmer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179 a 209.

COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico. Tradução: Miguel Carbonell. **Revista Isonomía**. Nº 16, abril de 2002, p. 89 a 112.

COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social do jurista no Brasil Contemporâneo”. **Revista dos Tribunais**. V.670, ano 80, São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 1991, p. 07 a 13.

CORREAS, Oscar. “Derecho Alternativo: Elementos para una definición”. **Lições de Direito Alternativo do Trabalho**. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 15 a 28.

\_\_\_\_\_. “Marxismo e Derecho en América Latina, hoy”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 145 a 158.

DALLARI, Dalmo de Abreu. “Educação e Preparação para a cidadania”. **Direitos Humanos, Democracia e República**. Organizadores: Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici, Claudinei de Melo. São Paulo: Quartier Latin Editora, 2009, p. 324 a 345.

DUARTE, José Florentino. **O Direito como fato social**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1982.

ENGELMANN, Fabiano. A “judicialização da política” e a “politização do Judiciário” no Brasil: Notas para uma abordagem sociológica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Vol.22. Porto Alegre, UFRGS, set/2002.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Campo Jurídico: Juristas e Usos do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. “Primeira Sentença”. **Revista do SAJU**. Nº 01, 3ª ed. Porto Alegre: UFRGS, novembro de 1992, p. 57 a 61.

FACHIN, Luis Edson. “O Novo Direito Civil: naufrágio ou porto?”. **Lições de Direito Civil Alternativo**. Organização: Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 72 a 75.

FARIA, José Eduardo, CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. “O Ensino Jurídico”. **Anais da Comissão de Ciência e ensino jurídico do Conselho Federal da OAB**. 1993, p. 153 a 163.

\_\_\_\_\_. “O magistrado e a sua sindicalização”. **Revista do SAJU**. nº 02. Porto Alegre: UFRGS, setembro de 1992, p. 15 a 18.

\_\_\_\_\_. **A Efetividade do Direito na Pós-Transição Democrática**. *Paper* apresentado no *workshop* “O papel do Direito nos processos de pós-transição democrática”, no *International Institute for the Sociology of Law*, em julho de 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito e Conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Ato de julgar e senso de justiça”. **Direitos Humanos, Democracia e República**. Organizadores: Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici, Claudinei de Melo. São Paulo: Quartier Latin Editora, 2009, p. 928 a 954.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Tópica” - Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 791 a 794.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “Notas sobre o Direito Constitucional Pós-Moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira”. **Systemas – Revista de Ciências Humanas e Econômicas**. V.02, nº 01, ano 2010, p. 101 a 118.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FLORES, Joaquín Herrera. “Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência”. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Organização: Antonio Carlos Wolkmer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 359 a 385.

FRIEDMAN, Lawrence M., BELLEY, Jean-Guy. “Jurisdicização” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 437 a 440.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário.** Lisboa, Instituto Piaget, 1997.

GENRO, Tarso Fernando. “Direito e Marxismo”. **Lições de Direito Alternativo.** V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 11 a 14.

\_\_\_\_\_. “Em defesa do poder normativo e da reforma do Estado”. **Lições de Direito Alternativo do Trabalho.** Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 147 a 151.

\_\_\_\_\_. “Os juízes contra lei”. **Revista do SAJU.** Nº 01, 3ª ed. Porto Alegre: UFRGS, novembro de 1992, p. 25 a 32.

GESSNER, Wolkmer, VAN DE KERCHOVE, Michel. “Conflito” - Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito.** Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 131 a 135.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Porto Alegre: Artmed, 2005.

GOMES, Orlando. **Marx e Kelsen.** Bahia: Publicações da Universidade da Bahia, 1959.

GONZÁLEZ, José Calvo. “La Fragilidad de los derechos”. **Sociologia del Diritto. Revista Quadrimestrale.** Vol. XXXIII, ano 2, Milão, 2006, p. 53 a 70.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Pequena História do Aproveitamento da Força de Trabalho Humano”. **Lições de Direito Alternativo do Trabalho.** Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 178 a 195.

GUIBENTIF, Pierre. “Imaginário social” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito.** Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 390 a 393.

HENDLER, Edmundo S. “Justiça Penal e conflito social”. **Livro de Estudos Jurídicos.** Organização: James Tubenchlak e Ricardo Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 216 a 246.

HENRY, Jean-Robert. “Imaginário Jurídico” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 388 a 390.

HERKENHOFF, João Baptista. **O Direito dos Códigos e o Direito da Vida**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

HUNT, Alan, GENRO, Tarso. “Marxista (Abordagem – do direito)”. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 480 a 484.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. “Memórias Precoces”. **Perspectivas sociológicas do Direito: 10 anos de pesquisa**. Organização: OAB/RJ. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995, p. 03 a 19.

\_\_\_\_\_. “O Alternativo regado a vinho e a cachaça”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 95 a 114.

LAFER, Celso. “Estado Laico”. **Direitos Humanos, Democracia e República**. Organizadores: Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici, Claudinei de Melo. São Paulo: Quartier Latin Editora, 2009, p. 226 a 228.

LAUTMANN, Rüdiger. **Sociología y Jurisprudencia**. México: Distribuciones Fontamara, 1997.

LEDUR, José Felipe. “Perspectivas para a democratização do Poder Judiciário do Brasil”. **Revista do SAJU**. Nº 02. Porto Alegre: UFRGS, setembro de 1992, p. 07 a 10.

LIMA, Miguel Alves. “O ‘Direito Alternativo’ e a dogmática jurídica”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 42 a 54.

LOBO, Paulo Luiz Neto. “Direito Civil Alternativo”. **Lições de Direito Civil Alternativo**. Organização: Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 11 a 19.

LÖEF, Milton. “O Direito Alternativo I”. **Revista do SAJU**. Nº 01, 3ª ed. Porto Alegre: UFRGS, novembro de 1992, p. 14 a 15.

LOSANO, Mario G. “La Ley y la Azada: Orígenes y Desarrollo del Derecho Alternativo en Europa y en Sudamérica”. Tradução: Andrea Greppi. **Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu**. Organização: Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 55 a 122.

MAAR, Wolfgang Leo. “Ética e Revolução”. **Direitos Humanos, Democracia e República**. Organizadores: Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici, Claudinei de Melo. São Paulo: Quartier Latin Editora, 2009, p. 976 a 982.

MACEDO, Elaine Harzheim. “Juiz não alternativo – Entrevista”. **Revista do SAJU**. Nº 01, 3ª ed. Porto Alegre: UFRGS, novembro de 1992, p. 53 a 56.

MANNHEIM, Karl. **Ideologia e Utopia. Introdução à sociologia do conhecimento**. Porto Alegre: Editora Globo, 1952.

MARIE, Jean-Bernard. “Direitos Humanos” - Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 271 a 274.

MELLO, Celso Albuquerque D. “Direitos Humanos no Brasil” - Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 275 a 276.

MELLO, Marco Aurélio. “O Estado Democrático de Direito e as minorias”. **Constituição de 1988 – O Brasil 20 anos depois. Os alicerces da Redemocratização**. Vol. 1. Organizadores: Bruno Dantas, Eliane Cruxên, Fernando Santos, Gustavo Ponce de Leon Lago. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 420 a 433.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

\_\_\_\_\_. “Crítica do Direito” - Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 188 a 190.

MIRANDA ROSA, Felipe Augusto. **Sociologia do Direito. O fenômeno jurídico como fato social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

NÚÑEZ, Manuel A. “Una Introducción al Constitucionalismo Postmoderno y al pluralismo constitucional”. **Revista Chilena de Derecho**. V. 31, nº 01, 2004, p. 115 a 136.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **A verdadeira face do Direito Alternativo**. Curitiba: Juruá Editora, 1995.

OLIVEIRA, Luciano. “Ilegalidade e Direito Alternativo: Notas para evitar alguns equívocos”. **Anais da Comissão de Ciência e ensino jurídico do Conselho Federal da OAB**. 1993, p. 191 a 200.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. “Ética da Libertação em Enrique Dussel”. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Organização: Antonio Carlos Wolkmer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 89 a 137.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. “Revisitando Max Weber. Em busca de raízes de diversidade cultural e do pluralismo jurídico”. **Faces do Multiculturalismo**. Dezembro de 2007, p. 85 a 106.

OST, François. “Ciência do Direito” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 91 a 96.

PALAZZO, Francesco. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PARGENDLER, Ary. “O Direito Alternativo II”. **Revista do SAJU**. Nº 01, 3ª ed. Porto Alegre: UFRGS, novembro de 1992, p. 16 a 18.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. “Um discurso jurídico-político alternativo”. **Livro de Estudos Jurídicos**. Organização: James Tubenclak e Ricardo Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 295 a 302.

PEREIRA, Simone Ambros. “O Estado, os movimentos populares e a construção dos direitos da cidadania”. **Revista do SAJU**. Nº 01, 3ª ed. Porto Alegre: UFRGS, novembro de 1992, p. 36 a 38.

PERRIN, Jean-François. “Direito Livre (Escola do)” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 257 a 259.

PINTO, João Batista Moreira. “A ação instituinte dos novos movimentos sociais frente à lei”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 15 a 25.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

POZZOLO, Suzanna, DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

\_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. **Doxa**. V. 21, ano II, 1998, p. 339 a 353.

PRESSBURGER, Miguel. “Direito, a alternativa”. **Perspectivas sociológicas do Direito: 10 anos de pesquisa**. Organização: OAB/RJ. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995, p. 21 a 35.

\_\_\_\_\_. “Direitos Humanos e serviços legais alternativos”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 55 a 62.

PUGGINA, Márcio de Oliveira. “Juiz Alternativo - Entrevista”. **Revista do SAJU**. Nº 01, 3ª ed. Porto Alegre: UFRGS, novembro de 1992, p. 49 a 52.

QUINTANA, Fernando. “Direitos Humanos, Política e Consolidação democrática no Brasil. Estudo de caso: o ‘Movimento Nacional de Direitos Humanos’”. **Perspectivas sociológicas do Direito: 10 anos de pesquisa**. Organização: OAB/RJ. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995, p. 97 a 116.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. **Sociologia do Direito: A magistratura no espelho**. Porto Alegre: Unisinos, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. “A racionalidade jurídica e o ensino do direito”. **Anais da Comissão de Ciência e ensino jurídico do Conselho Federal da OAB**. 1993, p. 181 a 189.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. “Direito com que Direito?”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 178 a 204.

ROULAND, Norbert. “Pluralismo Jurídico (Teoria Antropológica)” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 589 a 590.

RUBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera. “Aproximação ao Direito Alternativo na Ibero-América”. Tradução: Salo de Carvalho. **Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu**. Organização: Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 01 a 21.

\_\_\_\_\_. “Direitos Humanos, Ética da Vida Humana e Trabalho Vivo”. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Organização: Antonio Carlos Wolkmer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 139 a 177.

\_\_\_\_\_. “Filosofía de la liberación y derecho alternativo. Aplicaciones concretas para una apertura de diálogo”. **Crítica Jurídica**. Nº 05, UNAM, 1994.

\_\_\_\_\_. “Sobre o Direito Alternativo. Absolutização do Formalismo, Despotismo da Lei e Legitimidade”. Tradução: Lédio Rosa de Andrade. **Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu**. Organização: Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 123 a 158.

SAAVEDRA, Modesto. “Estado Constitucional e Direito Alternativo”. Tradução: Amílton Bueno de Carvalho. **Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu**. Organização: Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 33 a 54.

\_\_\_\_\_. “Presentación desde Europa”. **Direito Alternativo Brasileiro e Pensamento Jurídico Europeu**. Organização: Amílton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. xv a xxvii.

SADER, Emir. “O pensamento crítico latino-americano”. **Mundialização e Sociologia Crítica da América Latina**. Organização: José Vicente Tavares dos Santos. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2009, p. 101 a 106.

SALDANHA, Nelson. **História da Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. “Dignidade da pessoa humana e abertura material do catálogo de Direitos fundamentais na Constituição de 1988: algumas aproximações”. **Direitos Humanos, Democracia e República**. Organizadores: Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici, Claudinei de Melo. São Paulo: Quartier Latin Editora, 2009, p. 522 a 547.

\_\_\_\_\_. “Efeito Vinculante e Deforma do Judiciário”. **Revista do SAJU**. V. 04, nº 01. Porto Alegre: UFRGS, 2003, p. 09 a 14.

SCAPINI, Marcos Antonio Bandeira. “Segunda Sentença”. **Revista do SAJU**. Nº 01, 3ª ed. Porto Alegre: UFRGS, novembro de 1992, p. 62 a 64.

SHAPIRO, Martin, STONE SWEET, Alec. The New Constitutional Politics of Europe. **Comparative Political Studies Review**, n. 26, 1994.

SILVA, Cláudio Barros. “Direito Alternativo: uma reflexão crítica”. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. V. 01, nº 29, Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1993, p. 232 a 237.

SILVA, José Afonso da. “Os Direitos Humanos no Brasil”. **Livro de Estudos Jurídicos**. Organização: James Tubenchlak e Ricardo Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 369 a 385.

SILVEIRA, Paulo. “O Judiciário e a República Democrática-Popular”. **Revista do SAJU**. Nº 02. Porto Alegre: UFRGS, setembro de 1992, p. 47 a 50.

SOARES, Celso. “Os caminhos de um direito insurgente”. **Lições de Direito Alternativo do Trabalho**. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 93 a 113.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. “Fundamentos ético-jurídicos do direito de comer”. **Revista do SAJU**. V. 02, nº 01. Porto Alegre: UFRGS, dezembro de 1999, p. 59 a 69.

\_\_\_\_\_. **O Direito Achado na Rua**. Material Didático do Curso de Extensão Universitária a Distância da UNB. Brasília: Editora da UNB, 1988.

\_\_\_\_\_. **Direito como Liberdade: O Direito achado na Rua. Experiências populares emancipatórias na criação do direito**. Tese de Doutorado na Universidade de Brasília. Brasília: 2008, 338 p.

\_\_\_\_\_, PINHEIRO, José Ernanne, DINIS, Melillo, SAMPAIO, Plínio de Arruda, CNBB. **Ética, Justiça e Direito: Reflexões sobre a reforma do Judiciário**. Petrópolis: Vozes, 1997.

SOUTO, Cláudio. **Introdução ao Direito como ciência social**. Brasília: Editora da UNB, 1971.

\_\_\_\_\_. **Tempo do Direito Alternativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre: 2000.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**. Número III. Porto Alegre: UFRGS, março de 2005.

\_\_\_\_\_. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

STRECK, Lênio Luis. “Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. V.01 (I). Porto Alegre: Unisinos, janeiro-junho de 2009, p. 65-77.

\_\_\_\_\_. “A necessária constitucionalização do direito: o óbvio a ser desvelado”. **Revista do SAJU**. V. 01, nº 01. Porto Alegre: UFRGS, dezembro de 1998, p. 202 a 218.

TAIBI, Pietro Sferrazza. “La Teoría Jurídica Crítica de Luigi Ferrajoli”. **Papeles de Teoría e Filosofía del Derecho**. Nº 11. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, 2010, p. 01 a 16.

TESHEINER, José Maria Rosa. “Democratização do Poder Judiciário”. **Revista do SAJU**. Nº 02. Porto Alegre: UFRGS, setembro de 1992, p. 11 a 14.

\_\_\_\_\_. “Poder Judiciário”. **Revista do SAJU**. Nº 01, 3ª ed. Porto Alegre: UFRGS, novembro de 1992, p. 19 a 24.

TREVES, Renato. **Introducción a la Sociología del Derecho**. Madrid: Taurus Ediciones, 1985.

\_\_\_\_\_. **La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas**. Barcelona: Ariel Editorial, 1988.

TRINDADE, Hélió. “Ciências Sociais no Brasil em perspectiva: fundação, consolidação e expansão”. **As Ciências Sociais na América Latina em perspectiva comparada; 1930-2005**. Organização: Hélió Trindade. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006, p. 71 a 159.

TROPER, Michel, MACEDO, Ubiratan Borges. “Constitucionalismo” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 147 a 149.

\_\_\_\_\_. “Positivismo” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 607 a 610.

VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon: Introduction. **International Political Science Review. The Judicialization of Politics**, Vol.15, N.2, Butterworth-Heinemann Editor, Abril/1994.

VANDYCKE, Robert. “Movimento Social” – Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 508 a 511.

VELÁZQUEZ, Jorge Ojeda. “El (neo) constitucionalismo: fase superior del iusnaturalismo jurídico”. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**. N.29, Perú, p. 151 a 167.

VIEIRA, José Ribas. “O Judiciário e a democratização adiada: alternativas”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 115 a 125.

WARAT, Luis Alberto. “Confissões Pedagógicas diante da crise do ensino jurídico”. **Anais da Comissão de Ciência e ensino jurídico do Conselho Federal da OAB**. 1993, p. 201 a 207.

\_\_\_\_\_. “Senso Comum” - Verbete. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Organização: André-Jean Arnaud. Tradução: Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 714 a 717.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México, Fondo de Cultura Econômica, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz. A judicialização da política no Brasil. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo, Marcelo Baumann Burgos. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. “Crise do Direito, Mudança de Paradigma e Ensino Jurídico Crítico”. **Anais da Comissão de Ciência e ensino jurídico do Conselho Federal da OAB**. 1993, p. 73 a 76.

\_\_\_\_\_. “Direito Comunitário Alternativo: Elementos para um ordenamento teórico-prático”. **Lições de Direito Alternativo**. V.2. Organização: Edmundo Lima de Arruda Junior. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 126 a 144.

\_\_\_\_\_. “Fundamentos da Crítica no Pensamento Político e Jurídico Latino-Americano”. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Organização: Antonio Carlos Wolkmer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 01 a 46.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. “Reincidência: um conceito do Direito Penal Autoritário”. **Livro de Estudos Jurídicos.** Organização: James Tubenclak e Ricardo Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 49 a 60.