

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 37 • nº 147
julho/setembro – 2000

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A efetivação dos direitos humanos por meio do Direito Alternativo e do uso alternativo do Direito

Geilza Fátima Cavalcanti

Antes de adentrarmos o tema central do presente estudo, urge distinguir o Direito Alternativo do “Uso alternativo do Direito”. Ambos tiveram sua origem decorrente de crises econômicas, mas trouxeram como consequência conflitos distintos, com soluções igualmente diferenciadas.

O uso alternativo do direito tem seu berço na Europa¹, onde se pretendeu alcançar a justiça por meio de uma atitude inovadora de alguns juízes. O movimento voltou-se para a postura dos juízes e sua função social, elevando-os à condição de “verdadeiros protagonistas da justiça”², preocupando-se com sua formação, que deveria deixar de ser estritamente legal e formal, como normalmente o é, para passar a ser voltada aos problemas e anseios da sociedade, pois o juiz, por ser um agente político, tem igualmente uma função dessa natureza.

O Direito Alternativo, por outro lado, tem sua origem na América Latina, principalmente a partir da década de oitenta, e é marcado por ter como protagonista dos ideais de justiça não o juiz, mas a própria comunidade, que é incentivada a lutar e adotar medidas práticas que possibilitem a defesa de seus direitos, especialmente os humanos, independentemente da garantia dada a estes pela ordem jurídica.

O Direito Alternativo é a estruturação de um novo movimento crítico que não se constituiu, ainda, uma escola jurídica ou um movimento homogêneo. Não é ele também uma

Geilza Fátima Cavalcanti é Mestranda em Direito Público pela UFPE, com concentração em Direitos Humanos Fundamentais, Professora das Faculdades de Direito da Universidade Paulista – UNIP e do Centro de Ensino Superior Unificado de Brasília – CESUBRA.

negação dos demais movimentos críticos do Direito; pelo contrário, é a sua consequência prática mais perceptível.

Assim, esse movimento não se prende à conscientização do jurista, mas sim da própria comunidade, informando-a para que participe mais ativamente para concretizar uma sociedade mais democrática e justa.

Nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer³, “o Direito Alternativo latino-americano passa do monopólio do juiz ou do jurista para o domínio, o conhecimento e a prática popular”.

No entanto, também no Uso Alternativo do Direito europeu o movimento brasileiro foi buscar guarida, principalmente para justificar a prática dos juízes alternativos.

O Direito Alternativo, em relação à maioria dos movimentos críticos anteriores, inova. Ele faz uma opção pelos mais fracos – a classe dominada – a fim de fazer com que o Direito seja um instrumento de luta. De outro lado, traz uma proposta maior, de construir uma sociedade mais justa. Não é um projeto simplesmente jurídico, mas sim político, econômico e, principalmente, social.

“A expressão usos do direito deve englobar três níveis de juridicidade e de lutas: 1) A luta no plano dos direitos institucionalizados, e negados (nível do instituído sonogado); 2) A luta no plano das releituras hermenêuticas de dado comando jurídico passível de fundamentações alternativas (chamado uso alternativo do direito e que denomino de nível do instituído relido); 3) A luta no plano dos direitos não institucionalizados, negados, reprimidos (chamado Direito Alternativo, expressão do pluralismo jurídico, que chamo de nível do instituinte negado, típico dos movimentos sociais)”⁴.

Feita essa distinção, passaremos ao tema usando as expressões com o sentido supra-explicitado para cada uma delas.

À primeira vista, tem-se que a previsibilidade do sistema é uma necessidade para a

garantia dos direitos individuais, em outras palavras, leis duradouras, que possibilitassem até mesmo um maior conhecimento por parte da população, efetivariam a garantia dos direitos dos cidadãos. Mas, por outro lado, a paralisação normativa, isto é, a manutenção da essência do sistema, traz como consequência a paralisação do Judiciário, que por seu turno revela a estagnação da sociedade.

Essa necessária coerência do sistema jurídico não pode exigir que o juiz seja jogado para fora do processo de criação do Direito, em um rígido sistema de tripartição dos poderes, posto que o próprio ordenamento traz em seu bojo aberturas explícitas para amparar os julgamentos *contra legem* no caso concreto, a fim de garantir observância aos direitos humanos, que se constituem princípios basilares do Estado.

O que se pretende provar é que o juiz está autorizado a eventualmente julgar contra determinadas normas jurídicas que contrariem os princípios gerais do Direito, em que estão contidos os direitos humanos, a fim de preservar a essência do sistema e de garantir que tenha sido realizada justiça.

Na clássica lição de São Tomás de Aquino, justiça é dar a cada um o que lhe é devido, noção atualmente considerada insatisfatória pelos alternativistas, pois significaria dar ao rico a riqueza, ao pobre a pobreza, ao miserável a miséria e assim por diante. Desta feita, acrescentou-se a ela o ideal de igualdade, entendendo-se que a verdadeira justiça só pode ser efetiva quando observado esse princípio, que nada mais é do que outro direito humano. Assim, hodiernamente, justiça poderia ser considerada como sendo a virtude de dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade simples ou proporcional.

Segundo John Rawls⁵, a justiça é a virtude primeira de qualquer instituição social, devendo estar presente em todas elas para lhes dar legitimidade, pois “leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou aboli-

das se são injustas”. Mais adiante⁶, afirma o mesmo autor que “as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos”, ou seja, quando os direitos fundamentais, que são o alicerce de qualquer Estado Democrático de Direito, são garantidos a todos os membros da sociedade igualmente e, ao mesmo tempo, respeitados, exercidos. “O objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais”, conclui ele.

Prega-se, então, com o uso alternativo do Direito, um possível abandono da obediência cega e extremada à legalidade, chamada por Tarso Fernando Genro⁷ de *fetichê*, com o objetivo maior de garantia dos direitos humanos, pois esta implica a realização da justiça. Pode-se afirmar que essa mesma finalidade está presente nas obras dos maiores defensores da corrente jusnaturalista. Seria a justiça, vista pela ótica da defesa da eficácia dos direitos humanos, então, o ponto de convergência das doutrinas jusnaturalistas e alternativistas.

Esse abandono da legalidade não implicaria, de forma alguma, uma violação ao princípio da separação dos poderes por estar o Judiciário usurpando a esfera de competências do Legislativo, como poder-se-ia questionar. Ora, ao julgar com base em parâmetros supralegais, o juiz não está legislando, pelo contrário, está obedecendo ao comando legal oriundo do Poder Legislativo de complementar o sistema em caso de omissão do mesmo.

Segundo o mesmo autor⁸, “o suporte ideológico do julgamento, sempre e absolutamente segundo a lei, é a defesa de uma determinada hierarquia de valores e normas dentro do sistema, mas não é a única possibilidade do juiz no interior do sistema”, isso porque ele próprio prevê mecanismos alternativos, tais como a integração de lacunas, termo bastante vago, por meio da utilização

da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito (Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 4º).

Interessante nesse ponto se fazer um leve apanhado histórico. O dispositivo legal supracitado tem sua inspiração direta no art. 4º do Código de Napoleão, que assim dispunha: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

Em face de algum desses obstáculos, o juiz não se poderia escusar de resolver o caso concreto. Pelo contrário, os adeptos da Escola Exegética de Interpretação salientavam que em tal circunstância o juiz deveria buscar a solução

“no interior do próprio sistema legislativo (recorrendo à aplicação analógica ou aos princípios gerais do ordenamento jurídico) ou no exterior desse sistema, deduzindo-a de um juízo pessoal de equidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo – o moral ou aquele do direito natural – distinto do sistema do direito positivo). Os modernos teóricos do direito chamam a primeira de *auto-integração* e a segunda de *hetero-integração* do ordenamento jurídico. A solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, por meio da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador implica, portanto, um outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da *completitude* do ordenamento jurídico”⁹.

No entanto, a auto-integração não se mostra sempre eficiente, e Norberto Bobbio (op. cit.) chega a afirmar que a *mens legis* com

o art. 4º do Código Napoleônico era exatamente a de deixar ao juiz a possibilidade de criar o Direito, pois o fenômeno do Direito não se reduz à lei, principalmente tendo em vista as constantes transformações por que passa a sociedade, sem que seja devidamente acompanhada pelas reformas legislativas.

Para confirmar a tese, argumenta o autor¹⁰:

“Que a intenção dos redatores do art. 4º fosse a de deixar uma porta aberta ao poder criativo do juiz ressalta claramente do teor do art. 9º do *Livro preliminar* do projeto (artigo que foi eliminado no texto definitivo por obra do Conselho de Estado): ‘Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva’”.

Ora, entre os métodos de integração de lacunas, podemos ressaltar os “princípios gerais do direito” como aquele que mais propicia a criação do Direito por parte dos juizes, pois o termo comporta várias interpretações por ser indeterminado. Podem ser conceituados como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quando o de sua atualização prática”¹¹. Completa André Franco Montoro¹² a noção: “ao falar em princípios gerais do direito, dissemos que *esse conceito corresponde aos princípios de justiça*”.

Encontra-se aqui a legitimidade, o fundamento do Direito Alternativo ou do “Uso alternativo do Direito” como mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais. Explica-se: sempre que a norma contiver omissão, o juiz estará diante de uma *lacuna normativa*, podendo, após tentar socorrer-se da analogia e dos costumes¹³, usar os princípios gerais do Direito, e para tanto, estará autorizado a adotar medidas que o garan-

tam dar a solução justa ao caso concreto. Se houver lei, mas essa lei revelar-se injusta, não atendendo aos anseios sociais, o juiz estará diante de uma *lacuna axiológica*, ou seja, embora não haja no ordenamento uma omissão propriamente dita, há uma lacuna relativa aos valores jurídicos, estando autorizado, pelos mesmos fundamentos, a valer-se dos princípios gerais do Direito para alcançar a justiça.

Assim, *o uso alternativo do Direito reconhece o julgamento segundo a lei como sendo apenas uma das possibilidades do juiz, mas não a única. Se for suficiente para atender aos anseios sociais de justiça, o juiz deve simplesmente aplicar a lei. Caso contrário, deve ir além dela, pois o objetivo primordial do Direito não deve ser a lei, mas sim a justiça.*

Ora, fica claro que o uso alternativo do Direito não representa uma negação ao ordenamento jurídico, mas uma otimização do mesmo para que se alcance sempre, na solução dos casos concretos, o valor fundamental do Direito, que é a justiça, por meio, sempre, de uma realização dos direitos fundamentais, ainda que para isso seja necessário que o juiz mitigue a aplicação da lei, ou, em outros casos, deixe de aplicá-la para que sua decisão no caso concreto possa corresponder aos anseios sociais, especialmente dos mais necessitados.

Mas quais seriam e o que seriam os direitos fundamentais? Primeiro, cumpre distinguir direitos fundamentais e humanos. Estes seriam relativos à ordem internacional, direitos inerentes à pessoa humana, noção que se coaduna com os princípios jusnaturalistas, e portanto seriam universais. Os direitos fundamentais, por outro, seriam os direitos humanos dotados do *status* de fundamentalidade em determinado ordenamento jurídico, seriam os direitos positivados, abarcados pelo Direito Constitucional de determinado país.

Tais direitos não são absolutos, pois não existem direitos absolutos.

“Dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e ou-

tro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras¹⁴.

Assim, poderá haver atrito entre mais de um direito considerado fundamental. E é com base no ideal de justiça que podem ser resolvidos os conflitos entre esses direitos aparentemente contraditórios, pois, dado que eles se constituem princípios, não é com base em parâmetros legais que o juiz poderá solucionar tais hipóteses, mas sim com base em uma ponderação de valores, de onde a justiça, em qualquer manual de axiologia jurídica, emerge como valor supremo.

Quando o juiz se depara com conflitos entre regras, terá necessariamente que afastar a aplicação de uma para que a outra incida, pois as regras contraditórias são excludentes. Já os princípios, por compreenderem “os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito”¹⁵, jamais são excludentes. O juiz, no caso concreto em que há colisão de direitos fundamentais, os quais possuem natureza principiológica e normogenética, deverá ponderar os valores postos (especialmente o valor justiça) e, com base no princípio da proporcionalidade¹⁶, solucionar o aparente conflito.

O movimento que defende o uso alternativo do Direito pretende levar esse objetivo de justiça, antes privilégio das classes do-

minantes, ao encontro dos anseios, necessidades e interesses da classe dominada, dos oprimidos. Segundo Antônio Carlos Wolkmmer¹⁷, “ a teoria crítica provoca a auto consciência dos agentes e dos movimentos sociais que estão em desvantagem e/ou em desigualdades, e que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes, das classes ou elites privilegiadas”.

Nesse diapasão, pela ótica do Direito Alternativo, a própria classe dominada conscientizar-se-ia de seus direitos e por eles lutaria numa busca incessante pela justiça, por meio dos mecanismos de lutas de classes, de legitimação e de coletivização dos sujeitos de direito. Os setores mais desprestigiados da sociedade, assim, procurariam, por meio desses instrumentos, efetivar o exercício e observância a seus direitos humanos, estejam ou não insculpidos pela Constituição Federal ou reconhecidos pelo Direito positivado, a fim de que a justiça seja de fato realizada.

“A atuação interpretativo-alternativa ultrapassa os limites da reprodução de práticas consagradas, tornando-se: a) mais próxima 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 mantêm; e) inserida no contexto sócio-econômico; f) possibilitadora de novas soluções aos conflitos”¹⁸.

O movimento do Direito Alternativo, aqui englobando também a vertente de luta dos juízes em defesa dos mais fracos, representa arma de combate na busca do novo, é um dos instrumentos do juiz que deseja comprometer-se com uma sociedade mais justa, é um combate à passividade dos juristas, para que estes possam deixar de ser apenas a “boca da lei”, para se tornarem a “boca da justiça”, tendo importante papel ou função social no sentido de serem efetivadores dos direitos humanos fundamentais, muitas vezes previstos, mas não exercidos e, às ve-

zes, nem sequer legalmente previstos, como ocorre com os direitos de quarta geração.

Notas

- ¹ Itália, início da década de 70.
- ² *Licções de direito alternativo*, texto de Antônio Carlos Wolkmer, Editora Acadêmica, v.1, p.45.
- ³ Idem, *ibidem*.
- ⁴ Rodrigues, p.155.
- ⁵ Rawls, p.3.
- ⁶ Idem, *ibidem*, p.7.
- ⁷ *Licções de direito alternativo*, v.1, p.21.
- ⁸ Idem, *ibidem*, p.25.
- ⁹ Bobbio, 1995, p.74.
- ¹⁰ Idem, *ibidem*, p.76.
- ¹¹ Reale, p.306.
- ¹² Montoro, p.381.
- ¹³ Métodos de integração que estão assim hierarquizados em face da adoção do Direito Positivo.
- ¹⁴ Bobbio, 1992, p.22.
- ¹⁵ Silva, p.602.
- ¹⁶ Subdividido em necessidade, adequação e proporcionalidade *strictu sensu*.
- ¹⁷ *Licções de Direito Alternativo*, v.1, p.40.
- ¹⁸ Rodrigues, p.162.

Bibliografia

- ANDRADE, Lédio Rosa. *O que é direito alternativo*. Santa Catarina : Editora Obra Jurídica, 1998.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima (org.). *Licções de direito alternativo*. São Paulo : Acadêmica, Vs. 1 e 2, s.d.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Editora Campus, 1992.
- _____. *Positivismo jurídico*. São Paulo : Icone, 1995.
- DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. São Paulo : Brasiliense, 1989. Coleção Primeiros Passos.
- OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *A verdadeira face do direito alternativo*. Curitiba : Juruá, 1998.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa : Editora Estampa, Imprensa Universitária, 1994.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo : Editora Revista do Tribunais, 1999.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- REALE, Miguel. *Licções preliminares de direito*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo : Editora Acadêmica, 1993.
- SILVA, De Plácido et al (orgs.). *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

RESENHA LEGISLATIVA
Artigos de contribuição do corpo de
consultores do Senado Federal