

1. INTRODUÇÃO

O Movimento do Direito Alternativo começou em meados da década de 70, na Europa, principalmente na Itália e em menor medida na Espanha e outros países, como “Uso Alternativo do Direito” (UAD). Este circulava nos debates entre os juízes quando surgiam questões em que a Lei não estava à altura de alcançar o caso concreto. Todavia, o UAD, quando parece morrer, entra em revitalização na América Latina. São conhecidos trabalhos no México (Jesús Antonio Della Torre e Oscar Correas) e na Argentina (Carlos Maía Cárcova, Alicia Ruiz e Diego Duquelski).

Assim, o Direito Alternativo brasileiro teve inspiração no uso alternativo do direito italiano, que foi vastamente discutido nas décadas de 40, 50 e 60, sobretudo por ambos terem em sua origem movimento organizado por juízes.

Um dos escritores alternativistas, Lédio Rosa de Andrade, em sua Obra *O que é Direito Alternativo?*, cita Pietro Barcellona, nos seguintes termos:

“Segundo Pietro Barcellona, magistrado e líder do movimento do uso alternativo do Direito ou jurisprudência alternativa naquela época, as discussões jurídicas iniciaram sob dificuldades encontradas no âmbito da pesquisa e do ensino. Em seguida, passaram para o plano de reconhecimento de uma crise nos papéis de mediação jurídica, terminando com propostas de transformação dos aparelhos institucionais”.¹

Nos mesmos termos continua o Autor:

“Depois de tantos anos de discussão, surgiu o movimento do Uso Alternativo do Direito como proposta efetuada em uma reunião de juristas, realizada em Catânia, Itália, em maio de 1972. O objetivo era transformar a ação de julgar em um instrumento para garantir as conquistas populares e permitir uma transformação global da sociedade, pois a situação político-social italiana era tensa, e o partido comunista dispunha de concretas possibilidades para chegar ao poder”.²

Nesse sentido, a jurisprudência alternativa teve como expoentes máximos Pietro Barcellona e Giuseppe Cotturri, porém, por ter se transformado em um movimento só de hermenêutica, teve fim. Já o movimento espanhol denominado *Jueces para la democracia* não tinha qualquer utopia de mudança social e jamais lutou para a instauração de uma sociedade socialista.

¹ ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é direito alternativo?*, 3. ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2008, p.43

² Ibidem. p.43-44.

Sobre a trajetória do Movimento Espanhol, bem relata Amilton Bueno de Carvalho, em seu Livro *Direito Alternativo em Movimento*, a saber:

“O movimento alcançou a Espanha principalmente com Calera, Saaedra e Perfecto Ibañes. Segundo estes, são pressupostos da alternatividade: (a) servir ao processo de emancipação da classe trabalhadora e ser uma manifestação a mais da luta de classes; (b) o jurista de sacar das normas critérios de valoração progressistas para a libertação dos trabalhadores; (c) negar apoliticidade, imparcialidade independência dos juizes; (d) utilizar incoerências, lacunas e contradições do direito em favor dos fracos; (e) buscar, no possível, o direito e o jurista ao lado dos que não tem poder; (f) entender que o direito, embora seja vontade da classe dominante, às vezes é justiça, ante sua ambivalência, quando resume conquistas políticas e éticas ou expressa exigências sociais democráticas; (g) o direito é terreno é válido à luta de classes e não território abandonado à dominação; (h) não se cuida de fazer revolução através do direito, mas de desenvolver interpretações jurídico-progressistas, restituindo aos trabalhadores a capacidade criadora da história; (i) é proposta de caráter prático-teórico de utilizar e consolidar o direito em uma direção emancipadora, privilegiando interesses e práticas dos dominados; (j) tomada de consciência da função política do direito, sua interdependência com as relações sócio-econômicas e sua idoneidade como fator de mudança social; (l) utilizar o direito diversamente do usual predominantemente; (m) buscar ampliação dos espaços democráticos de ordenamento jurídico”.³

2. A origem do direito alternativo no Brasil

No Brasil, o golpe de estado de 1964 trouxe diversas conseqüências no âmbito jurídico, pois reduziu a capacidade de postulação em juízo, já que a ditadura tolheu a busca por direitos, fossem eles coletivos ou individuais, da mesma forma em que eram proibidas as associações, ou, quando eram permitidas, as mesmas encontravam sérias dificuldades de reunirem-se e organizarem-se.

Outra consequência da ditadura militar deu-se no meio acadêmico. As faculdades de direito eram altamente tendenciosas, faziam dos alunos meros reprodutores de leis, e valorizavam os que decoravam, não cumprindo com a função acadêmica da academia, que é provocar o aluno, estimular a produção intelectual, ao contrário, que tentavam problematizar e criticavam o modelo adotado eram rechaçados, podendo ser presos e torturados.

Nesse contexto, alguns magistrados insatisfeitos com a realidade jurídica da época e indignados com o distanciamento do poder judiciário das questões sociais organizaram-se em diferentes grupos. Assim, relata Andrade:

³ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**, 1.ed. Niterói, RJ, Luam, 1997, pp. 34-35.

“Alguns magistrados abandonaram a atividade só formal, dita tecno-dedutiva, assumiram seu compromisso com o social, ou melhor dito, passaram a compreender a atividade jurisdicional como uma prática comprometida com as condições socioeconômicas da população. Iniciaram a dar importância aos resultados, aos efeitos reais de suas sentenças. Até porque a prática jurídica, tida como apolítica, de pura técnica neutra, é, em realidade uma práxis ideológica, vinculada ao poder hegemônico, comprometida, de igual forma, com determinadas condições socioeconômicas e políticas. Por conseguinte, nada neutra. A diferença destas formas jurídicas de agir está, no âmago, em quem se beneficia delas”.⁴

Em São Paulo, alguns magistrados reuniram-se, inspirados na organização espanhola *Jueces para La Democracia*, criando assim, o movimento denominado *Juízes para a Democracia*. Do mesmo jeito, no Sul, *Juízes de direito gaúchos* e juristas não magistrados por volta de 1987, influenciados pelo movimento italiano do uso alternativo do direito, pensavam na criação de um novo direito.

Ocorre que, em 25 de outubro de 1990, o *Jornal da Tarde de São Paulo*, publicou um artigo com a seguinte manchete “*Juízes Gaúchos colocam direito acima da lei*”, com o objetivo de ridicularizar os magistrados gaúchos que se reuniam na mesma data para discutir de forma crítica, alternativas de aplicação do direito positivo. Porém, o objetivo da publicação da referida matéria teve efeito inverso, uma vez que, deu publicidade ao assunto, fazendo com que os juristas e magistrados que se identificassem com o assunto acabassem se unindo.

Assim, quando Amilton Bueno de Carvalho, Roberto Aguiar, José Gerald de Souza, Miguel Baldez, Miguel Pressburger, José Reinaldo Lopes, Jackson Azevedo, Edmundo Lima de Arruda Jr., que estavam reunidos, receberam a notícia da publicação do artigo, em resposta decidiram realizar o I encontro Internacional de Direito Alternativo, em Florianópolis, nos dias, 04 a 07 de setembro de 1991, e antecederam o mencionado encontro com a publicação do livro *Lições de Direito Alternativo 1*.

3. O Pluralismo Jurídico como precedente do Direito Alternativo

Não podemos falar em direito alternativo, sem antes falarmos de pluralismo jurídico, mesmo que de forma sucinta. A mencionada corrente nasceu a partir do estudo do direito de

⁴ ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é direito alternativo?*, 3. ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2008, pp.20-21.

várias organizações sociais Alemãs realizado pelo Jurista Alemão Otto Von Gierke (1841-1921). Posteriormente outros juristas no início do século XX realizaram estudos dentre eles o jurista Holandês Corneliis van Vollenhoven (1874-1933), cujo objeto de análise foi o direito “adat” dos povos da Indonésia colonizados pelos holandeses.

Inicialmente, é salutar observar a definição de direito que cada corrente tem. Para a corrente denominada de pluralismo jurídico, o direito é mais amplo, abrangendo todo sistema de normas consideradas obrigatórias em um grupo social, ou seja, muito além das previstas nos códigos⁵.

Já, para os defensores do monismo jurídico, as normas jurídicas são tão somente as positivadas, outrossim, as criadas pelo Estado⁶.

Assim, mediante a uma visível crise do Estado unitário e ineficaz, que não consegue tutelar o interesse nem sequer da maioria, quanto mais da minoria, surge o pluralismo jurídico numa visão inclusiva em contraposição ao monismo jurídico que só admite um sistema de direito, qual seja, o direito positivo estatal, numa visão de exclusão. Nesse sentido, a corrente monista centralizadora e hegemônica só reconhece o direito se for regulado pelo estado, não existindo direito que seja positivado fora dele.

São muitos os conceitos de pluralismo jurídico, passaremos a expor alguns deles.

Conforme entendimento de Wolkmer o pluralismo é “a coexistência e interação, no interior de uma mesma forma de vida cotidiana, de múltiplas e diversas manifestações normativas não estatais.”⁷

Falcão conceitua o pluralismo como “a convivência contraditória, por vezes consensual e por vezes conflitante, dos vários observatórios numa mesma sociedade.”⁸

⁵ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**, 4. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p.135.

⁶ Ibidem., p.135.

⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**, 2ª ed. São Paulo, Alfa-Omega, 1997, p.260 apud, www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/angela_maria-griboggi.pdf Acesso em 09 de agosto de 2018.

⁸ FALCÃO, Joaquim Arruda apud WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**, 2ª ed. São Paulo, Alfa-Omega, 1997, p.83 apud, www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/angela_maria-griboggi.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2018.

Nos ensina Sabadell “podemos, assim, definir o pluralismo jurídico como teoria que sustenta a coexistência de vários sistemas jurídicos no seio da mesma sociedade”⁹, pois segundo essa teoria, o direito não depende da sanção do Estado, não se encontrando somente nas fontes oficiais de direito.

Prova disso foi a experiência vivenciada por Boaventura de Souza Santos, que na Favela do Jacarezinho – RJ, denominada por ele de Pasárgada, investigou os padrões de resolução de conflitos e de pluralidade jurídica naquela comunidade. Segundo ele “sempre que no mesmo espaço geopolítico vigora (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica”¹⁰ temos o pluralismo jurídico, que por ele foi identificado em Pasárgada gerido pela Associação dos Moradores.

Boaventura observou que a luta pelo direito à moradia naquela localidade tornou necessário o desenvolvimento de mecanismos normativos e órgãos jurídicos internos capazes de lidar com todas as questões emergentes, de modo que a ordem na favela fosse garantida. Tal função foi designada ao presidente da Associação dos Moradores que a desempenhava numa espécie de “mediação” sendo solucionado tudo dentro da própria favela desde a celebração de um negócio jurídico até a resolução de um conflito¹¹.

Assim, constatou Sousa Santos a existência na Favela do Jacarezinho do Pluralismo jurídico, quando dentre outras, fez a seguinte observação “a ocupação ilegal (segundo o direito do asfalto) transforma-se em posse e propriedade legais (segundo o direito de Pasárgada)”¹²

Há ainda, indícios de pluralismo nas comunidades tradicionais, dos indígenas, dos ribeirinhos, dos quilombolas, dentre outros, em que o ordenamento jurídico estatal não tem

⁹ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**, 4. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p.135.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa . Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In SOUTO, c.; falcão, j. (ORG). *Sociologia e direito: textos básicos de sociologia jurídica*. 1 ed. São Paulo, Pioneira, 1980. p.87, apud KONZEN, L,p. *Boas aventuras na Pasárgada do pluralismo jurídico ou alternativas para uma ciência do direito pós-moderna?* São Paulo, Prisma Jurídico,2006, v.5, p.169-184

¹¹ KONZEN, L. P. **Boas aventuras na Pasárgada do pluralismo jurídico ou alternativas para uma ciência do direito pós-moderna?** São Paulo, Prisma Jurídico,2006, v.5, p.169-184

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. 1ªed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, 1988b, p. 14, apud KONZEN, L,p. *Boas aventuras na Pasárgada do pluralismo jurídico ou alternativas para uma ciência do direito pós-moderna?* São Paulo, Prisma Jurídico,2006, v.5, p.169-184

representação jurídica qualquer para estes grupos, não representam qualquer ordem para os mesmos, até porque não tem qualquer significado para os mesmos.

Wolkmer relata que “dentre alguns procedimentos alternativos “institucionalizados”, que podem ser apropriados, explorados e utilizados pelos novos sujeitos coletivos de juridicidade”, cabe privilegiar a produção normativa institucionalizada (convenções coletivas do trabalho e ações propostas por sujeitos coletivos) e a resolução dos conflitos institucionalizada (conciliação, arbitragem e Juizados de Pequenas Causas, além das práticas e uso alternativo do direito).¹³

Insta ainda mencionar que o Estado não reconhece o pluralismo jurídico, até porque se isso fizesse, negaria o seu alicerce monista que determina um poder legitimado no interesse geral, único, central conflitante com os preceitos pluralistas. Desta feita, o pluralismo jurídico não pretende negar a estrutura estatal, apenas demonstrar que essa não é a única forma de produção de direito, que existem outras fontes paralelas igualmente importantes.

Nessa esteira, fazendo a ligação do direito alternativo com o pluralismo jurídico, segue o pensamento de Sabadell:

“As análises sobre o direito alternativo fundamentam-se na hipótese do pluralismo jurídico, ou seja, partem do princípio que é possível construir e colocar em funcionamento um sistema jurídico independente do sistema jurídico do Estado. Neste sentido, a aceitação das teses do direito alternativo depende da posição teórica sobre o tema da existência de um direito não estatal”¹⁴.

Depois de estudado as origens do Direito Alternativo, passemos ao que vem a ser o Direito Alternativo.

4. Direito Alternativo na Doutrina

Primeiramente, importa observar que diferentes são as concepções acerca do que seja direito alternativo. Começamos pela acepção da palavra alternativo, cujo prefixo *alter* designa

¹³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**, 2ª ed. São Paulo, Alfa-Omega, 1997, p.262 apud, www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/angela_maria-griboggi.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2018.

¹⁴ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**, 4. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p.144.

outro, diferente, sendo o direito alternativo uma opção, algo que transpõe o tradicional, o convencional, o uso de normas diferentes das instituídas pelo estado.

Vale dizer ainda, que a nomenclatura “Direito Alternativo”, não é unânime entre os seus adeptos, havendo diversidade nas denominações, tais como Direito Comunitário utilizado por Antonio Carlos Wolkmer, Teoria Crítica do Direito por Oscar Correa, Direito Achado na Rua tratado pelo Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos, da UnB e Direito Insurgente por Miguel Pressburguer, dentre outros.

Lédio Rosa diz não haver uma ideologia única e sim objetivos idênticos, senão vejamos:

“Os membros do direito alternativo não têm uma ideologia única, mas sim objetivos em comum, sendo esses os pontos convergentes: não aceitação do sistema capitalista como modelo econômico; combate ao liberalismo burguês como sistema sociopolítico; combate irrestrito à miséria de grande parte da população brasileira; e luta por democracia, entendida como a concretização das liberdades individuais, dos direitos sociais, bem como a materialização de igualdade de oportunidade e condição digna de vida a todos e, ainda certa simpatia de seus membros em relação à teoria crítica do direito.

Também existia, e ainda existe crítica unânime ao positivismo jurídico (paradigma liberal-legal), entendido como uma postura jurídica tecno-formal-legalista, de apego irrestrito a uma cultura legalista e de aplicação de uma pseudo-interpretação lógico-dedutiva, somada a um discurso apregoador”.¹⁵

Na tentativa de conceituar o que seja direito alternativo, Cláudio Souto o faz da seguinte forma:

“O direito alternativo como fenômeno é, por definição, algo de necessariamente desviante do *status quo* normativo, assim como este *status quo* lhe é, por sua vez, desviante. Desse modo, o direito alternativo é sempre padrão de mudança mais ou menos acentuada”.¹⁶

Segundo Antônio Carlos Wolkmer, a construção de um “novo direito”, requer a discussão de determinadas questões essenciais, quais sejam:

- a) “A redefinição de uma nova racionalidade emancipatória;
- b) A reformulação de uma ética política libertadora (ética da responsabilidade “dialógica-consensual”);

¹⁵ ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo?**, 3. ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2008, pp.49 -50.

¹⁶ SOUTO, Cláudio. **Tempo do Direito Alternativo**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p.113

- c) A práxis pedagógica de um discurso crítico “conscientização/emancipação”;
- d) A redescoberta de um “novo sujeito histórico” (um sujeito histórico-em-relação);
- e) Reconhecimento dos múltiplos centros de produção normativa supra e infra-estatal;
- f) A aceitação dos movimentos e práticas sociais como fontes geradoras do pluralismo jurídico (grupos micro e macrosociais insurgentes);
- g) A materialização da “juridicidade alternativa” assentada nos pressupostos da alteridade, solidariedade, pluralismo, mobilização e participação”.¹⁷

Para Miguel Alves Lima, Direito Alternativo é a humanização do direito e de seus operadores, conforme descreve no trecho abaixo indicado:

“o direito alternativo, representa, em primeiro lugar, uma atitude mental que questiona essa pretensão de ver o Direito como legítima expressão da Palavra Revelada. Nesse caso, o que deseja é que o Direito e os juristas em geral passem por um processo de humanização, baixando ao nível das ruas, das fábricas, das favelas, dos cortiços, das prisões, das quilométricas filas da Previdência Social, caminhando com os que sofrem o peso da opressão tantas vezes legitimada por um Direito que se apresenta como neutro e justo para ocultar a violência institucionalizada. Essa mudança de atitude trará o Direito e os juristas para o meio do povo: o povo que clama por saúde, por escola, pelo fim da tortura nas delegacias de polícia, pelo fim da impunidade dos “criminosos do colarinho branco”, por terra para plantar, por moradia, por alimento acessível, pela proteção da criança e do adolescente contra qualquer forma de negligência, de opressão, de violência e crueldade, por garantia de emprego e seguridade social, enfim, pelo respeito à sua dignidade como parceiro, sempre mais sacrificado, na construção de uma das mais prósperas economias do Mundo contemporâneo, de cujos benefícios e prazeres se vê todos os dias mais excluído”.¹⁸

Concluindo acerca da posição do direito alternativo, Lédio Rosa faz a seguinte observação:

“Isso é a essência do direito alternativo: assumir um lado, entre tantos, dentro da Ciência Jurídica. E é o lado das classes excluídas, não importando se a exclusão é econômica, social, racial, sexual ou de qualquer outra natureza”.¹⁹

Um dos maiores ícones do movimento, Amilton Bueno de Carvalho conceituou direito alternativo:

¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Contribuição para o Projeto da Juridicidade Alternativa**, in Lições de direito alternativo 1, São Paulo, Acadêmica, 1992, p. 43

¹⁸ LIMA, Miguel Alves. **O “direito alternativo” e a dogmática jurídica**, in, Lições de Direito Alternativo 2, São Paulo, Acadêmica, 1992, pp. 43-44.

¹⁹ ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo?**, 3. Ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2008, pp.13-14.

“como atuação jurídica comprometida com a busca de vida com dignidade para todos, ambicionando emancipação popular com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumentos de defesa/libertação contra a dominação imposta”.²⁰

O mesmo autor faz a distinção entre uso de direito alternativo, positivismo de combate e direito alternativo em sentido estrito.

O Uso alternativo do direito, ocorre dentro do sistema positivado, consistindo na utilização das contradições, ambigüidades e lacunas do direito legislado, buscando, via interpretação qualificada avançar nas lutas populares, permitindo, que se democratize cada vez mais os efeitos da norma, através da crítica constante, olhando a lei de forma diferente da usual predominante²¹.

O Positivismo de combate, expressão utilizada por Miguel Pressburguer, luta para que as conquistas democráticas que já foram erigidas à condição de lei tenham efetiva concretização, ante a crescente tendência do descumprimento de normas que representam vitórias populares, além de não permitir que ocorra retrocesso na busca permanente e renovável da utópica vida em abundância para todos.²²

Já o Direito alternativo em sentido estrito emerge do pluralismo jurídico. Acredita não ser apenas o estado o criador de direito, existindo direito paralelo, insurgente, não oficial.²³

Nesta seara, em outra obra, Amilton Bueno de Carvalho, conclui que a expressão correta a ser utilizada é Direito Alternativo:

“A alternatividade assume a não-neutralidade e comprometimento (entende que todo o direito assim o é), mas muda de lado: é parcial e comprometida com os pobres.

Assim, tenho que a expressão correta é mesmo Direito Alternativo (e não uso do direito) por apresentar opção contra o usual dominante. O direito que vigora busca perpetuar a dominação, enquanto a alternatividade é o outro lado da moeda: luta pela emancipação da maioria da população. É alternativa contra a opressão que o jurídico tenta (e tem conseguido) impor”.²⁴

²⁰CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo na Jurisprudência**, São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 8

²¹Ibidem. p.11-12.

²²Ibidem., p.12-13.

²³Ibidem., p.14.

²⁴Idem, **Magistratura e Direito Alternativo**, 3.ed, Rio de Janeiro, Luam, 1996, p. 128.

Outro grande estudioso do direito alternativo, Edmundo Lima de Arruda Jr., também descreve a atuação do direito alternativo em três campos, a seguir demonstrados:

“1º) Plano do instituído sonogado. Face á sobreposição da razão instrumental neo-liberal à racionalidade-formal, quando princípios de grande potencial presentes no constitucionalismo de base mais rudimentar são negados. Um importante campo para os “alternativos” dentro da própria legalidade, cobrando efetividade às normas consideradas conquistadas;

2º) Plano do instituído relido. Lugar da hermenêutica alternativa, não restrita à magistratura, mas a todos os operadores jurídicos envolvidos com o processo hermenêutico. Com o esgotamento relativo do paradigma liberal legal abre-se um campo cada vez mais nos atos de interpretação e aplicação de normas.

3º) Plano do instituído negado. Lugar do pluralismo jurídico, das pugnas envolvendo os dois níveis supramencionados, leitmotiv do câmbio social. Por ser o lugar dos movimentos sociais coloca outras questões, decorrentes da própria concepção que se tenha de movimento social, sua relação com o estado, sua concepção de democracia.”²⁵

Conforme podemos observar, as classificações de Amilton Bueno de Carvalho e Edmundo Lima de Arruda Jr. se correspondem, pois, o plano do instituído sonogado de Arruda Jr. vai ao encontro do positivismo de combate de Bueno de Carvalho, buscando a efetivação das normas, sendo pura concretização do direito positivo estatal, identificando-se com a visão européia do direito alternativo, não podendo assim, em sentido estrito ser considerado alternativo.

No mesmo sentido, o instituído relido de Edmundo equivale ao uso alternativo do direito de Amilton, esse instituto também não pode ser considerado como alternativo, haja vista que acontece dentro do sistema positivado, dando às normas uma interpretação jurídica mais próxima à realidade social, utilizando-se das lacunas e contradições para dar nova interpretação ao direito positivo.

Já o instituído negado de Arruda Jr. corresponde ao direito alternativo em sentido estrito de Amilton Bueno de Carvalho, que de fato é o derivado do pluralismo jurídico, que leva em consideração o direito emergente do povo, que contrapõe a lei estatal, o direito paralelo.

²⁵ ARRUDA JR, Edmundo Lima de. **Direito Alternativo no Brasil: Alguns Informes e Balanços preliminares**, in, Lições de Direito Alternativo 2, São Paulo, Acadêmica, 1992, pp. 174-175.

Pode-se inferir, que na realidade o Direito Alternativo em sentido lato seria o gênero, abarcando suas espécies, quais sejam: a positivismo de combate, o uso alternativo do direito e o direito alternativo em sentido estrito.

Assim, o direito alternativo busca a democratização, levando em consideração a evolução social, os avanços da sociedade sob uma perspectiva pluralista, onde o que se busca primordialmente é a justiça, valendo-se de uma visão da realidade, buscando minimizar as diferenças sociais, sendo uma alternativa ao direito positivado, respeitando sempre os princípios gerais do direito posto.

5. Direito Alternativo x Direito Positivo

Durante o referido estudo, podemos perceber que os principais pontos abordados pelos críticos como sendo características do direito alternativo, são: a contrariedade à lei e a liberdade das decisões. Sobre esse assunto Lédio Rosa, argumenta que:

“De forma dogmatizada, alguns críticos alegam tratar-se de uma corrente do Direito posta contra a lei que defende a liberdade do julgador, o que significaria voluntarismo jurídico exacerbado, capaz de determinar a quebra do Estado de Direito e levar o Direito e, conseqüentemente a própria sociedade, a uma prática fascista: a ditadura dos magistrados.

De uma forma introdutória pelo avesso, afirmo que o direito alternativo não é um movimento contra a lei, não defende a livre interpretação do juiz e, deveras importante, não despreza a teoria do Direito. Mas afirma estar tudo isto vinculado às estruturas de poder e, conseqüentemente, não haver neutralidade na elaboração, interpretação e aplicação das leis positivas”.²⁶

Sobre o que não seja o direito alternativo, seguem as lições do advogado e atual Ministro da Justiça Tarso Genro:

“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. Não é o arbítrio do indivíduo-juiz, nem sua simples vontade política perante a crise de um sistema; mas é um ato de construção e desenvolvimento de valores que já estão postos pela história de afirmação da liberdade humana, do direito à vida, da luta pela

²⁶ ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo?**, 3. ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2008, pp.7-8.

repartição do produto social, pela redução da desigualdade e pela defesa do futuro do homem, preservando-lhe o ambiente e a natureza”.²⁷

Com relação à hipótese de ser o direito alternativo *contra legem*, importantes esclarecimentos são feitos por Lédio Rosa:

“Em outras palavras, os alternativos não combatem o fato de existirem leis aprovadas pelo parlamento e uma estrutura judicial para interpretá-las e aplicá-las. Estas formas são importantes para regular uma sociedade. Entretanto, ao concordarem com a forma, ou o método, não estarão, automaticamente ou em desdobramento, de acordo com a ideologia e a teoria embutida neste sistema – como ocorre com os juristas tradicionais”.

(...)

“Os juristas alternativos não são contrários à idéia da existência de normas jurídicas prévias regulando a ação social e interpessoal. Porém, levar isto ao extremo do dogmatismo e, assim, retirar todo o componente ideológico do Direito, é inaceitável. Ora, na realidade concreta, e não só no discurso jurídico, quem está seguro, juridicamente no Brasil?”.²⁸

No mesmo sentido, seguem as lições de Amilton Bueno de Carvalho:

“Alguns dizem que o Direito Alternativo caracteriza-se pela negativa da lei. E tal não corresponde à realidade. A lei escrita é conquista da humanidade e não se vislumbra possibilidade de vida em sociedade sem normas (sejam elas escritas ou não).

A alternatividade luta para que surjam leis efetivamente justas, comprometidas com os interesses da maioria da população, ou seja, realmente democráticas.

O que a alternatividade não reconhece é a identificação da direito tão-só com a lei, nem que apenas o Estado produz direito, o que é diverso da negativa à lei.

Aliás, às vezes leis más são melhores do que ausência de leis, onde prevalece a vontade do mais forte (por pior que seja a legislação que limita o horário de trabalho, é melhor do que a inexistência de lei: alguém duvida do que o empregador exigiria do empregado?)”.²⁹

Outro ponto bastante discutido é se o direito alternativo não outorgaria poderes excessivos aos juízes, permitindo com isso que cada um decida em conformidade com o seu próprio sentimento de justiça. Acerca desse ponto, Amilton Bueno de Carvalho faz a seguinte reflexão:

²⁷ GENRO, Tarso Fernando. **Os Juízes Contra a lei**, in Lições de direito alternativo I; São Paulo, Acadêmica, 1992, pp. 26-27.

²⁸ ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo?**, 3. ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2008, pp.9-10.

²⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo na Jurisprudência**, São Paulo, Acadêmica, 1993, p.10

“O que a alternatividade busca é o novo paradigma, com a superação do legalismo estreito, mas tendo como limite (ou conteúdo racional) os princípios gerais do direito, que são conquistas da humanidade (...)”.³⁰

Com o mesmo entendimento, Miguel Alves Lima faz as suas observações:

“Desse ponto de vista, o Direito Alternativo não é apenas mais uma forma de interpretar as leis, abrandando o seu – rigor diante das situações concretas. É a antevisão de um projeto libertário. A proposta de transformar o Direito e de que os juristas se transformem em forças sociais engajadas no objetivo de mudarem o rumo da história, caminhando com e não contra aqueles que vêm a ser a maioria da população brasileira”.³¹

6. Direito alternativo x uso alternativo de Direito

Embora alguns autores e interessados no assunto falem do uso alternativo do direito como se fosse direito alternativo, e façam menção a esse último dando as características do primeiro, ainda assim, encontramos diferença entre ambos, que a seguir passamos a observar.

Importante se faz asseverar, que ambas práticas não são dissociadas uma da outra, e sim etapas do direito alternativo em sentido amplo, que buscando a melhor aproximação da justiça, passa pelo uso alternativo do direito e em última instância ao direito alternativo em sentido estrito.

Assim, conforme dito alhures, o direito alternativo seria o gênero e o uso alternativo do direito, espécie.

A principal diferença entre o uso alternativo e o direito alternativo propriamente dito, é que o primeiro estaria no plano do *praeter legem*, utilizando-se das lacunas e brechas deixadas pela lei, ampliaria-se hermeneuticamente a interpretação das mesmas, buscando com isso uma maior proximidade do social, mas agindo-se sempre dentro da legalidade. Já o direito alternativo, em face da não suficiência da utilização do uso alternativo do direito, partiria então para as decisões *contra legem*, tendo em vista que o estado não é a única fonte de direito, levando-se em consideração os movimentos sociais.

³⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo na Jurisprudência**, São Paulo, Acadêmica, 1993, p.11

³¹ LIMA, Miguel Alves, **O “direito alternativo” e a dogmática jurídica**, in, Lições de Direito Alternativo 2, São Paulo, Acadêmica, 1992, p. 44

Paulo Ricardo Schier dá a sua contribuição expondo o que é para ele o Uso Alternativo do Direito:

“Para ir mais longe, é possível afirmar que o Uso Alternativo do Direito tem como fundamento uma epistemologia crítica; como fim uma opção axiológica assumidamente crítica e como meio uma hermenêutica, cambiável de acordo com os valores em jogo no caso concreto, podendo passar inclusive por métodos interpretativos gramaticais ou até chegar ao julgamento “*contra legem*” (mas apenas aparentemente, pois no plano intrassistêmico o Uso do Direito Alternativo atua sempre na legalidade).³²

Wolkmer, em sua contribuição na obra *Lições de Direito Alternativo 2*, faz menção a Muños Gómes, que aponta algumas importantes diferenças entre os dois movimentos, que vale lembrar:

a)Primeiramente, a tendência jurídica latino-americana “se desenvolve no âmbito da crise do capitalismo “periférico” ou de “dependência”

b) 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). Por outro lado, a escola europeia tem sua origem na crise sócio-econômica que varreu o capitalismo das nações industrializadas (principalmente Itália e Espanha) em fins dos anos 60. De qualquer forma, estas duas “espécies de crises implicam conflitos diferentes, e, portanto, interpretações e vias de solução distintas”.

c)Um segundo aspecto assimilado é que as “duas correntes partem de práticas diferentes: uma 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 na própria comunidade. Aliás, pretende-se que seja a comunidade mesma de usuários diretos do Direito, que adotem mecanismos para a defesa de seus próprios interesses, estejam ou não reconhecidos e protegidos adequadamente pelo Direito.

d) Por último, cabe frisar que a noção europeia do “uso alternativo do direito” se ocupa muito mais com a formação do jurista, submetendo “...a uma forte crítica os conteúdos e a forma como a Universidade organiza o ensino do Direito”. 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”.³³

³² SCHIER, Paulo Ricardo. **Uso Alternativo do Direito**, in Revista de Direito Alternativo nº 2, São Paulo, Acadêmica, 1993, pp. 74-75.

³³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa**, in *Lições de direito alternativo 1*, São Paulo, Acadêmica, 1992, p. 49

Wilson Ramos Filho nos ajuda a compreender a distinção entre o uso alternativo e o direito alternativo:

“O uso alternativo do direito estaria apresentado na utilização teórica e prática das formulações jurídicas produzidas pelos próprios intelectuais orgânicos das classes dominantes e pelos intelectuais tradicionais (Gramsci), bem como das lacunas e imprecisões legislativas, e dos princípios gerais do direito fixados a nível constitucional, para desenvolver uma argumentação sofisticada e competente, para, por dentro do próprio sistema jurídico-burguês, consolidar direitos e defender os interesses das classes subalternas ou dominadas, inclusive nos tribunais, o que conduziria, também, ao entendimento de que a proposta, em resumo, seria a de uma interpretação alternativa do direito burguês, na defesa dos interesses das classes populares.

Já a formulação a respeito do direito alternativo parte da constatação básica de que nem todo o direito dimana do Estado; que, fundamentalmente na América Latina, por conta de suas instabilidades institucionais e de seu impermeável sistema jurídico, os grupos e setores populares produzem um direito, com mais legitimidade inclusive, que é praticado em seu meio, à margem do direito estatal, mas que nem por isso deixa de ser considerado como direito; que é aplicado pela comunidade sem se importar se tais direitos são reconhecidos pelo Estado como direitos”.³⁴

Desta feita, denota-se que, embora os doutrinadores estudiosos do assunto façam distinção entre o uso alternativo do direito e o direito alternativo, na prática eles se completam para que seja alcançado o objetivo maior, qual seja, a busca incessante pela justiça.

7. CONCLUSÃO

Assim concluímos que existem formas de pensamento diferentes dos usuais, objetivando desmistificar o que seja o direito alternativo e suas espécies dando prioridade a uma delas, o uso alternativo do direito.

Pois bem. Restou demonstrado que o uso alternativo do direito não passa de uma interpretação teleológica da constituição, onde se dá primazia aos princípios constitucionais, buscando sempre a justiça social através da efetivação desses princípios.

Assim, ficou claro, que diferentemente do que os críticos procuram reproduzir, o uso alternativo do direito não nega a lei, muito pelo contrário, a reconhece como vitória social, apenas utilizando-se das suas lacunas para que se garanta na sua integralidade os direitos constitucionais postos.

³⁴RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Alternativo e Cidadania Operária**, in Lições de Direito Alternativo 1, São Paulo, Acadêmica, 1992, pp. 156-157.

Ou seja, já que o que disponibilizamos hoje é do direito positivo posto, e não se procura aqui combater essa realidade, então, porque não nos inserimos dentro dele e assim buscarmos uma flexibilização desse direito, através das garantias constitucionais, através da humanização, de uma aplicação mais consciente e social das leis?

É isso que pretendemos. Que os magistrados e demais profissionais da área jurídica se conscientizem da importância social da profissão que escolheram exercer, que tenham em mente a responsabilidade que cada um tem como cidadão perante a sociedade, que as profissões jurídicas proporcionam a real possibilidade de fazermos justiça, basta um olhar sensível e humano diante dos acontecimentos, somados a uma vontade de ver acontecer a tão sonhada igualdade social.

Assim é possível dentro no sistema atual julgar-se alternativamente, mesmo que os aplicadores do direito o façam sem que se dêem conta disso.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito Alternativo?**. Florianópolis: Conceito Editoria, 2008.

ARRUDA JR, Edmundo Lima de. **Direito Alternativo no Brasil: Alguns Informes e Balanços preliminares**, in, Lições de Direito Alternativo 2, São Paulo, Acadêmica, 1992.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**. Niterói: Luam, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo na Jurisprudência**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

FALCÃO, Joaquim Arruda apud WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**, 2ª ed. São Paulo, Alfa-Omega, 1997, p.83 apud, www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/angela_maria-griboggi.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2018.

GENRO, Tarso Fernando. **Os Juízes Contra a lei**, in Lições de direito alternativo 1; São Paulo, Acadêmica, 1992.

KONZEN, Lucas Pizzolatto. **Boas aventuras na Pasárgada do pluralismo jurídico ou alternativas para uma ciência do direito pós-moderna?** São Paulo, Prisma Jurídico,2006, v.5.

LIMA, Miguel Alves. **O “direito alternativo” e a dogmática jurídica**, in, Lições de Direito Alternativo 2, São Paulo, Acadêmica, 1992.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Alternativo e Cidadania Operária**, in Lições de Direito Alternativo 1, São Paulo, Acadêmica, 1992.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica, 4.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa . Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In SOUTO, c.; falcão, j. (ORG). Sociologia e direito: textos básicos de sociologia jurídica. 1 ed. São Paulo, Pioneira, 1980. p.87, apud KONZEN, L,p. Boas aventuras na Pasárgada do pluralismo jurídico ou alternativas para uma ciência do direito pós-moderna? São Paulo, Prisma Jurídico,2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. 1ªed. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, 1988b, p. 14, apud KONZEN, L,p. Boas aventuras na Pasárgada do pluralismo jurídico ou alternativas para uma ciência do direito pós-moderna? São Paulo, Prisma Jurídico,2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Uso Alternativo do Direito**, in Revista de Direito Alternativo nº 2, São Paulo, Acadêmica, 1993.

SOUTO, Cláudio. **Tempo do Direito Alternativo**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Contribuição para o Projeto da Juridicidade Alternativa**, in Lições de direito alternativo 1, São Paulo, Acadêmica.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**, 3ª ed. São Paulo, Alfa-Omega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**, 2ª ed. São Paulo, Alfa-Omega, 1997, p.260 apud, www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/angela_maria-griboggi.pdf Acesso em 09 de agosto de 2018.