

O Direito alternativo em tempos de (in)efetividade de direitos fundamentais

The alternative right in times of (in)effectiveness fundamental rights

*Christopher Abreu Ravagnani*¹

*Bruno Humberto Neves*²

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar a afirmação do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Eis que surge um novo modelo de Estado, não mais somente aquele que regula ou providencia, mas também aquele capaz de produzir as transformações sociais previstas em seus objetivos fundamentais no art. 3º da CF/88. Assim, analisar-se-á a Constituição Federal como uma Lei Maior de caráter compromissório, mormente por estar ligada à dignidade da pessoa humana, sustentáculo do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o movimento do Direito Alternativo é apontado como instrumento capaz de produzir justiça social no Brasil.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Direito Alternativo. Direitos fundamentais. Cidadania.

Abstract

This work has the objective to analyze the assertion of the Democratic State of Right in the Constitution of 1988 (CF/88), as a new state model, not only the one who regulates or provides, but also one capable of producing social, such as the fundamental objectives in art. 3º, CF/88. Thus, the Federal Constitution will be analyzed as a highest law of transformer character, especially because it is linked to human dignity, the basis of the Democratic State of Right. In this sense, the Alternative Law movement is pointed out as an instrument capable of producing social justice in Brazil.

Keywords: Democratic State of right. Alternative right. Fundamental rights. Citizenship.

Introdução

O tema que ora se apresenta é de extrema importância, fato é que vinte e nove anos após a Constituinte de 1988 e o nascimento do Estado

¹ Mestre em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Professor de Direito na Faculdade Dr. Francisco Maeda, E-mail: car.advogado@hotmail.com

² Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda.

Democrático de Direito em *terrae brasiliis*, os compromissos assumidos pelo Estado, bem como os objetivos da República Federativa permanecem inalcançados.

Diante dessa inefetividade atual da Lei Maior, da crise dogmática do judiciário, trata o presente trabalho sobre o Movimento do Direito Alternativo, onde se fez um apontamento histórico, ideológico e de denúncia ao modelo jurídico-positivista.

Para tanto, inicialmente, faz-se um breve percurso histórico sobre a formulação do Estado Moderno para a criação teórica do Estado Democrático de Direito, com o intuito de se ter conhecimento sobre as características e finalidades do mesmo.

Outrossim, em virtude da inércia dos poderes do Legislativo e Executivo, aborda-se a efetivação do Estado Democrático de Direito; assim, inexoravelmente, também dos Direitos Fundamentais, através da atividade constitucionalmente adequada do Poder Judiciário, assumindo seu caráter de importante autor na constituição de uma sociedade livre, justa e solidária.

Neste diapasão, justifica-se a escolha do tema em razão da importância de se analisar/interpretar os compromissos do Estado Democrático de Direito, como as promessas da modernidade ainda não cumpridas, tendo a Jurisdição Constitucional como mecanismo apto a promover a transformação social. A pesquisa é de caráter teórico e exploratório dos textos e teorias nacionais a respeito do tema, utilizando-se como método de abordagem a perspectiva dialética.

1 A formação dos estados modernos

Gomes (2001, p. 17) afirma que a primeira das formas que tomou o Estado Moderno, a partir das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, é o Estado Liberal baseado no princípio da limitação da intervenção estatal, na

liberdade do indivíduo e na crença na superioridade da regulação espontânea da sociedade através da “mão invisível” do mercado. Ele afirma isso ao tratar sobre as mudanças do Estado e do Direito. Assim, a visão liberal, então, garante o homem como ser livre, autônomo e desvinculado da interferência estatal, preponderando a livre concorrência, onde todos são iguais perante a lei em um conceito meramente formal e conveniente com o sistema capitalista de produção.

Desta feita, com os interesses individuais garantidos e legitimados pela submissão à lei, uma pequena parcela populacional passou a concentrar em suas mãos as riquezas produzidas. Pois, “a generalidade da lei constituía o fulcro do Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão” (SILVA, 2006, p. 117). De tal forma, o direito tornou-se instrumento de preservação da propriedade e nesse contexto, Gomes (2001, p. 18) afirma:

É função do direito, portanto, garantir a livre circulação das idéias, das pessoas e, particularmente, dos bens. Vale-se para isso de regras gerais, abstratas e previsíveis, que alcancem seu maior grau de racionalidade a partir do processo codificatório. Para François Ost, o modelo do Código carrega quatro corolários: I- O monismo jurídico: Em oposição à dispersão das fontes do direito da Idade Média, o material jurídico adota sucessivamente a forma dominante da lei, acoplada em códigos que reforçam sua sistematização e autoridade. II- O monismo político: A codificação supõe o resultado de um processo de identificação nacional e centralizada administrativa que culmina na figura do soberano. III- Uma racionalidade dedutiva e linear: É dizer que as soluções particulares são deduzidas de regras gerais, derivadas elas mesmas de princípios ainda mais gerais, seguindo inferências lineares e hierarquizadas. No caso de controvérsias interpretativas, a técnica elucidatória apela à racionalidade do legislador, - diz Ost - da coerência lógica e da harmonia ideológica do sistema. IV- Uma concepção de tempo orientado para um futuro controlado: O processo de codificação descansa sobre a crença eminentemente moderna do progresso da história: a ideia de que a lei - antecipando um estado de coisas possíveis e considerado preferível - pode fazer chegar um devenir melhor. Esta concepção se opõe à temporalidade de larga duração que sobretudo mira em direção ao passado e que caracteriza o direito consuetudinário.

Naquele momento, após a conquista da tão sonhada livre iniciativa e da queda da monarquia, os burgueses, que se elevaram ao poder através da

luta dos proletariados, logicamente estabeleceram o que lhes eram necessários, como um Estado onde suas tão importantes propriedades privadas tivessem mais valor e proteção que suas próprias dignidades enquanto seres humanos. Daí surge o nome “liberal”, pois esse novo Estado deixava com que as próprias situações de mercado ditassem o rumo social.

Essa abstinência e neutralidade estatal acarretaram inúmeras injustiças e desigualdades, ficando exposta e cristalina a ineficácia das liberdades burguesas, que, por hora, já não se legitimavam devido a esta situação. O proletariado tornou-se então o súdito do burguês aquele poder absoluto concentrado nas mãos do rei passara às mãos, ou melhor, aos bolsos do patrão.

Em meio ao desconforto social e à inquietude da massa, o Estado, então pressionado e incapaz de romper com aquele sistema capitalista cruel e massacrante das classes baixas, encontra-se obrigado a abraçar, como sua obrigação, o meio social, tornando-se responsável de combater o déficit social causado pelo liberalismo, tendo assim, como uma de suas metas, a realização de justiça social, surgindo então, a política do *Welfare State* (Estado do bem-estar ou Estado de Providência), rotulando-se, então, de Estado Social.

A rápida destruição dos laços de solidariedade tradicionais, familiares e territoriais, obrigou à intervenção do Estado na regulação da “questão social” (Direito do Trabalho, seguridade social, entre outros) e da economia (política monetária, gastos públicos, subsídios entre outros). As transformações do papel do Estado obrigam, irremediavelmente, à adoção de um novo papel também do direito. Este é entendido, então, como instrumento a serviço de metas concretas: orientar as condutas humanas para a promoção do desenvolvimento econômico e social. (GOMES, 2001 p.19).

Assim, como as revoluções burguesas deram base para a formação do Estado Liberal, foi a revolução industrial que obrigou o desenvolvimento da segunda forma arquetípica assumida pelo Estado, desde o último quarto do

século XIX, e, fundamentalmente, a partir da Primeira Guerra Mundial: O Estado Social, de Bem-Estar, Providencial, *Welfare State*.

A formação do Estado moldado pelos contratualistas, em que se procurou justificar o exercício do poder através do consentimento dos indivíduos (contrato social), foi obtida pelo pensamento comum da coletividade, em que o Direito, em primeiro momento, era o fruto das decisões do Legislativo, desde que atendesse as condições previstas no contrato social. Portanto, obtinha, assim, a sua legitimidade dentro de si mesmo, bastando cumprir os procedimentos legais necessários.

O filósofo Immanuel Kant, em *Crítica à razão pura*, satisfaz as necessidades dos demais pensadores da época ao trazer para o Direito um caráter essencialmente moral, legitimando-o dentro da razão individual, onde o homem por sua vez, passou a guiar-se não só pelo temor da sanção Estatal, mas também pela ética.

No momento da criação do novo Estado foi necessária a concessão da soberania do povo para o parlamento, tendo em vista a natureza indelegável da soberania. Então, os indivíduos abriram mão de sua liberdade plena pela criação de um Ente capaz de regular o meio social e, propiciar, à coletividade, a segurança e a justiça, juntamente com uma liberdade negativa; estabelecendo no âmbito social a visão de um Estado voltado para os pressupostos de liberdade, igualdade e fraternidade, sendo que dessa forma os desejos e as necessidades públicas seriam supridos pelos atos estatais.

O Estado moderno passa como um todo por uma crise de legitimidade, especialmente quando se percebe clara dessintonia entre o interesse público e o interesse estatal, ou seja, um descolamento de interesses entre governantes e governados para o qual o modelo contratualista clássico não consegue mais respostas. Está-se, pois, diante da falência da chamada “democracia representativa”, cuja resposta deve ser encontrada por cada povo, mas certamente com base na denominada democracia participativa. Nesse sentido é preciso ver os problemas oriundos do modelo representativo em cada ramo dos poderes estatais. A crise do Estado faz com que o processo de tomada de decisões no Estado

e na sociedade contemporânea esteja passando por profunda modificação, vez que o modelo tradicional de representação política mostrou-se incapaz de refletir a vontade popular, quase sempre descolada das decisões consolidadas pela maioria parlamentar. Está-se, assim, diante de uma crise de legitimidade da democracia representativa. (CRUZ, 2004, p 5).

Como visto, Cruz (2004) aponta a crise de legitimidade vivida pelo Estado moderno e sua falência quanto a atuar em defesa dos interesses da coletividade. Como causa dessa crise, aponta os órgãos financeiros, pois é comum na atualidade encontrarem-se parlamentares eleitos com o fim exclusivo de atender a interesses específicos de determinados grupos institucionais, bem como a crise partidária, que, no Brasil, devido à pluralidade de tamanha magnitude torna-se impossível para o eleitor conseguir diferenciar as propostas, tendo então uma sensação de homogeneidade entre os partidos. Sendo que esse fato também se reflete no parlamento, pelo desrespeito dos parlamentares às diretivas partidárias (infidelidade), ou pelas constantes trocas de partidos.

Essa crise parlamentar atinge também o órgão do Executivo, pois reduz a legitimidade de suas políticas sociais. Dessa forma, diante de tal quadro crítico, a saída é a implementação de uma democracia participativa, em que, conforme dito, o povo faz uso de instrumentos processuais para a tutela de seus nobres interesses, assim sendo, convocando a participação do Judiciário na preservação do Estado Democrático.

É fundamento do Estado a consagração de direitos básicos e fundamentais para o seu povo, pois estes são requisitos para uma verdadeira democracia efetiva, mesmo porque um povo carente de condições simples para a sobrevivência não é soberano, mas sim refém de uma condição imposta por um sistema representativo corrompido. Dessa forma, em países de desenvolvimento tardio, que é o caso do Brasil, é inadmissível a imagem do terceiro poder (Judiciário) inerte, ou melhor, apolítico, diante da ineficiência dos outros dois (Executivo e Legislativo). (STRECK, 2008).

Desse modo, surge como peça fundamental para que a máquina estatal democrática obtenha validade, a participação efetiva do judiciário na implementação de direitos tão básicos e, ao mesmo tempo, tão violentamente negados. A legitimidade para tais medidas está nítida na Constituição Federal em seu bojo de direitos fundamentais, sociais e suas normas políticas programáticas, devendo, dessa forma, o jurista cumprir sua obrigação de fundamentar suas decisões, amparado nesses princípios, entendendo a lei como ela realmente é, de cunho político e social, visando a implementação dos direitos básicos, rompendo com o conservadorismo predominante no Direito que, ainda hoje no século XXI, é capaz de reproduzir as palavras do Barão de Montesquieu em "o juiz é a boca que emite a lei", devendo aplicar a norma de forma neutra e sem compromissos políticos.

O mundo vive hoje uma crise muito maior do que a divulgada pelos jornais e especialistas econômicos; não se trata de cifras, dólares, banqueiros e bancos, hegemonia americana, importação e exportação, redução de custos industriais etc., mas sim, da crise do Homem, no sentido mais natural possível, na forma de ser digno, autônomo e soberano.

O ser humano deixou de servir aos senhores feudais para servir a um sistema econômico mais severo, onde tal servidão não ocorre de forma voluntária, mas sim de forma oculta. Serve sem saber que serve, pensa o que é permitido pensar, possui não mais a dignidade, mas apenas os restos mortais dela. É homem na medida em que possui RG, tem aptidão para trabalhar e produzir riquezas. Não para si, mas para outrem.

Teoricamente, abdicou de sua soberania e de sua liberdade em pró da coletividade e fraternidade, sendo que, em contrapartida, recebeu a alienação, a marginalização, a coisificação. Seu caráter de "imagem e semelhança de Deus", como entende as doutrinas cristãs, deu lugar a imagem e semelhança de coisa, de objeto e de estatística, incapaz de pensar, de produzir e de romper com as barreiras impostas pelo capitalismo. Da

mesma forma, o Direito vem sendo produzido, como coisa, objeto e política distante da realidade do homem excluído, mas sim fortalecedor das barreiras capitalistas.

A crise mundial é a mesma crise democrática, política e judiciária. Uma forma de combatê-la é priorizando o homem como ser digno que é e, no âmbito jurídico, por exemplo, é tornar eficaz o direito da dignidade humana, pois deste decorre as demais necessidades básicas.

As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado Moderno, quais sejam: o território e o povo, como elementos materiais, o governo, o poder, a autoridade ou o soberano, como elementos formais. Para alguns autores, existe um quarto elemento: a finalidade – o Estado deve ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência, o que vai ganhando consistência ao longo da própria historicidade do Estado, na ultrapassagem do liberalismo clássico para o Estado Social, e, sobretudo, no ambiente do Estado Democrático de Direito. (STRECK; 2008, p. 39)

De tal forma, implementar uma democracia participativa, com eficácia do judiciário no papel político que lhe é imposto pela Constituição significa acirrar uma batalha contra o positivismo em geral e dar ao povo o que lhe pertence por direito natural.

Deste modo, conforme Silva (2006), nos dias contemporâneos, o Estado Democrático não deve ser visto como uma meta, algo a ser alcançado, mas sim como algo concreto, que já deve ser por si só real. Neste sentido, segundo Magalhães Filho:

As bases do Estado Democrático de Direito são a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais. Em razão desse segundo pilar, evidencia-se não apenas o plano político, mas também nas dimensões econômica, social e cultural. Na esfera econômica, o trabalhador, parte mais fraca nas relações laborais, deve ser protegido juridicamente para que não seja explorado por aquele que dispõe de vantagem econômica, isto é, pelo empregador. Na perspectiva social, exige-se justiça social, sendo esta não apenas a justiça distributiva que estabelece que cada um deve receber de acordo com os seus méritos ou capacidades, mas também aquela

que proclama que deve ser dado a cada um segundo as suas necessidades, ou seja, as necessidades humanas primordiais devem ser atendidas. Finalmente, no plano cultural, exige-se que a todos seja assegurada a educação. (MAGALHAES FILHO, 2004, p. 104).

Portanto, o Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social, estando, portanto, intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais.

2. Aplicação dos princípios constitucionais

Embora seja vital a intervenção constitucional do judiciário, isso não significa que sejam também necessários decisionismos, o que seria antidemocrático. Streck diz que os princípios têm a finalidade de impedir múltiplas respostas, pois fechariam a interpretação, ao invés de abri-la. Com isso, Streck afirma que (2008, p. 172):

Não se pode confundir ou tentar buscar similitudes entre os princípios constitucionais e as referidas cláusulas gerais (abertas). Aliás, seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, princípios que autorizassem o juiz a buscar, em outros “espaços” ou fora dele, as fontes para complementar a lei. É como se a Constituição autorizasse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático).

Nesse sentido, os princípios em si são normas a serem aplicadas, são instrumentos pelo qual o juiz decidirá de acordo com as suas vontades. Na sequência do raciocínio, Streck (2008) afirma que o decisionismo está presente no próprio positivismo, pois este permite que o juiz faça a escolha mais adequada. Assim afirma:

Significa dizer, trabalhando com a idéia de sistema sem lacunas, que a própria previsão da “correção” e da “colmatação” das insuficiências do ordenamento faz parte do próprio ordenamento jurídico. Desse modo, remete-se ao próprio direito à correção do direito (veja-se, no caso brasileiro, a “perfeita”

combinação/complementariedade entre o art. 4º LICC e o art. 126 do CPC, agora realimentados pelas cláusulas “abertas” do Código Civil). Observa-se como esse problema da discricionariedade, que exsurge no positivismo, a partir da “delegação” em favor do juiz do poder de “resolver casos difíceis”, acaba sofrendo um deslocamento em direção a uma “objetividade textual”, não propriamente da regra (texto jurídico), mas das conceitualizações prévias elaboradas pela dogmática jurídica. (STRECK, 2008, p. 173).

Então, conclui-se que há existência da discricionariedade dentro do próprio positivismo, através dessas regras, de forma a controlar as decisões judiciais. Por conseguinte, Streck (2008, p.175), sobre a aplicação dos princípios afirma:

É através dos princípios – compreendidos evidentemente a partir da superação dos discursos fundacionais acerca da interpretação jurídica – que se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para o caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação). A presença de princípios na resolução dos assim “casos difíceis” – embora a evidente inadequação da distinção entre *easy* e *hard case* – tem o condão exatamente de evitar a discricionariedade judicial. A resposta não provém de um discurso adjudicador (de fora); ela provém de uma co-originariedade.

Segundo Streck (2008, p.176):

A materialidade principiológica constitucional – passam a compor, dessa maneira, novo perfil da sociedade contemporânea, enquanto respostas às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das “fases” anteriores do Estado e do direito. Supera-se igualmente a contraposição sociedade-Estado (veja-se, por exemplo, o problema dessa dicotomia no direito administrativo ou no direito tributário, em que parte considerável da doutrina continua a incorrer no “confronto” Estado mau-cidadão bom; em linha similar, parte considerável do direito penal sustenta, em pleno Estado Democrático de Direito, a existência de apenas bens jurídicos de carne e osso”). Além do texto constitucional que representou – e representa – um plus normativo (e qualitativo, em face da legitimidade que se torna condição de possibilidade) em relação às “etapas” anteriores do direito (e do Estado), é nos princípios que se institucionalizou a moral, compreendida como “ideal de vida boa” da sociedade (demandando, por isso, um Estado que deixa de ser “inimigo”, para ser “amigo dos direitos fundamentais”).

Desta forma, a moral, anteriormente expulsa do direito pelo positivismo, retorna, sendo agora co-originária aos princípios do Direito, pois estes foram criados democraticamente, sendo através dela que o Direito irá abrir-se ao déficit social representado pelo superado modelo liberal-individualista de direito. (STRECK, 2008).

Por isso, no Estado Democrático de Direito, o processo hermenêutico supõe a condição de princípios e condições políticas e sociais. Por conseguinte, Streck (2008, p. 177) afirma que:

A institucionalização da moral no direito, a partir do direito gerado democraticamente (Constituições compromissório-sociais), mostra a especificidade do Estado Democrático de Direito, isto é, ambas matrizes (teoria discursiva habermasiana e hermenêutica filosófica) somente se sustentam em sistemas jurídicos que promove(ra)m essa institucionalização. O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de “vida boa” deve ser compreendido como dirigido e pertence a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.

Nessa situação, diante da inefetividade dos direitos fundamentais, consagrados pela Constituição, na visão de Streck (2008, p. 379):

Na base desta situação, que está além do problema relacionado à configuração política e econômica da sociedade brasileira (democracia em consolidação, alternando longos espaços de ausência de Estado de Direito, a histórica desigualdade social, a cultura patrimonialista, o regime presidencialista que se mantém com governabilidade ad hoc), encontra-se consolidada uma cultura jurídica positivista que coloniza a operacionalidade (doutrina e jurisprudência) e o processo de elaboração das leis, em um processo de reatualização.

A Constituição ainda constitui a base para a política, sendo que esta não se conduzirá simplesmente por valores de ocasião, mas fundamentada nos ideais legitimados na lei democrática (Constituição). Do mesmo modo, o legislativo, não se encontra apenas como executor da Constituição, mas sim, vinculado a esta, de forma com que as leis que as emanar, não firam o seio

constitucional. Sendo, portanto, a Constituição, um programa, não só para o Estado, mas também para a sociedade. (STRECK, 2008).

Assim, não há porque se falar em alterações ou esvaziamento dos direitos fundamentais, uma vez que eles, vinte anos após a promulgação constitucional, continuam inefetivos, devendo-se, então, não falar em limitá-los, mas sim em efetivá-los, de forma com que a sociedade possa desfrutar da gama de direitos a ela destinados, cumprindo, assim, a política dirigente e compromissória da Constituição de 1988.

Neste caso, descumprir o núcleo básico da Constituição, significa romper com o contrato social e colocar em cheque a efetividade do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido:

A função da jurisdição constitucional deve fazer prevalecer a Constituição contra as maiorias eventuais, sem, a toda evidência, resvalar em direção a ativismo e/ou decisionismos, discussão, aliás, que perpassou estas reflexões em toda a sua extensão. Ou seja, a existência de um contramajoritarismo é condição de possibilidade para a efetivação dos direitos substantivos previstos na Constituição, funcionando, assim, essa regra, como uma garantia contra o enfraquecimento do núcleo político essencial que aponta para a construção de um Estado Social (art. 3º da CF). É essa tensão entre política e direito que inexoravelmente desaguará na discussão do papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional. Definitivamente, não se pode confundir a defesa de postura substancialistas com ativismos judiciais. A defesa da Constituição – nos moldes substancialistas aqui defendidos à luz da hermenêutica – está muito além de acusações desse jaez. Ativismos judiciais e discricionariedades prestativas caminham lado a lado. É a possibilidade efetiva de respostas corretas que se constitui como blindagem contra ativismos/discricionariedades. (STRECK, 2008, p. 383)

Entende-se que uma baixa compreensão acerca do sentido da Constituição, quanto a seu significado dentro do Estado Democrático de Direito, tende a acarretar uma baixa aplicação. Devendo o intérprete ver a constituição como a norma legitimadora das demais, esta que traz validade para todo o ordenamento.

Portanto, na ótica de Streck (2008), o novo constitucionalismo traz para o Direito, a discussão acerca de conflitos sociais, direitos fundamentais e sociais historicamente sonegados: a miséria, a pobreza e a indignidade de parcela populacional, bem como as condições de transformação com e pelo direito.

3. O direito alternativo em tempos de (in)efetividade de direitos fundamentais

Inicia-se com esta citação, o capítulo sobre o Direito Alternativo, pois Arruda Jr (1992), o exemplifica com maestria ao dizer que não se trata de uma manifestação individual, mas sim de um movimento social engajado em transformar a sociedade. Assim, Gomez (2001) levanta um breve esboço sobre a história do movimento:

A rápida destruição dos laços de solidariedade tradicionais, familiares e territoriais, obrigou à intervenção do Estado na regulação da “questão social” (Direito do Trabalho, seguridade social, entre outros) e da economia (política monetária, gastos públicos, subsídios entre outros). As transformações do papel do Estado obrigam, irremediavelmente, à adoção de um novo papel também do direito. Este é entendido, então, como instrumento a serviço de metas concretas: orientar as condutas humanas para a promoção do desenvolvimento econômico e social. (GOMES, 2001 p.19).

Como visto, o movimento nasceu no Brasil com os juristas do Sul, que, em suas sentenças, buscavam mais do que aplicar a lei, efetivando um sentido verdadeiro de justiça para o caso concreto. Torna-se necessário conhecer os fatos anteriores, que levaram a grande imprensa a desejar desmoralizar esses magistrados. Segundo Andrade (1996), com a instalação do regime ditatorial militar em 1964, os aparelhos de violência do Estado funcionaram incessantemente, torturando, perseguindo e matando pessoas, principalmente militantes políticos, intelectuais, operários e estudantes contrários à ideologia imposta.

Sendo assim, foi disseminada entre a sociedade civil a doutrina da segurança nacional, ou seja, a base teórica legitimadora do regime militar.

Conforme relata Andrade (1996), nesse período, as faculdades de Direito foram mais positivistas do que nunca, limitando-se a transmitir os conteúdos das normas postas, com pouca atenção para discussões e problemáticas hermenêuticas. Desta forma, era considerado bom aluno aquele que decorava as leis. Nesse ambiente de ensino, foram criados os julgadores das décadas seguintes até o fim do regime de força, no ano de 1985.

Na ditadura, expressar o pensamento era muito perigoso. Todavia, mesmo com o terror, muitos juristas e magistrados não estavam conformados com seu trabalho e, sem que expresassem, sentiam-se angustiados diante de tanta injustiça social e violência.

No fim do regime, iniciou-se o processo constituinte. Andrade (1996) diz que no estado do Rio Grande do Sul, a Associação dos Juizes promoveu debates para obter sugestões à elaboração da Constituição.

Nesses encontros, os magistrados angustiados e insatisfeitos com o estado das coisas perceberam que existiam muitos outros em situações análogas. Assim, suas propostas à Assembleia Constituinte eram comuns em alguns aspectos, como por exemplo, a reforma agrária, a limitação dos ganhos econômicos e outros meios para se alcançar justiça social. Além disso, existia um pessimismo e frustração na magistratura de primeira instância, quanto à atividade jurídica. Os motivos, segundo Andrade (1996, p. 107), eram:

- 1) ao anacronismo da legislação; 2) à rigidez processual e a conseqüente ineficácia social da prestação jurisdicional; 3) ao caráter, exclusivamente, exegético da cultura jurídica dominante, ficando, o julgador, totalmente vinculado à lei e à jurisprudência dos tribunais; 4) ao total do descompasso entre a realidade socioeconômica do Brasil e o discurso jurídico que, distante e alienado, permitia (como ainda permite) o crescimento da injustiça social, tratando-a como problema alheio ao seu trabalho; 5) aos mais variados benefícios usufruídos pelos Tribunais de segunda e terceira instância como: o uso de carros oficiais para fins particulares, o empreguismo de parentes, isenções fiscais e muitas

regalias; 6) o descrédito popular no Poder Judiciário, acarretando perda de legitimidade. Toda essa situação permitiu um crescente aumento de tensão no ânimo de um número expressivo de juízes, levando-os até a um grito de denúncia que acabou permitindo a organização do movimento alternativo.

O Direito Alternativo liga-se, portanto, à Jurisdição Constitucional, principalmente a de cunho substancialista, voltada para a efetivação de direitos fundamentais. Ambas as correntes reconhecem o dever político do jurista em resolver o caso concreto de acordo com os princípios básicos, com os direitos fundamentais e com os objetivos da Constituição, de modo que apenas não decida sobre um caso, mas se faça justiça àquele, amparado pela Constituição, pela dignidade da pessoa humana. O jurista, nessa ótica, está compromissado com valores nobres, de inclusão dos oprimidos e de um Direito justo, não mais opressor. Nesse sentido, segundo Arruda Junior:

O uso alternativo do direito não é manifestação individual dos juízes, nem tampouco fenômeno restrito à magistratura. Trata-se de um inusitado movimento social. A reação passional, leviana, teoricamente débil e politicamente reacionária dos juristas do status que é um sinal positivo da desestruturação dos graus de mediações – via instância jurídica – que aqueles intelectuais orgânicos do bloco histórico dominante costumavam e ainda hoje tentam manter escoimados num empedernido positivismo. Tais leguleios, ventríloquos de todo poder estabelecido já não têm tanto preparo para o contorcionismo retórico. O Rei está nu. (ARRUDA JR, 1992, p. 72 e 73).

A discussão, portanto, acerca do constitucionalismo contemporâneo – e de suas implicações políticas – é tarefa que ainda se impõe nos dias de hoje. Ela assume especial relevância em um país em que as promessas da modernidade, contempladas nos textos constitucionais, carecem de uma maior efetividade. Daí a pergunta de Streck (2008): como relegar a um segundo plano as promessas que fizemos a nós mesmos?

Por isto, é possível afirmar, que a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim:

O ponto de estofa em que convergem as dimensões democráticas (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida) daquilo que se pode denominar de “essência” do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Por tanto, nenhuma das funções pode ser entendida isoladamente. (STRECK, 2008, p. 22).

E em termos de jurisdição constitucional não há como negar esse caráter híbrido do aplicador, entre jurídico e político, pois é somente nessa condição, que ele terá a sensibilidade necessária para não afastar-se do mundo real, trazendo para os problemas sociais a resposta constitucional correta.

Assim, se posiciona Streck (2008, p. 25), ao afirmar que:

A implementação dos direitos fundamentais-sociais (substanciados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade na validade da própria Constituição, naquilo que ela representa pelo elo conteudístico que une política e direito. Parece não restar dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais e serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar desta discussão – traz à baila a questão da legitimidade do poder judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão.

Ora, a efetivação dos Direitos Fundamentais, através da jurisdição constitucional, e o Movimento do Direito Alternativo se entrelaçam ao evidenciar o compromisso que o jurista constitucionalista deve ter, e Streck (2008, p. 36) se pronuncia categoricamente sobre como se deve ver à Constituição, neste trecho:

A Constituição não trata apenas dos meios; cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no artigo 3º da nossa Constituição, que encarna a obrigação da construção de um estado social. E nisso reside o papel transformador do direito e do Estado, assim como a necessidade da rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória

de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que, em mais de cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria, fatores geradores de violências institucionais (veja-se a repressão produzida pelos aparelhos do Estado) e sociais (veja-se o grau exacerbado da criminalidade).

Analisando um caso prático, Streck (2008, p. 127) rebate as críticas ao positivismo de combate:

Comarca de Joinville (SC), em que o juiz, atendendo ação civil pública promovida pelo Ministério Público, determinou à municipalidade a criação de 2,948 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino. No caso, a municipalidade havia preferido colocar determinada verba em favor de um clube de futebol (Joinville Esporte Clube, que disputa terceira divisão do Campeonato Brasileiro). Daí “a objeção procedimentalista:” Permanece a dúvida: o lazer e a cultura também não seriam valores tutelados pela Constituição da República? Certamente, na escala de valores do juiz, esses seriam inferiores à educação. Mas, restaria a questão: porque a opção pela educação e não pela saúde, moradia, assistência sociais, certamente também deficitárias? Esses valores também seriam inferiores em caso de ponderação? Novamente se está diante do problema representado pela inviolabilidade de confrontação /colisão de princípios. É evidente que o lazer e a cultura são direitos (fundamentais) tutelados pela Constituição. Ocorre que um determinado confronto entre “lazer-cultura” e “educação” somente pode ser resolvido no caso concreto. O direito à cultura vai sobrepor à educação; em outras, não! Mas essa situação deverá ser bem delineada. Não há hierarquia – abstrata, universalizante – entre os princípios. Por isso o perigo representado por sopesamentos (ponderação). Somente a situação concreta é que serve de parâmetro para a resposta correta (adequada à Constituição). O problema talvez esteja no que seja uma situação concreta para a hermenêutica e para a teoria do discurso habermasiana. No caso em questão, não é (nem um pouco) irrelevante o fato de a verba estar destinada, originalmente, para o clube de futebol. Ao contrário: é a situação hermenêutica-concreta que baliza a situação, que, acima de tudo, tem como fundamento o art. 205 da Constituição do Brasil, que estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, parágrafo 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isso tudo aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sócias (art. 3º). Em síntese, como a norma é

sempre o resultado da interpretação do texto e não sendo o texto apenas um enunciado lingüístico, mas, sim, um evento, o sentido dado ao caso é a síntese hermenêutica, que tem na diferença ontológica e sua condição de possibilidade.

No exemplo dado, Streck demonstra a aplicabilidade da Constituição em um caso concreto e chega a uma resposta correta (constitucionalmente adequada). Streck (2008) alerta que, em decisões dessa magnitude, sempre está em jogo o problema dos limites entre a política e o direito, ou seja, a democracia e o constitucionalismo. Porém, justificando seu raciocínio, o autor se questiona:

Tivesse o Poder Judiciário, no momento histórico oportuno, logo após 1988, firmado posição sobre a aplicação do mandado de injunção, estaríamos hoje, no caso concreto das crianças sem escola em Joinville, diante de típico caso de seu manejo. Ou seja, ao invés de ação civil pública, talvez fosse possível o manejo do mandado de injunção. Para aqueles que consideram a decisão do Juiz de Joinville equivocada, acusando-a de “ativista” e/ou de “jurisprudência de valores” (ou, ainda, “comunitarista”), cabe, então, a seguinte indagação: a utilização do mandado de injunção – instrumento tão festejado e, ao mesmo tempo, pranteado por todos os juristas (inclusive pelos habermasianos) – não representaria, também, um ativismo judicial? Qual seria a diferença entre conceder vagas em escolas ou remédios para doentes via mandado de segurança ou via mandado de injunção? (STRECK, 2008, 129).

Há que se ressaltar que o combate pela efetivação dos direitos fundamentais encontra guarida na busca incessante pelo respeito à Dignidade da Pessoa Humana, como demonstra Magalhães:

O direito foi criado para o homem, que é fim e não meio. O princípio da dignidade da pessoa humana, embora esteja consagrado na Constituição, é um valor suprapositivo, pois é pressuposto do conceito de Direito e a fonte de todos os direitos, particularmente dos direitos fundamentais. Por força desse princípio é que um direito fundamental não pode excluir o outro, quando há entre eles colisão no caso concreto, pois a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação do valor da pessoa humana. (MAGALHAES FILHO, 2004, p. 206).

Utilizar o Direito Alternativo, interpretar conforme a Constituição, ver a Carta Maior no seu cunho substancialista, comprometido em realizar e efetivar seus fundamentos e direitos, são atitudes as quais carecem o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, para a sua legitimação e emancipação do povo brasileiro.

Conclusão

Conforme o exposto, o Estado Democrático de Direito representa a vontade constitucional da realização do Estado Social, assumindo, em *terrae brasiliis*, um caráter emancipatório e de inclusão social.

A questão, no entanto, gera foros de dramaticidade ao se analisar a baixa efetividade dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988, sendo certo que, mesmo após vinte e nove anos de promulgadas, as promessas constitucionais permanecem não cumpridas.

Como visto, tem-se a noção de que o Estado Democrático de Direito está estritamente ligado à efetivação dos direitos fundamentais. Assim, o Poder Judiciário passa a ter fundamental papel em sua efetivação, de modo que se faz necessário assumir seu caráter compromissório com as promessas constitucionais.

O movimento do Direito Alternativo surge, então, como opção ao modelo positivista-individualista num momento de crise hermenêutica do judiciário.

Outrossim, surge como oposição ao modelo majoritário de interpretação e de efetivação do direito o combate à utilização do direito como instrumento de dominação e exclusão social, traz, ao jurista alternativo, seu compromisso com a transformação social. Convoca à baila, em muitos momentos, a necessidade de um positivismo de combate em favor do pobre e do oprimido.

Portanto, a Jurisdição Constitucional, num momento de girada linguística do movimento constituinte, alinha-se ao Movimento do Direito

Alternativo ao ser também instrumento de cumprimento das promessas constitucionais. Nesse sentido, concluímos que Direito Alternativo e Jurisdição Constitucional são mecanismos não só úteis, mas imprescindíveis para a efetivação das promessas da modernidade, para a transformação e a inclusão social, sendo que ambos se legitimam perante a inércia dos poderes Legislativo e Executivo.

Referências

- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei nº 8009/90 e o Direito Alternativo**. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima (ORG). Lições de direito alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- GENRO, Társio Fernando Herz. **Os juízes contra a lei**. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima (ORG). Lições de direito alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- GOMEZ, Diego Javier Duquesky. **Entre a lei e o direito**: uma contribuição à teoria do direito alternativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001
- FACHIN, Luiz Edson; SILVA, José Gomes da. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1991.
- KANT, Immanuel. **Crítica à razão pura**. São Paulo: Vozes, 2012.
- MAGALHAES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- TESHEINER, José Maria Rosa. **Juiz bouche de la loi – Em Defesa de Montesquieu**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 8, nº 788, 23 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/64-artigos-jun-2008/5975-juiz-bouche-de-la-loi--em-defesa-de-montesquieu>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa**. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima (ORG). Lições de direito alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1992.