



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDSON PIRES DA FONSECA

O DIREITO COMO ESPAÇO DE LUTAS:
a teoria constitucional como ferramental de trabalho do jurista orgânico

Florianópolis, 2006.

EDSON PIRES DA FONSECA

O DIREITO COMO ESPAÇO DE LUTAS:

a teoria constitucional como ferramental de trabalho do jurista orgânico

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer.

Florianópolis, 2006.

EDSON PIRES DA FONSECA

O DIREITO COMO ESPAÇO DE LUTAS:

a teoria constitucional como ferramental de trabalho do jurista orgânico

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Junior
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Ledio Rosa de Andrade
Universidade do Extremo-Sul de Santa
Catarina

Florianópolis, 08 de Dezembro de 2006.

DEDICATÓRIA

À Elvira, minha doce Avó,
pelo muito que me fez;
À Ericka, pelo muito que me faz.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte primeira de todas as coisas, pelas dádivas que sempre irradia em minha vida.

Ao meu orientador, Professor Antonio Carlos Wolkmer, exemplo de dedicação em prol da construção de um pensamento jurídico emancipatório de raiz latino-americana, pelos ensinamentos proferidos, colaboração, incentivo e confiança.

Aos Professores Edmundo Lima de Arruda Júnior e Ledio Rosa de Andrade, por me honrarem com as suas ilustres presenças em minha banca, pelo apoio, sugestões e por serem juristas que, acima de tudo, parafraseando Dworkin, *levam o direito a sério*.

À Professora Cecília Caballero Lóis, em cujas concorridas aulas ampliei meu gosto pelo direito constitucional, pela magnífica experiência que pude vivenciar como seu assistente na graduação, bem como pelo carinho e conhecimento compartilhados.

Ao professor Sergio Cademartori, pela amizade, ensinamentos e *jeepeadas*.

À Ericka, pela formatação do trabalho, pelo carinho, compreensão, amor, cumplicidade e por todo o resto, que seria impossível enumerar.

Aos meus companheiros de caminhada e utopia no mestrado: Humberto, Rodrigo, Simone, Lucas, Maíra, Samuel, Mateus Quadros, Carol Ferri, Erik, Hermes, Fabiana, Cissa, Ana Paula, Carol Pecegueiro, Margit, Leonardo Rossano, Alice, Elton e Rafael Schincariol pelo apoio, incentivo, pelos sonhos, angústias, frustrações e conquistas compartilhados.

Ao Josué, Lau, Pedro, Pedro Filho, Romeu, Sinai, Tomé e Vitor, meus diletos Amigos, cujos ensinamentos e apoio constantes têm sido o meu sustentáculo.

Aos amigos da Universidade Estadual de Londrina, em especial, ao Fábio Pássari, Regiane Andreola, Erika Dmitruk, Leandro Volochko, Zé Otávio Ereno, João Fernando, Ana Rafaela Gusmão, Gustavo Munhoz, Rodrigo Mioto, Paula Araripe, Saymon Mazzaro, Eliana Mazzaro e Alexandre *Camus*, pelo apoio constante e pelas preciosas lições de vida.

Aos Professores Júlio, Aylton Durão e Arnaldo Godoy, pelo exemplo, compromisso e ensinamentos.

Aos alunos da UNDB, em especial ao Bruno Antonio, Erick Railson, Roberto Oliveira, Anne, José David e Stephano, que auxiliaram no fichamento de algumas obras.

Aos Professores da UNDB, em especial, Isaac Reis, André Meirelles, Ney Bello e Rodrigo Raposo, pela força e pelo diálogo qualificado.

Ao povo brasileiro, que por meio da CAPES e do CPGD/UFSC financiou este trabalho: espero conseguir retribuir o investimento à altura!

Aos funcionários e estagiários do CPGD, em especial ao Marcos, Douglas e Carla, que não medem esforços para auxiliar os mestrandos nessa difícil empreitada.

Ao movimento estudantil da Universidade Estadual de Londrina, lugar em que tudo começou.

À minha família, em especial ao meu irmão Eder, pela interlocução qualificada.

Aos meus amigos de Cândido Mota, pelo apoio de uma vida inteira.

A todos aqueles que direta ou indiretamente colaboraram na confecção deste trabalho.

"Os que fazem da objetividade uma religião mentem.

Eles não querem ser objetivos: mentira;

Eles querem ser objetos para salvar-se da dor humana."

Eduardo Galeano

FONSECA, Edson Pires da. **O direito como espaço de lutas**: a teoria constitucional como ferramental de trabalho dos juristas orgânicos. 2006. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

RESUMO

Parte-se neste trabalho da idéia de que o direito é um importante espaço de lutas das classes sociais espoliadas. Criticam-se as correntes vinculadas ao marxismo ortodoxo, que pautadas na relação mecanicista entre estrutura e superestrutura, tratam o direito unicamente como dominação, ignorando-o como possível espaço de emancipação. Auxiliam, dessa maneira, a perpetuação das correntes conservadoras no ambiente jurídico. Nesse contexto, o direito alternativo surge como superação dialética dessas correntes, por fazer do judiciário um *front* da guerra de posição. Os juristas orgânicos, comprometidos com a superação do bloco histórico atual e com a construção de um novo bloco histórico, são protagonistas desta batalha. Defende-se que diante da heterogeneidade teórico/ideológica de seus membros, o direito alternativo passou de uma prática em busca de uma teoria para a prática de diversas teorias, sendo a sua ação iluminada por inúmeras fontes teóricas. Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, muitas conquistas oriundas das lutas populares foram erigidas à condição de princípios constitucionais. Com isso, a teoria constitucional passa a ser uma importante ferramenta de trabalho dos juristas orgânicos na exploração do viés emancipatório do direito, a partir da utilização de uma dogmática da efetividade integral do texto constitucional. Apresenta-se alguns pontos das obras dos constitucionalistas alemães Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle como profícuos referenciais teóricos para o atuar alternativista. A defesa da efetividade integral da Constituição é salutar para que as conquistas populares albergadas em seu texto deixem a folha de papel e aterrissem no mundo da vida.

Palavras-chave: Direito alternativo. Teoria crítica. Gramsci. Teoria constitucional. Dogmática emancipatória.

FONSECA, Edson Pires da. FONSECA, Edson Pires da. **Law as a field of struggle: constitutional theory as a fundamental work tool of the organic jurists.** 2006. Dissertation. Masters of Law. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ABSTRACT

This work aims at demonstrating Law as an arena for the confrontation among excluded social classes. It is criticized the ideological currents related to orthodox Marxism, which based on the relation between structure and superstructure, consider that Law is a space for domination and ignore it as a possible field for emancipation of rights. This tends to an hegemonic perpetuation of the conservative thought in the juridical environment. The so called *Direito Alternativo* appears as a dialectic overcoming of those critical thoughts for making of the Judiciary an arena of “position war”. The organic jurists, compromised on the overcoming of the actual historical block and on the construction of a new one, are the protagonists in this struggle. Before theoretical and ideological heterogeneity of its members, the *Direito Alternativo* movement has passed from a pragmatic quest for a theory to a pragmatic quest for many theories, having nowadays uncountable theoretical sources enlightening its actions. Since the promulgation of the 1988 Brazilian Federal Constitution many conquests originated in the social struggles were taken to the level of constitutional principles. Since then, constitutional theory became an important work tool of the organic jurists for the scrutiny of the emancipatory bias of Law, based on a dogmatic of the integral effectiveness of the constitutional norm. It is presented the second generation of the constitutional material theory – Konrad Hesse, Friedrich Müller and Peter Häberle – as a theoretical reference for the *alternativista* act. A constitutional dogmatic founded on a fully effectiveness of the legal norm is important for the conquest acquired in the 1988 Federal Constitution to abandon the piece of paper and land in the real world.

Key-words: *Direito* alternative. Critical theory. Gramsci. Constitutional theory. Emancipatory dogmatic.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPITULO I - O DIREITO COMO ESPAÇO DE LUTAS: o direito alternativo	
1 O MODELO LIBERAL-INDIVIDUALISTA-NORMATIVISTA DE DIREITO E A SUA CRISE	19
1.1 Capitalismo, estado moderno e direito	21
1.1.1 Modelo liberal	22
1.1.2 As mudanças na ordem econômica a crise do modelo liberal de direito .	28
1.1.3 A modernidade e o direito.....	33
1.2 O direito como espaço de lutas: a guerra de posição	38
1.2.1 Crítica à relação mecanicista entre estrutura e superestrutura: o direito como instrumento da guerra de posição	38
1.2.2 As idéias de bloco histórico e de hegemonia em Gramsci	43
1.2.3 Guerra de posição: o conceito de Gramsci.....	48
1.2.3.1 Gramsci e o direito.....	51
2 DIREITO ALTERNATIVO: algumas considerações	54
2.1 Introdução	54
2.2 Histórico	57
2.2.1 Antecedentes teóricos	57
2.2.2 Um breve histórico.....	62
2.2.3 Alguns esclarecimentos prévios: o que não é direito alternativo	64
2.3 Tipologia proposta	70
2.3.1 O uso alternativo do Direito – instituído relido	71
2.3.2 Positividade combativa (instituído sonogado).....	75
2.3.3 Direito alternativo em sentido estrito (Instituinte).....	77
CAPITULO II - FERRAMENTAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL	
1 INTRODUÇÃO	83
2 O MÉTODO CONCRETISTA DE KONRAD HESSE	85
2.1 A força normativa da Constituição	85

2.2	Método hermenêutico-concretizador – Konrad Hesse	88
3	A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MULLER	91
3.1	Esboço de uma doutrina pós-positivista	94
3.1.1	A metódica estruturante como esboço de uma metódica do direito constitucional	98
3.1.2	A teoria da norma de Friedrich Muller.....	100
3.1.3	A interpretação como concretização	104
3.2	Sobre a metódica estruturante	110
3.2.1	Pressupostos de uma metódica jurídica científica.....	112
3.2.1.1	Elementos metodológicos strictiore sensu	114
3.2.1.2	Elementos da concretização a partir do âmbito da norma e do âmbito do caso	117
3.2.1.3	Elementos dogmáticos	118
3.2.1.4	Elementos da técnica de solução.....	120
3.2.1.5	Elementos de teoria.....	120
3.2.1.6	Elementos de política constitucional	121
4	A COMUNIDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: a hermenêutica constitucional de Peter Häberle.....	122
4.1	Tese fundamental, estágio do problema	123
4.2	Os participantes do processo de interpretação constitucional	124
4.3	Conseqüências para a hermenêutica constitucional jurídica	128

CAPITULO III - O JURISTA ORGÂNICO/ALTERNATIVISTA

1	O INTELLECTUAL TRADICIONAL E O INTELLECTUAL ORGÂNICO: breves considerações	132
1.1	O jurista orgânico e o jurista tradicional	140
2	O DIREITO ALTERNATIVO COMO PRÁTICA JURÍDICA CONSTITUINTE	146
2.1	Direito Alternativo: a retomada crítica da dogmática jurídica	146
2.2	A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo	158
2.2.1	A sociedade aberta dos intérpretes e a jurisdição constitucional brasileira	162
2.2.2	A metodologia jurídica concretista e a racionalização do direito	167

2.2.3	A concretização dos direitos fundamentais sociais: perspectivas e desafios	168
2.2.3.1	Constitucionalismo dirigente, ativismo judicial e a concretização dos direitos sociais.....	180
	CONCLUSÃO	191
	REFERÊNCIAS	200

INTRODUÇÃO

Almeja-se com a presente dissertação discutir as possibilidades emancipatórias presentes na dogmática jurídica, por meio da articulação entre teoria constitucional e direito alternativo. Parte-se da negação do discurso dominante em algumas correntes ortodoxas do marxismo, que sustentam ser o direito apenas um espaço de dominação de uma classe social com relação às demais, não se vislumbrando nele nenhuma possibilidade emancipatória.

Esse equívoco deriva do caráter meramente mecanicista atribuído à relação entre estrutura e superestrutura, que concebe a superestrutura como mero reflexo da estrutura econômica. Defende-se, aqui, na esteira do conceito *gramsciano* de bloco histórico, relido por Poulantzas, que a superestrutura não é um reflexo automático da estrutura: há um condicionamento recíproco entre ambas. Sustenta-se, pois, que a partir do arcabouço teórico elaborado por Gramsci é possível defender a existência de espaços de lutas emancipatórias no direito, que devem ser ocupados pelos juristas orgânicos/alternativistas.

Entende-se por jurista orgânico ou alternativista o intelectual orgânico, no sentido *gramsciano*, que faz da esfera jurídica um espaço de luta em favor da superação do bloco histórico atual e da construção de um novo bloco, comprometido com a concretização dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados, mas politicamente sonegados.

Os pressupostos para o delineamento do trabalho são oriundos da articulação entre direito alternativo e teoria constitucional.

Desde a sua origem o movimento do direito alternativo tem sido alvo de inúmeras críticas, muitas delas feitas sem o rigor que deve permear uma crítica acadêmica. Ambiciona-se com esta dissertação enfrentar essas críticas à luz do conhecimento alternativista, verificando-se a pertinência, coerência e correção de cada uma delas.

Para tanto, inaugura-se o trabalho com a descrição do modelo liberal-individualista de direito e a sua crise. Em seguida, abordam-se alguns aspectos das imbricações entre direito liberal e capitalismo. Evidencia-se a crise desse paradigma jurídico por meio do reconhecimento de sua incapacidade em cumprir as promessas da modernidade. Na seqüência, desenvolve-se a idéia do direito como espaço de lutas, a partir da reconstrução do conceito *gramsciano* de guerra de posição.

Aborda-se também a relação mecanicista entre estrutura e superestrutura, enfatizando o papel do direito como elemento da superestrutura. Fecha-se o tópico traçando conceitos de bloco histórico e hegemonia.

Ainda no primeiro capítulo, o item dois enfocará o movimento do direito alternativo. Inicialmente, serão apresentadas as suas raízes históricas, que vão desde os seus antecedentes teóricos alienígenas, como o uso alternativo do direito italiano, até os primeiros congressos de direito alternativo realizados na Ilha de Santa Catarina, no início dos anos de mil novecentos e noventa.

No que tange ao direito alternativo na atualidade, defende-se que houve uma mudança de perspectiva nos objetivos do movimento, que deixou de ser “uma prática em busca de uma teoria” para consolidar-se como a prática de diversas teorias. Mais consentâneo com os objetivos do alternativismo do que construir uma teoria própria para iluminar a sua práxis, o que poderia dogmatizá-lo, é valer-se instrumentalmente das diferentes correntes teóricas existentes. Foge-se, desse modo, do apego dogmático a uma única vertente teórica, mantendo-se acesa a criticidade ínsita ao movimento. Na mesma toada, serão analisadas as principais críticas feitas ao direito alternativo, colacionando argumentação apta a superá-las.

O estudo do direito alternativo será feito com base na clássica tripartição: uso alternativo do direito ou instituído relido, positividade combativa ou instituído sonogado, e, por último, direito alternativo em sentido estrito ou plano instituinte, que albergam o pluralismo jurídico.

Com base na análise do uso alternativo do direito serão traçadas as principais imbricações desta corrente do direito alternativo com as modernas concepções hermenêuticas, exemplificando a sua utilização prática no direito brasileiro. O uso alternativo do direito trata da apropriação hermenêutica do direito positivo, atribuindo a ele um novo sentido, consentâneo com os valores emancipatórios que se quer construir. Para isso, utiliza-se como parâmetro hermenêutico a vasta principiologia constitucional que plasma conquistas das classes sociais exploradas. Em síntese, vale-se aqui do próprio ordenamento jurídico positivo como meio de efetivação e concretização das conquistas sociais sonogadas à população, em especial, à sua parcela materialmente mais carente.

A positividade combativa, segunda das tipologias do alternativismo jurídico, será objeto de maior atenção por ser nela que este trabalho melhor se enquadra. Essa corrente defende que um dos papéis do jurista orgânico é o de lutar

pela concretização dos direitos das classes populares que já foram erigidos à condição de normas jurídicas, mas que ainda não são aplicados. Nessa perspectiva, a efetivação da própria Constituição Federal desponta como importante foco da luta alternativista, uma das razões de se optar por abordar, no segundo capítulo, algumas das ferramentas da teoria constitucional que podem auxiliar na concretização integral da Constituição.

Encerra-se o capítulo inaugural defendendo-se a atualidade do direito alternativo e, conseqüentemente, refutando as críticas de alguns seguimentos do mundo jurídico que o consideram ultrapassado, fora de moda.

No segundo capítulo, como substrato teórico do trabalho, serão apresentadas algumas das principais correntes da teoria constitucional contemporânea. Os autores selecionados para essa empreitada são membros de uma profícua geração do direito constitucional alemão, denominada por Paulo Bonavides como segunda geração da teoria material da constituição. São eles: Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle¹. Ressalta-se que esses autores e suas obras não serão abordados de modo analítico e nem exaustivo, o que seria impossível nos restritos limites de uma dissertação de mestrado. Serão enfocados tão-somente alguns de seus principais conceitos e proposições, em especial os que podem servir de ferramenta jurídica emancipatória no âmbito de sistemas constitucionais dirigentes e de alta densidade principiológica como o brasileiro de 1988.

De Konrad Hesse será estudado o conceito de força normativa da constituição, elemento central na argumentação estabelecida por ele no diálogo atemporal travado com Ferdinand Lassale. Hesse tentou responder à provocação *lassaleana* de que as constituições escritas são meras *folhas de papel*, isto é, documentos escritos sem nenhum valor normativo concreto.

Com base na tese da força normativa pode-se aferir a normatividade da Constituição vigente, importante para que a sua carga emancipatória aterrisse no cotidiano brasileiro, contribuindo para a redução do fosso que separa as promessas feitas pelo Texto constitucional daquilo que é efetivamente concretizado.

¹Ao agrupar, sob o mesmo manto, autores de matrizes teóricas variadas, não se quer incorrer naquilo que Virgílio Afonso da Silva chamou, parafraseando Kelsen, de “sincretismo metodológico”. O agrupamento tem finalidade muito mais instrumental do que acadêmica. Eles são abordados juntos em virtude das diferentes possibilidades emancipatórias abertas por suas obras, e não por haver absoluta compatibilidade teórica entre eles.

Friedrich Müller, Decano da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, na Alemanha, é um dos mais destacados constitucionalistas da atualidade. Seus escritos tiveram boa acolhida pela comunidade jurídica brasileira, contribuindo para isso o Professor Paulo Bonavides, que há muito os divulgava. Neste trabalho, serão enfocados alguns aspectos da sua metódica estruturante, fundadora de uma teoria jurídica pós-positivista.

A teoria da norma delineada por Müller ancora-se na não-identidade entre texto de norma e norma jurídica. Compõe-se esta última de programa da norma – texto da norma interpretado a partir dos métodos de interpretação tradicional, de Savigny – e o âmbito da norma – parcela da realidade escolhida pelo programa da norma para fazer parte da mesma. Supera-se, dessa maneira, a dicotomia entre constituição real e jurídica, já que ambas, dialeticamente, integram a própria norma jurídica.

Diante disso, saltam aos olhos as possibilidades que podem se desenhar para o direito alternativo com a utilização da metódica estruturante. De um lado, a realidade passa a ser componente da própria normatividade jurídica, de outro, a metódica serve como elemento de aferição da racionalidade das decisões judiciais, indispensável na busca da objetividade possível do direito, afastando do direito alternativo qualquer pecha de irracionalidade que lhe queiram atribuir seus críticos.

Da rica obra de Peter Häberle este trabalho selecionará para estudo a tese da sociedade aberta dos intérpretes da constituição, em virtude da pertinência da obra para o atual momento do direito constitucional brasileiro, em especial no que diz respeito à jurisdição constitucional. Essa tese foi veiculada na obra “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, que teve boa aceitação no cenário jurídico brasileiro. Propõe o autor que a interpretação constitucional seja retirada do monopólio judicialista em que estava encarcerada, passando a ser feita à luz do dia, pelos diferentes atores sociais, pois todos aqueles que vivem sob a égide de uma determinada constituição são seus intérpretes autorizados.

Com essa ampliação da interpretação constitucional o juiz não poderá mais se isolar em sua *torre de marfim*, decidindo ao alvedrio do que pensa a sociedade. Deverá, isso sim, abrir a interpretação constitucional para acolher as contribuições de todas as potências públicas presentes na sociedade. Ressalva-se, no entanto, que não se advoga aqui a subserviência do juiz à vontade de majorias

eventuais. Cumpre-se lembrar a lição de Luigi Ferrajoli, para quem o papel do juiz no estado constitucional de direito é contramajoritário, incumbindo-lhe a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos contra qualquer maioria.

O último capítulo inicia-se com a apresentação do conceito *gramsciano* de intelectual orgânico. Parte-se dele para se desenvolver a idéia de jurista orgânico, contraponto do jurista tradicional na guerra de posição travada no espaço jurídico. O jurista orgânico não se enquadra nos moldes estreitos e mitológicos do jurista tradicional, oculto por detrás do dogma da neutralidade, mera “boca que diz as palavras da lei”. Ele é de uma nova estirpe, comprometido com a superação do *status quo*, preocupado com a construção de outra sociedade, na qual o ser prevaleça sobre o ter, garantidora daquilo que Amilton Carvalho chamou de “uma vida em abundância para todos”.

Na seqüência, com Saavedra López e Clèmerson Clève, o direito alternativo será defendido como uma prática jurídica constituinte. Sustenta-se que o direito alternativo representa um *plus* em relação às teorias críticas do direito, pois resgata as possibilidades emancipatórias latentes na dogmática jurídica. Com isso, o direito alternativo ganha em objetividade, sem se apartar do seu compromisso ético e transformador.

Enfrenta-se, ainda, as possibilidades que alguns enfoques metodológicos podem descortinar para o alternativismo, em especial, como já mencionado, auxiliando a refutar as críticas de que o movimento geraria insegurança jurídica e politização demasiada do espaço jurídico.

A complexa questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais também está presente no trabalho. Aborda-se a evolução da tutela dos direitos sociais nos ordenamentos jurídicos, enfocando, principalmente, o tratamento que lhes é dispensado tanto pela Lei Fundamental alemã quanto pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Analisa-se a necessidade de tutela jurídica das mínimas condições de vida, mesmo nos países cujas constituições não positivaram em seus textos os direitos sociais, já que sem condições materiais mínimas, os próprios direitos liberais de liberdade não podem ser fruídos. A doutrina da reserva do possível também é trabalhada. Reconhece-se, de um lado, que o impossível não pode ser exigido, porém, de outro, com Eros Grau, que a reserva do possível não pode se restringir às limitações orçamentárias do Estado, devendo ser consideradas as possibilidades econômicas concretas do país.

Aborda-se ainda a teoria da constituição dirigente, seus contornos, limites, possibilidades e atualidade, especialmente em um modelo constitucional como o brasileiro de 1988.

Por derradeiro, conclui-se o trabalho reafirmando-se que os aportes teóricos da teoria constitucional concretista, que serão desenvolvidos no segundo capítulo, são importantes ferramentas para a efetivação dos direitos fundamentais, em especial os sociais, armas imprescindíveis num cenário de constituição dirigente, no qual o direito é reconhecido como efetivo espaço de lutas das classes sociais exploradas. Resgatam-se, com isso, as possibilidades emancipatórias do direito e da dogmática jurídica, pontos de partida para a ruptura com séculos de tradição que fizeram do direito latifúndio das classes sociais dominantes.

CAPITULO I - O DIREITO COMO ESPAÇO DE LUTAS: o Direito Alternativo

1 O MODELO LIBERAL-INDIVIDUALISTA-NORMATIVISTA DE DIREITO E A SUA CRISE

O direito, entendido como arcabouço de regras formuladas com base em um conjunto acordado de julgamentos normativos sobre conduta, é um fenômeno relativamente recente nas sociedades ocidentais. Para Tigar e Levy, ele surgiu quando a tecnologia permitiu a distinção entre norma e natureza, possibilitando que as condutas não fossem mais justificadas a partir da “vontade dos deuses”².

Sustentam os citados autores que as relações sociais, da forma expressada pelas regras formais e ordens jurídicas, representam uma função básica de todos aqueles que querem assumir e conservar o poder estatal. Para eles, as regras jurídicas vinculam-se, obrigatoriamente, ao tempo: “são construções de um grupo de pessoas em um dado estágio de desenvolvimento da sociedade. Formas jurídicas peculiares não são condições 'naturais' ou básicas da existência humana.” O direito destaca-se, desse modo, como uma superestrutura erguida sobre a estrutura relacional do poder, razão pela qual, desde o fim da era ateniense, as leis têm sido perpetuações de relações de poder em um determinado grupo social

As leis encerram em palavras, expressas sob a forma de injunções, os direitos ou deveres que um determinado grupo defenderá ou aplicará com o emprego do poder de que dispõe, e proporcionam maneiras previsíveis de solucionar os litígios que surgem nesse contexto.³

O papel fundamental para perpetuar esse estado de coisas sempre foi ocupado pela ideologia⁴, contudo, não se pode esquecer que as leis, em última instância, repousam na força. A burguesia, no entanto, em sua ascensão, sempre se preocupou com a questão da legitimidade do poder.⁵ Valeu-se para esse propósito da tese de que o poder exercido sob a forma de violência controlada pelo estado deve ser justificado com base em algum sistema de autoridade comumente aceito.

²TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine. **O Direito e a ascensão do capitalismo**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 269-270.

³Ibid, p. 270-271.

⁴Sobre Ideologia, entre outros, Cf. LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1991, p.13-48; LÖWY, Michel. **A ideologia nas ciências sociais**: elementos para uma análise marxista. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2000; CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001; WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁵Sobre a legitimação do discurso burguês na Revolução Francesa, Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: o que é o Terceiro Estado. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

Esse exercício previsível do poder é um dos mais importantes elementos da legitimidade. Não é sem motivo que o constitucionalismo do século XVIII estava todo ancorado na idéia de limitação do poder, garantindo aos cidadãos liberdades negativas, isto é, direitos contra o estado. Como bem asseveram Tigar e Levy

“[...] Em contraste com sistemas de pensamento não ocidentais, os antigos burgueses achavam que o detalhamento da maneira como a lei seria aplicada era a essência da equidade, da segurança pessoal e da liberdade.”⁶

Ao contrário do que se propalava, tais sistemas não eram necessários para garantir a liberdade individual, mas sim para afiançar a liberdade corporificada no direito comercial e contratual da burguesia⁷ ocidental, bem como nas relações de propriedade, adaptando-se com precisão aos interesses burgueses em desenvolvimento⁸.

Salientam Tigar e Levy que em todos os casos de construção de sistemas jurídicos eles são justificados com recurso a fontes que se acreditam axiomáticamente válidas, mas que em verdade expressam apenas as aspirações do grupo dominante. Parece que a ideologia jurídica⁹ adquire vida própria quando separada das relações sociais que regula, ficando fora e acima das classes sociais que governa.¹⁰

É nesse sentido que o Professor Antonio Carlos Wolkmer sustenta que em cada período histórico predomina certo tipo de ordenação jurídica, já que o direito é um produto da vida humana organizada e a expressão das relações sociais provenientes de necessidades.

[...] o fenômeno jurídico que florescerá na cultura européia, a partir do século XVII e XVIII, corresponderá à visão de mundo predominante no âmbito da formação social-burguesa, do modo de produção capitalista, da

⁶TIGAR; LEVY, op. cit., p. 271-273.

⁷Para Wolkmer, a burguesia, no início da idade moderna, era uma classe insurgente. Já nos séculos XIX e XX, representa o setor proprietário dos meios de produção. Marx bem destaca este duplo aspecto da burguesia no “Manifesto do Partido Comunista”. Para ele, somente o proletariado era na sua época uma classe autenticamente revolucionária. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p.35-37.

⁸TIGAR; LEVY, op. cit., p. 274.

⁹Segundo Tigar e Levy “A ideologia jurídica constitui um enunciado, em termos de sistema de regras legais, das aspirações, objetivos e valores de um grupo social”. A ideologia jurídica não é exclusividade do grupo que exerce o poder, já que os grupos que aspiram ao poder também formulam o seu ataque em termos de sistemas de regras e princípios, contudo, para os que estão no poder, a ideologia é a “lei” Ibid., p. 275.

¹⁰Ibid., p. 274-275.

ideologia liberal-individualista e da centralização política, através da figura de um Estado Nacional Soberano.¹¹

Esse paradigma jurídico que emergiu da sociedade moderna tem como principais características a estatalidade, a racionalidade formal, a certeza e a segurança jurídica.¹²

1.1 Capitalismo¹³, estado moderno e direito

Para o professor português Vital Moreira, a revolução burguesa, ao extinguir os direitos e privilégios feudais e detonar toda a estrutura protecionista do mercantilismo, tinha por intuito substituir a ordem jurídica artificial da economia por uma ordem natural, automática, ajurídica, que propiciaria a libertação, a desvinculação – a quebra dos vínculos jurídicos – da propriedade, do trabalho, da produção e do comércio.¹⁴

O capitalismo, como modelo econômico e social que se vale do capital como instrumento central da produção material, instaurou-se à medida que se esgotou o feudalismo. Para Wolkmer, as principais características do capitalismo são¹⁵:

¹¹“Não se pode captar a plena dimensão de um sistema, de uma sociedade e de uma cultura, sem a constatação múltipla de fatores causais inerentes à historicidade humana” WOLKMER, op. cit., p. 25-26.

¹²Ibid., p.26.

¹³Os dois principais autores a conceituarem o capitalismo foram, segundo Wolkmer, Karl Marx e Max Weber. Karl Marx, no *Capital*, sustenta que o capitalismo é um modo de produção de mercadorias, constituído no princípio da era moderna, atingido o seu apogeu na Revolução Industrial inglesa. O Capitalismo, nesta perspectiva, engloba não só um sistema de produção de mercadorias, mas também um sistema social no qual a força de trabalho se transforma em mercadoria e se torna objeto de troca como outro qualquer encontrado no mercado. Já para Weber, o Capitalismo é produto histórico do racionalismo utilizado para pensar as relações sociais no moderno mundo ocidental. A racionalidade é a expressão fundamental do mundo moderno europeu. Essa racionalização é propiciada pela Reforma Protestante, em especial a ética calvinista, que atribui todo mérito à natural vocação humana para o trabalho e para um esforço físico capaz de levar à riqueza e à conquista da salvação individual. Em Weber, portanto, o Capitalismo é entendido como ponto alto de um processo de racionalidade da vida organizada, como também como ethos civilizatório da moderna sociedade ocidental européia. Mesmo sendo inegáveis as contribuições de Marx e Weber, assevera Wolkmer, algumas críticas não podem ser omitidas. O primeiro, em que pese a profundidade de sua análise, não se traduz em prognose da efetiva dinâmica da evolução do capitalismo. Já Weber não almeja a abolição do mercado, que é a garantia, em sua opinião, de cálculo racional e de autonomia dos sujeitos: à extinção do mercado sucederia o despotismo puro. WOLKMER, op. cit., p. 29-34.

¹⁴MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1978, p. 74.

¹⁵Já Erich Fromm, citado por Wolkmer, sustenta que os traços característicos do capitalismo são: 1) homens políticos e juridicamente livres; 2) homens livres vendem a sua força de trabalho para o proprietário de capital, mediante um contrato; 3) mercado como regulador de preços e da produção; 4) suposição de que a ação competitiva de muitos, resulte a maior vantagem possível para todos WOLKMER, op. cit., p. 30-31.

- 1) propriedade privada dos meios de produção, ativada pelo trabalho formalmente livre e assalariado;
- 2) sistema de mercado, baseado na iniciativa privada;
- 3) processos de racionalização dos meios e métodos para a valorização do capital e exploração das oportunidades de mercado para efeito de lucro¹⁶.

O padrão de juridicidade que se tornará hegemônico nesse cenário caracterizado pelo capitalismo, sociedade burguesa, ideologia liberal-individualista e moderno estado soberano, é o da racionalidade lógico-formal¹⁷ centralizadora do direito produzido unicamente pelo estado, em uma perspectiva monista de fonte do direito¹⁸.

Para Figueira, a compreensão do direito exige que se estabeleça a conexão entre os conceitos jurídicos e as relações sociais que os geraram.¹⁹ Em virtude disso e visando facilitar a compreensão do modelo liberal de direito, tratar-se-á, na seqüência, da estruturação da sociedade liberal na modernidade.

1.1.1 O modelo liberal²⁰

¹⁶ Para Wolkmer, os acontecimentos históricos que mais influenciaram nesse período foram: a) impulso das atividades comerciais de algumas cidades européias com o Oriente, em especial após as Cruzadas; b) substituição das relações sociais servis pela força de trabalho assalariada; c) passagem das pequenas oficinas para as manufaturas e; d) constante busca do lucro, mercado livre e sistematização do comércio através das trocas monetárias. Ibid, p. 29.

¹⁷ A experiência histórica do Estado liberal, segundo Faria, privilegiou a racionalidade formal. Nesse modelo, as normas são classificadas como jurídicas pela maneira como são decididas, independentemente dos seus conteúdos. Nem os fins justificam os meios nem as regras do jogo podem ser alteradas por pressões conjunturais. FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: EDUSP, 1988, p. 72.

¹⁸ José Eduardo Faria, tratando do Estado Moderno, atesta: “encarado simultaneamente como aparelho de dominação e de organização, o Estado moderno é do resultado da diferenciação de um sistema econômico que regulamenta o processo produtivo através do mercado, de modo descentralizado e apolítico. Nessa perspectiva, ele organiza as condições nas quais os cidadãos – enquanto indivíduos privados atuando concorrencialmente – explicitam o processo produtivo”. Ibid, p. 61.

¹⁹ FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de Direito Privado**. Lisboa: Editorial Caminho, 1989, p. 63.

²⁰ Para Wolkmer, o Liberalismo serve de justificação racional do novo mundo. Surgiu com o desenvolvimento do comércio, do favorecimento de uma classe média individualista e produtiva, bem como do clima de tolerância que tomou conta da Inglaterra e da Holanda, após os conflitos gerados pela Reforma. O Liberalismo, em seu início, constituiu bandeira revolucionária da burguesia, pautado na idéia de liberdade, igualdade e fraternidade, o que atendia não só aos interesses burgueses, mas também os de seus aliados pobres. Porém, ao consolidar o ser poder político e religioso, aplica, na prática, apenas os aspectos da teoria liberal que lhes interessam. O Liberalismo é cheio de situações ambíguas: é revolucionário e ao mesmo tempo conservador. Por exemplo, se por um lado prega a liberdade, por outro limita a ação daqueles que não têm dinheiro. Os traços essenciais do Liberalismo são: núcleo econômico: livre iniciativa, propriedade privada, economia de mercado; núcleo político-jurídico: Estado de Direito, soberania popular, supremacia constitucional, separação dos poderes, representação política, direitos civis e políticos; núcleo ético-filosófico: liberdade pessoal, tolerância,

Segundo Marcelo Galuppo, a gênese da modernidade nos séculos XV e XVI deveu-se a um processo denominado descentramento radical. No mundo antigo e medieval havia um centro – *polis* ou Igreja – unificador das ações humanas, o que não se repetiu no mundo moderno. A idéia de centro permitia uma lógica de organização pautada na comunidade, que, ao contrário da sociedade, pressupõe um único projeto coletivo aglutinando e dando sentido à existência humana. Não havia nas comunidades antigo-medievais lugar para o indivíduo: o todo gozava de prevalência em relação às partes.²¹

A modernidade, ao contrário da idade média, caracterizou-se pela explosão do centro aglutinador do pensamento e da ação. A idéia de um centro unificador não dá conta da multiplicidade de projetos de vida dos sujeitos reunidos em uma sociedade plural, formada pela justaposição artificial dos referidos projetos. Esse descentramento está relacionado, segundo Hanna Arendt, em citação feita por Galuppo, a três processos: *Revolução Científica; Grandes Navegações e Reforma Protestante*.²²

O conceito de estado de direito liberal sintetiza o regime jurídico-político da sociedade que, com a ruptura dos vínculos feudais, consolida as novas relações econômicas e sociais adequadas ao desenvolvimento das forças produtivas²³. Seus postulados fundamentais resumem-se nos seguintes princípios: separação de poderes, princípio da legalidade, abstração e generalidade do sistema normativo e divisão entre esfera pública e privada.²⁴

crença e otimismo na vida, individualismo. Segundo Wolkmer, o traço mais marcante do Liberalismo é o individualismo. Prioriza-se, assim, o homem como centro autônomo de decisões econômicas, políticas e racionais. A ação justifica-se pela subjetividade em que o sujeito racional reconhece e afirma a sua individualidade. WOLKMER, op. cit., p. 37-40.

²¹GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Vol. I, n. 3, p. 195. 2005.

²²Ibid., p.196.

²³Na transição da economia feudal para a economia capitalista a exigência de desenvolvimento imposta pelo novo sistema (a sociedade capitalista, por força de suas leis internas, tem uma necessidade inelutável de crescimento quantitativo) chocava-se com o regime político-jurídico fundado no privilégio e na estrutura feudal da propriedade, impondo sua necessária transformação. O sujeito da história era agora a nova classe ascendente que ia emergindo da crise do regime senhorial e reclamava uma transformação profunda nas relações políticas, econômicas e sociais. FIGUEIRA, op. cit., p. 68-69.

²⁴Ibid, p. 64.

No modelo liberal²⁵ o direito não é o regulador da vida econômica: direito de propriedade e contrato não são institutos econômicos, mas sim da ordem jurídica geral que se apresenta como expressão da ordem natural da sociedade.²⁶ O princípio da autonomia da vontade²⁷ é o eixo em torno do qual giram as regras do direito privado, servindo de linha unificadora para a codificação logo encetada pelos juristas construtores do modelo liberal.²⁸

Assevera Moreira que a ideologia liberal se apresentava como uma unidade sem brechas nos planos econômico, jurídico e filosófico. A liberdade de fazer e de contratar, por exemplo, eram expressões da visão de uma sociedade que se acreditava naturalmente ordenada, eternamente equilibrada. As codificações liberais – a começar pelo Código de Napoleão – são o modelo jurídico dessa visão em que o econômico era desconhecido.²⁹

As instituições jurídicas que servem à economia são as que, de modo geral, servem à sociedade civil. Exclui-se, assim, a economia do direito, fazendo com que o problema econômico não apareça como problema jurídico. As relações econômicas diluem-se na massa comum das imbricações entre duas pessoas, levando à descaracterização econômica desses entes: patrão, trabalhador e empresário não fazem parte do léxico jurídico.³⁰

Para Figueira, esta construção jurídica apresenta-se como expressão de uma nova sociedade, na qual, objetivando-se a libertação dos indivíduos de todas as formas de sujeições, implanta-se uma concepção humanista. Esse humanismo tem um conteúdo econômico e oculta as desigualdades, sujeições e opressões reais. Realiza apenas no plano da abstração a liberdade e a igualdade, que não conseguem transcender ao aspecto meramente formal. Feitas essas ressalvas, não

²⁵Para Eliseu Figueira, impunha-se, nesse momento, em síntese: 1) separação entre sociedade civil e Estado, de maneira que o poder político, limitado a uma função de garantia da ordem pública, não tivesse ingerência no poder econômico deixado à iniciativa privada; 2) tornava-se necessário um novo regime de propriedade, de liberdade de comércio e de circulação de bens. *Ibid.*, p. 69.

²⁶MOREIRA, op. cit., p. 75.

²⁷A liberdade individual, como ideologia do jusnaturalismo, exprimindo uma ordem natural, revela-se na conexão com a realidade histórica como um conceito de conteúdo econômico. A libertação dos vínculos feudais trouxe ao indivíduo uma liberdade puramente formal, mas não uma libertação das limitações à sua personalidade pela satisfação das necessidades orgânicas, culturais e espirituais. O indivíduo adquiriu a liberdade de se deslocar, de mudar de profissão, de comerciar, de produzir e até de ser proprietário, só que essa livre escolha, em função da desigual repartição da riqueza – os possuidores dos meios de produção e os detentores apenas de sua força de trabalho –, não lhe permitia uma real libertação de suas necessidades. FIGUEIRA, op. cit., p. 69.

²⁸*Ibid.*, p. 65-66.

²⁹MOREIRA, op. cit., p.77.

³⁰*Ibid.*, p.75-76.

se pode deixar de reconhecer esse viés humanista como um importante salto qualitativo na transformação da humanidade e da sociedade.³¹

Figueira salienta que no passado clássico e feudal as relações econômicas e sociais eram impostas de fora, mediadas pela força – escravos e servos eram instrumentos de produção, propriedade do senhor. Na sociedade pré-capitalista e capitalista as relações de produção correspondem a uma ordem natural, na qual a coercibilidade não é exercida por uma força exterior, extra-econômica, mas pela dinâmica das leis inerentes e internas ao sistema, pautado pela igualdade e liberdade dos indivíduos. No plano jurídico, a mediação é feita pelo contrato, isto é, pelo consenso estabelecido no mercado de trabalho, segundo o qual todos os agentes econômicos, proprietários e trabalhadores são apresentados como sujeitos livres e iguais.³²

Defende Moreira que o contrato de trabalho é um exemplo típico da dissociação entre o modelo capitalista e a realidade. No capitalismo, ele está integrado ao domínio da autonomia da vontade, no qual duas pessoas, em igualdade de condições, regulam as suas relações segundo a sua vontade esclarecida e livre, permutando duas coisas de valor equivalente: o salário e o trabalho. Essa concepção jurídico-privatista assenta-se, portanto, em um contrato celebrado pela livre manifestação de vontade de dois indivíduos. No plano econômico, todavia, faltam esses pressupostos: a liberdade do contrato transmuda-se na necessidade de aceitar as condições de um poder econômico mais forte. O trabalhador é livre para dispor de sua força de trabalho, porém é livre também de tudo, desprovido de qualquer outra coisa, de meios de produção e de subsistência. É esta liberdade que transforma aquela outra em servidão. Além disso, num modelo dominado pela autonomia da vontade, não há lugar para o sindicato, explicitando o caráter objetivo de instrumento de domínio de classe da ordem jurídica burguesa.³³

Nesse contexto, o estado moderno tem como tarefas, segundo Habermas, citado por Faria, desenvolver e garantir o direito privado burguês, o mecanismo monetário, além de determinadas infra-estruturas. Em outras palavras,

³¹FIGUEIRA, op. cit., p. 73.

³²Contrato: encontro de vontades autônomas, destinado a realizar as exigências do novo modo de produção para uma livre e rápida circulação das mercadorias. Está situado no centro da vida jurídica, representa o mais importante instrumento de realização do equilíbrio de interesses, sendo a mais adequada forma de mediação nas relações econômicas e sociais. Ibid., p. 72-73.

³³MOREIRA, op. cit., p. 78-80.

[...] as premissas para a existência de um processo econômico despolitizado, liberto de normas éticas e de orientações ligadas ao valor de uso. Já que não é o Estado a agir como capitalista, ele deve conseguir os recursos necessários à sua ação a partir das rendas privadas.³⁴

Afirma Faria que a consolidação histórica do estado moderno se deu por meio de uma regulamentação específica dos conflitos, baseada na edição racional de normas, ordenadas hierarquicamente e amplamente conhecidas e reconhecidas. Em virtude disso é que a eficácia das instituições de direito decorre da efetividade de um poder político capaz de exercer o monopólio da violência, dispondo, assim, do poder de sanção.³⁵

A conciliação da filosofia jusnaturalista, que afirmava a liberdade, a igualdade e a propriedade como direitos originários inerentes ao indivíduo – com a supremacia do estado legislador – foi conseguida por meio do reconhecimento jurídico positivo das liberdades fundamentais e dos direitos do homem.³⁶

Em suma, o estado moderno, visto ao mesmo tempo como aparelho de dominação e de organização, é fruto da diferenciação de um sistema econômico que regulamenta o processo produtivo por intermédio do mercado, de maneira descentralizada e apolítica. Organiza, dessa maneira, as condições nas quais os cidadãos, entendidos como indivíduos privados que concorrem entre si, explicitam o processo produtivo.³⁷

No estado de direito liberal confere-se ao direito positivo o papel de descrever os tipos gerais e abstratos e, aos indivíduos, o dever de lhes dar vida nas relações concretas. Há dois direitos: em primeiro lugar, o normativo, exterior, que nada ordena e apenas prevê: as suas normas são principalmente de natureza supletiva; e, em segundo, o direito concreto, autônomo e contratual, que regulamenta os interesses dos particulares nas relações de sua vida real. A articulação entre estes dois planos é feita pelo reconhecimento da capacidade jurídica a todo sujeito humano³⁸.

³⁴HABERMAS, Jürgen. Problemas de Legitimação no Estado moderno. In: _____. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1983. *apud* FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: EDUSP, 1988, p. 62.

³⁵FARIA, 1988, p. 59.

³⁶A antinomia primado da lei versus autonomia da vontade, terminou pela conciliação que atribui à lei (ao Estado) o poder de conferir aos indivíduos a faculdade de auto-regulamentação dos seus interesses. FIGUEIRA, op. cit., p. 73-74.

³⁷FARIA, op. cit., p. 61.

³⁸FIGUEIRA, op. cit., p. 76.

Nesse modelo, o juiz de direito deve, ao fazer a mediação entre a lei e o caso concreto, fechar-se no interior do ordenamento abstrato, sem recorrer a fatores exteriores. A sua operatividade consiste numa atividade lógico-formal, isto é, ele deve fazer a subsunção do fato concreto ao tipo abstrato contido na norma, sem se referir, em qualquer hipótese, a valores sociais. Desse modo, a relação jurídica, ao invés de ser o elo entre a norma e a relação social a ela referida, é a relação entre o sujeito e a norma³⁹.

Essa posição interpretativista tem sido assumida pelos historicistas, pandectistas e positivistas, ainda que por razões distintas. Para eles, o direito objetivo é compreendido, na sua função de neutralidade, como um sistema fechado e auto-suficiente. O equívoco cometido pela escola histórica foi compreender a história como evolução linear da sociedade e não como sua transformação dialética qualitativa. Contudo, teve o mérito de apontar que em virtude de o direito ser produto de uma comunidade organizada, a intervenção do estado na economia e no ordenamento jurídico não encontra nenhum limite externo, isto é, não está limitada por nenhuma ordem natural ou por uma presumida natureza humana inviolável.⁴⁰

Para Lenio Luiz Streck, o paradigma liberal-individualista do direito sustenta a disfuncionalidade entre o direito e as instituições encarregadas de aplicar a lei. Essa disfuncionalidade, contudo, passa a ser a própria funcionalidade do sistema. O modo de produção do direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais não da conta dos problemas oriundos de uma sociedade complexa, na qual os conflitos são transindividuais.⁴¹

Machado, no mesmo sentido, sustenta que a cultura liberal individualista, “reduzida ao conhecimento da normatividade vigente e ao domínio das técnicas de aplicação da lei”, é adequada à resolução de conflitos interindividuais, de cunho privado, não sendo, todavia, suficiente para o enfrentamento das necessidades do novo milênio, no qual se ingressa na era dos direitos coletivos, públicos ou transindividuais⁴².

³⁹Ibid., p.76.

⁴⁰FIGUEIRA, op. cit., p. 76.

⁴¹STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33-34.

⁴²MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e Mudança Social**. São Paulo: UNESP, 2005, p. 209-210.

1.1.2 As mudanças na ordem econômica a crise do modelo liberal de direito

Segundo Moreira, o modelo liberal, postulador do princípio da separação entre o econômico e o jurídico, foi desagregado. Com o desenvolvimento da estrutura econômica os instrumentos jurídicos comuns que a serviam – propriedade e contrato – mostraram-se insuficientes. Na primeira fase desse processo – até a 1ª Guerra Mundial – a criação de novos institutos foi esparsa e assistemática, mas atingiu os fundamentos da ordem jurídica privada da economia. Com o crescimento das empresas a propriedade individual perdeu a sua base no domínio da economia industrial, dando lugar à sociedade. Situação semelhante viveu o contrato; a ficção do contrato de trabalho desapareceu com a criação dos sindicatos, que passaram a ser parte legítima na relação contratual. A liberdade contratual tornou-se autofágica; surgiram os cartéis e os trustes dominando o mercado e tabelando os preços. A economia, desse modo, começou a provocar o despedaçamento da unidade da ordem jurídica liberal⁴³.

Diante de tal quadro, salienta Moreira, foram duas e divergentes as reações. De um lado, proibiram-se os acordos de domínio de mercado – legislação antitruste estadunidense, *Clayton Act*, 1896. Reconheceu-se, assim, que o modelo jurídico liberal garantia o modelo econômico; então, para a manutenção do paradigma econômico devia-se alterar o modelo jurídico liberal, por já não exercer, adequadamente, as suas funções. De outro lado, mantiveram-se intactos os quadros da ordem jurídica liberal, fazendo com que os acordos de domínio de mercado fossem válidos e vinculantes. Todavia, o modelo econômico já não correspondia à realidade: economia de mercado não era mais sinônimo de livre concorrência.⁴⁴

A livre concorrência e a livre iniciativa privada, os dois grandes princípios do modelo econômico, não faziam parte da ordem jurídica liberal. Contudo, nas condições reais da economia – grande número de empresas, nenhuma delas podendo dominar o mercado –, os institutos jurídicos do contrato e da propriedade implicavam na realização daqueles princípios. Porém, com a alteração da realidade, aqueles princípios já não desempenhavam a mesma função; a solução seria criar

⁴³MOREIRA, op. cit., p. 83-84.

⁴⁴Ibid., p. 84-85.

novos institutos para preencher a lacuna. Porém, inexoravelmente, ou o jurídico ou o econômico entrariam em crise.⁴⁵

De qualquer maneira, a ordem liberal mantém-se praticamente idêntica a si mesma. Somente com a primeira guerra mundial este imobilismo fictício foi posto em xeque. Durante a guerra o estado canalizou toda a economia para a satisfação das exigências bélicas. Para isso, teve de criar um novo aparelho jurídico ou utilizar os aparelhos jurídicos até então existentes para um novo fim. A primeira grande guerra, a inflação e o desemprego em massa deram o golpe de misericórdia nas representações liberais. Os conceitos de propriedade e de contrato dissolveram-se. Ao mesmo tempo, as instituições do direito privado e a economia *laissez-faire* mostraram-se incapazes de assegurar o desenvolvimento da sociedade. A partir de então o direito foi progressivamente chamado a cobrir cada vez mais extensas zonas da ordem econômica.⁴⁶

Na seqüência, no caminho trilhado por Vital Moreira, cumpre-se demarcar as linhas de força da ordem jurídica da economia e verificar o que não se enquadra no sistema jurídico privado do modelo liberal, destacando as principais características da ordem econômica contemporânea.

Primeiramente, despedaçou-se a unidade interna do modelo do direito privado oitocentista. Traduziu-se isso num prévio despedaçamento do modelo econômico e social liberal, do qual aquele era expressão. Há agora, ao contrário do modelo jurídico-privado liberal, uma ordem econômica explícita, que assume expressamente a conformação da economia e que tem nela o seu objeto consciente. Não há um conceito unânime de direito econômico: uns o vêem como novo ramo do direito, outros como apenas um novo modo de estudar e considerar o direito.⁴⁷

A moderna economia capitalista precisa do estado e de sua aperfeiçoada máquina burocrática em conseqüência da perda de importância do uso e da tradição como sistema normativo da ação humana, bem como do destroçamento, pelo desenvolvimento do mercado, dos centros extra-estaduais – associações – formadores de direito.⁴⁸

⁴⁵Ibid., p.85.

⁴⁶Ibid., p.86.

⁴⁷Ibid., p.97.

⁴⁸Segundo Vital Moreira, a intervenção crescente de normas tomadas explicitamente para regular a economia, é efeito de um processo de racionalização da mesma. Para Weber, citado pelo autor, o direito e a economia evoluíram igualmente no sentido de uma maior racionalidade, aquele se libertando de todas as representações carismáticas ou teológicas, esta ganhando autonomia e um

A ordem jurídica racional e a atividade racional do estado são as únicas compatíveis com a ação econômica final-racional típica do capitalismo. A estrutura técnico-econômica do capitalismo requer previsibilidade de conseqüências e calculabilidade de probabilidades que só um direito logicamente formalizado e uma atividade estatal a cargo de uma máquina burocrática aperfeiçoada podem fornecer⁴⁹.

O burguês considerava o direito e a atividade do estado como um dado, tal qual o mercado. Era natural que o mercado se alterasse, o mesmo não podendo ser dito do direito e do estado. O caráter de dado da ordem jurídica é condição fundamental de efetivação do princípio econômico, isto é, da condução da atividade própria segundo o princípio racional da maximização das vantagens. Para Moreira, dois são os pressupostos para a existência dessa situação: em primeiro, uma ordem jurídica dada e eterna; em segundo, uma atividade estatal mínima e previsível. A substância essencial do estado de direito é, portanto, a previsibilidade da conduta do estado. A calculabilidade e a previsibilidade continuam a ser um valor fundamental da ordem econômica capitalista.⁵⁰

Nota-se, então, que a ordem jurídica clássica foi posta em xeque por uma tripla ordem de razões; a primeira delas, de origem econômica: o progresso técnico gera o capitalismo monopolista; a segunda, motivada por razões sociais: nascimento do movimento operário e o agravamento dos conflitos de classe; por último, razões de ordem ideológica: aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo.⁵¹

O novo estado do direito, de viés econômico, traduz as relações do poder político em face da evolução dos fatores econômicos, sob influência do progresso técnico; as empresas tornaram-se cada vez maiores a ponto do seu próprio funcionamento apelar para a intervenção estatal. A concorrência entre pequenas unidades cedeu lugar às relações estratégicas entre centros de decisão de grande envergadura, concentradores de recursos e interdependentes. Esta nova dimensão dos negócios, este papel de enormes unidades e grupos, titulares de um importante poder discricionário, estreitaram as relações entre o direito e a economia.⁵²

princípio racional de orientação. O tipo lógico-formal-racional do direito e a ação econômica final-racional representam a fase mais alta dessa evolução e estão incindivelmente relacionados. *Ibid.*, p. 98-99.

⁴⁹ MOREIRA, op. cit., p. 100-102.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 100-102.

⁵¹ *Ibid.*, p. 122.

⁵² *Ibid.*, p. 122-123.

De um lado, o progresso técnico exigiu o planejamento e a disciplina pública da economia. A planificação da economia estava pressuposta com o surgimento da fase monopolista, sendo conseqüência da própria concorrência. Por outro lado, a concentração e o domínio econômicos por poucas empresas facilitam a regulamentação econômica e a planificação, na medida em que o comportamento do mercado e do processo econômico se dá em função delas.⁵³

Leciona Moreira que foram as tensões sociais, características da sociedade industrial desenvolvida, que, contrariando as doutrinas do liberalismo clássico, forçaram uma progressiva intervenção estatal na economia. Se a ordem econômica clássica transformou-se na ideologia jurídica da liberdade individual e da propriedade privada utilizada em vista da exploração sistemática da grande maioria por uma minoria, é essa maioria consciente que vai procurar destruir aquela ordem. Os conflitos econômicos – sobretudo as greves – entre patrões e operários desempenharam um importante papel no estado moderno, pois a grande contestação do direito clássico veio dos operários que, organizados primeiramente em sindicatos, depois em partidos, conseguiram conquistar a cidadania e ter voz política. O direito do trabalho, nesse contexto, recebeu formas jurídicas públicas.⁵⁴

A voz conquistada pelo operariado permitiu-lhes exercer certo controle sobre a ordem econômica, possibilitando a introdução de direitos sociais nas constituições, tema que será tratado no último capítulo. Resulta daí a introdução na ordem econômica de elementos, em tese, contrários à ordem liberal.⁵⁵

Moreira salienta que essas representações foram tiradas de teorias ou doutrinas anti-burguesas. Ideologias das mais diversas confluem na superação da ordem econômica liberal e na modelação da ordem econômica contemporânea. Em relação ao socialismo, chegou-se a afirmar que a via da revolução proletária fora impedida justamente pela reforma do capitalismo à luz da doutrina marxista anticapitalista.⁵⁶ O capitalismo tem uma capacidade enorme de metamorfosear-se, assimilando em seu favor elementos colhidos em teorias que o negam, reforçando a

⁵³Ibid., p. 125-126.

⁵⁴O sufrágio universal foi objeto da primeira luta do operariado. Pensou-se que essa democratização na estrutura capitalista pudesse levá-la à ruína, mas, ao contrário, o sufrágio revelou-se como uma válvula de segurança contra a revolução. Havia, portanto, ingenuidade quanto à capacidade de defesa do capitalismo e um pessimismo quanto à sua compatibilidade com formas democráticas. Ibid., p. 128-129.

⁵⁵Ibid., p.128-129.

⁵⁶Alguns pensadores sustentam que Marx forneceu ao capitalismo algumas das armas que lhe têm permitido resistir ao fim que lhe previu.

sua capacidade de resistência. A ordem jurídica atua como o principal centro de operação desse processo.⁵⁷

Uma das premissas básicas do liberalismo é a desvinculação completa entre economia e política. A economia acusava a política de ser guiada por uma irracionalidade perturbadora. Esta representação era factível quando o sistema econômico era auto-regulável e o sistema social estava imune a tensões e desequilíbrios fundamentais advindos da economia. Contudo, a primeira guerra mundial pôs termo a essa representação, inaugurando uma nova etapa da ordem econômica, caracterizada por um novo estatuto das relações entre o sistema político – político-jurídico – e o sistema econômico, adequado à nova forma do sistema capitalista industrial.⁵⁸

Na percepção de Moreira, a ordem econômica contemporânea⁵⁹ fundamenta-se na destruição do estatuto de apoliticismo da economia, isto é, na sua transformação em objeto de prática política. O efeito conjunto dos fatores econômicos, sociais e ideológicos citados, colocou em xeque o sistema social/político do capitalismo liberal. Para que ele se mantivesse foi necessária a sua transformação, principalmente com a atribuição ao sistema jurídico-político – estado e direito – de um lugar de maior destaque na regulação do equilíbrio do sistema social.⁶⁰

A crise do estado de direito liberal é, portanto, nas palavras de Antonio Manuel Peña, a crise da lei e do direito em sua versão tradicional, vistos como mecanismos de regulação e de programação social⁶¹. Segundo ele, são inúmeros os fatores que contribuíram para a citada crise. Em primeiro lugar, aponta as experiências políticas concretas que demonstraram o risco inerente ao formalismo,

⁵⁷MOREIRA, op. cit., p. 128-129.

⁵⁸Ibid., p.131.

⁵⁹Ressalva-se aqui que a análise da economia contemporânea feita por Vital Moreira e utilizada como base para o presente tópico, não considerou, até pela data de sua publicação, as transformações mais recentes na economia, principalmente a guinada neoliberal agudizada pelos governos Thatcher, na Inglaterra, e Regan, nos Estados Unidos, e imposta a muitos países por meio do Consenso de Washington. A análise também não dá conta das inúmeras transformações oriundas da globalização econômica. Contudo, resta atual para os fins deste trabalho, ao fornecer elementos para a compreensão da gênese capitalista e as suas imbricações com do direito liberal burguês, bem como os elementos para a sua superação. Cf.: FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999; GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006; ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997.

⁶⁰MOREIRA, op. cit., p.130.

⁶¹FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p.54.

além do insuportável desvio entre o modelo liberal e a sua práxis social e econômica: a função última do poder deve ser a garantia dos direitos e interesses dos indivíduos. Outro elemento importante foi a constatação do caráter conflitivo da realidade social e da não-neutralidade do direito no que tange aos conflitos sociais. A lei é parte do conflito social e não é expressão pura da vontade geral, mas de uma maioria eventual, interessada e dispersa. Nesse sentido, a lei deixa de ser uma garantia contra o estado, passando a ser um instrumento conveniente de legitimação do poder⁶².

Além dos fatores que contribuíram para essa crise, Peña aponta tensões desagregadoras que afetam o direito no estado liberal. A lei passou a ser vista como um ato personalizado, impregnado de interesses sociais e políticos, quase nunca generalizáveis, e, por esse motivo, suscetíveis a críticas por serem parciais ou eminentemente classistas. Destaca-se, também, o aparecimento, paralelo ao ordenamento legislativo estatal, de ordenamentos menores que refletem formas autônomas de organização que não desejam ser enquadradas dentro do marco jurídico-público nem se inserirem em um único e centralizado processo normativo⁶³.

Em suma, com as mobilizações populares tratadas anteriormente, as promessas feitas pela modernidade de igualdade, liberdade e fraternidade começaram a ser cobradas. A mera formalização desses direitos não foi suficiente para atender aos anseios das classes trabalhadoras. Desse modo, a mesma modernidade jurídica que abriu as luzes para o estado liberal também balizou o surgimento do estado social, principalmente por meio das crises já abordadas.

Na seqüência, focar-se-á o direito na modernidade, não sem antes tentar delimitar com mais acuro o sentido com que esse vocábulo é utilizado neste trabalho.

1.1.3 A modernidade e o direito

Ao trabalhar o conceito de modernidade, Adeodato opta por um conceito qualitativo em vez de um temporal, isto é, nem tudo o que vem após a Revolução Francesa pode ser considerado moderno. Ressalva que os parâmetros do direito

⁶²FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p.55.

⁶³Ibid., p.56. Sobre o pluralismo jurídico, conferir WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

definidos como modernos não constituem um caminho pelo qual evoluirão todos os povos. Feitas essas considerações preliminares, define como modernos “os sistemas jurídicos emancipados e auto-referentes do primeiro mundo”⁶⁴. Para o autor, o direito dogmático, autopoietico, é uma grande novidade da modernidade, havendo uma grande tendência entre os países contemporâneos de dogmatizarem o seu direito,⁶⁵ com o estado assumindo o monopólio da jurisdição.⁶⁶

Salienta-se, dessa maneira, que a modernidade jurídica, compreendida historicamente como “o ciclo de gradual autonomização da esfera jurídica,”⁶⁷ tem como um de seus principais marcos a superação do modelo jusnaturalista, fazendo com que o direito deixe de ser transcendente para se mundanizar. Superam-se, com isso, inúmeros problemas; criam-se, todavia, outros⁶⁸.

A produção jurídica, por exemplo, expõe-se a diversas outras vicissitudes, tais como: as incertezas da política, os interesses econômicos, a diversidade de moralidades, etc.⁶⁹ A segurança jurídica⁷⁰, necessária para a garantia da

⁶⁴Adeodato não defende que sistemas alopoiéticos sejam, em todos os aspectos, menos complexos e sofisticados do que os autopoieticos, mas, é inegável: são menos complexos do ponto de vista da diferenciação funcional

⁶⁵A ênfase racionalizadora do direito positivo, escreve Faria, leva a dogmática a valorizar valores formais tais como, os da imperatividade, estatismo, coatividade e coerência lógica, de maneira desconectada da própria matéria objeto de regulamentação. FARIA, José Eduardo – Eficácia Jurídica e Violência Simbólica: o direito como instrumento de transformação social – São Paulo: EDUSP, 1988, pp.60 e 61. Para Jürgen Habermas, a modernidade fica cada vez mais dependente de uma razão procedimental, isto é, de uma razão que conduz um processo contra si mesma. A crítica da razão é obra dela própria - idéia antiplatônica (Kant), segundo a qual não há nada mais elevado a que possamos apelar, já que, ao chegarmos, descobrimos que as nossas vidas já estavam estruturadas lingüisticamente. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 12.

⁶⁶ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 211- 212.

⁶⁷ARRUDA JR, Edmundo Lima; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: CESUSC, 2002, p. 51- 53.

⁶⁸João Maurício Adeodato trabalha com exemplos de argumentos tipicamente modernos divulgados pela imprensa brasileira, como o dos marajás do serviço público, que declaram saber que o valor dos seus proventos é imoral, mas legal. Este é o preço pago pela autopoiese: a legitimidade torna-se palavra sem significado ao ser equiparada à legalidade, pois o direito legítimo é aquele produzido segundo as regras do sistema. “no topo do sistema de normas, ato de vontade do poder constituinte originário fixa livremente os conteúdos do direito. Advogando o fim da 'ideologia' do direito natural, o positivismo coloca como modernidade exatamente essa autofixação dos critérios do lícito e ilícito. ADEODATO, op. cit., p. 213.

⁶⁹ARRUDA JR; GONÇALVES, op. cit., p. 51.

⁷⁰O conceito dominante de segurança jurídica não passa de uma mitologia jurídica da modernidade, para citar a homônima obra de Paolo Grossi. Esse discurso serve para deslegitimar todas as formas de se pensar e aplicar o direito que não sejam o reducionismo simplista engendrado pelo positivismo normativista dos leguleios. Arruda Júnior e Gonçalves, em feliz passagem, defendem que a idéia de segurança jurídica deve ser revista. Não se pode mais pensar em segurança jurídica como a garantia de que o resultado almejado será conseguido mediante um procedimento hermenêutico meramente subsuntivo, pautado em uma idéia de neutralidade axiológica do método e do intérprete, que não resiste ao menor sopro de cientificidade, principalmente quando confrontada com os preciosos

estabilidade exigida pelo meio de troca liberal-burguês, tornou-se um imperativo e uma ideologia. Esse anseio liberal encontra no positivismo a doutrina que melhor lhe atendeu.⁷¹ Denuncia Herkenhoff que a segurança que a lei fundamentalmente garante é a segurança das classes que fizeram a lei ou tiveram papel preponderante em sua feitura⁷².

Do mesmo modo que a modernidade, a conceituação do positivismo jurídico é ampla e diversificada. Optou-se aqui por algumas formulações que traduzem em breves linhas a essência desse fenômeno complexo. Uma conceituação mais apurada, contudo, é indispensável para a compreensão do positivismo em toda a sua amplitude.⁷³

Defende Galuppo que a grande questão que envolve a modernidade é a realização da emancipação humana. Para isso, todavia, é necessário dominar a sociedade e a natureza. Nesse sentido, “o Positivismo é um projeto inerente à própria Modernidade: conhecer para dominar, e dominar para libertar. Ordem e Progresso.” Para ele, o positivismo não é somente a primeira epistemologia moderna, mas também a mais radicalmente moderna. Afirma que o próprio Descartes, a seu modo, já era um positivista por sustentar, em seu célebre *Discurso*

aportes oriundos da hermenêutica filosófica gadameriana. O próprio Kelsen, no célebre capítulo oitavo de sua clássica “Teoria Pura do Direito,” já era cristalino ao defender a impossibilidade de uma única interpretação correta na aplicação do direito. Uma norma jurídica, defendia ele, comporta uma série de interpretações, todas elas válidas, não havendo no direito mecanismo algum capaz de dizer qual é a única interpretação correta. Pensar em segurança jurídica depôs da hermenêutica filosófica é pensar no direito de se ter clareza a respeito das pré-compreensões desde as quais somos julgados. Revelar as pré-compreensões por trás da discricionariedade, transformando-as em posições – hermenêutica genealógica – das quais se exige fundamentação. Como em importante síntese argumentou Gadamer, o trabalho do hermeneuta é desvelar tudo o que fica de não dito quando se diz algo. GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004; KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998; ARRUDA JR; GONÇALVES, op. cit., p. 246.

⁷¹ARRUDA JR; GONÇALVES, op. cit., p. 51. Para Galuppo, o projeto da modernidade entra em crise, perceptível desde a passagem do século XIX para o século XX. A dominação que pretendia libertar o homem, alertam Marx, Nietzsche, Freud, produziu o seu contrário. Esses três autores denunciavam o projeto moderno, por defendê-lo, acreditando ainda ser possível a emancipação humana. A modernidade, nesse contexto, seria um projeto inacabado, como bem asseverou Jürgen Habermas. Não há necessidade, no entanto, salienta Galuppo, de abandonar, como defendem os pós-modernos, o projeto da modernidade e suas grandes conquistas, como o sujeito e o direito à diferença: uma correção de itinerário já seria suficiente. A organização dos novos movimentos sociais na década de sessenta, aponta nesse sentido. GALUPPO, op. cit., p. 200-201.

⁷²HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 112.

⁷³Para uma análise do positivismo é indispensável a leitura, entre outros, de: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999; BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2004; HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

do Método, que a supremacia do homem sobre a natureza o transforma em senhor.

74

Galuppo alerta para que não se confunda positivismo, positivismo jurídico e o processo de positivação do direito. O fenômeno da positivação tem as suas raízes na idéia de que o ordenamento jurídico é criação humana e como tal pode ser mudado para propiciar a já citada emancipação. Essa idéia é essencialmente moderna,⁷⁵ por pressupor que o direito, a política e a história são obras fundamentalmente humanas, o que leva à concepção de que a mudança, o movimento e a própria revolução constituem a essência da realidade social; tal abordagem é oposta à da antiguidade e do medievo, que trabalhavam com um universo social estático e finito.⁷⁶

O positivismo jurídico afigura-se como uma epistemologia e uma ideologia de leitura do direito positivo, de cunho metafísico,

“que crê, de uma forma um tanto quanto contraditória com a idéia de *mudança* inerente ao fenômeno da positivação, na auto-existência do objeto criado pelo homem, notadamente da lei, razão pela qual o Positivismo pretende converter o conhecimento jurídico em *ciência*.”⁷⁷

O positivismo jurídico, compreendido como ideologia/epistemologia do conhecimento jurídico moderno, possui quatro características consideradas notáveis:

- a) a ficção de que o objeto do conhecimento jurídico, a lei, é auto-existente, isto é, não foi produzida pelo homem, podendo ser conhecida, dominada e controlada pelo cientista, do mesmo modo que um físico ou um biólogo fazem com relação à natureza;
- b) a idéia de neutralidade, pois não compete ao cientista avaliar o ordenamento jurídico, mas tão-somente descrevê-lo, seja ele justo ou injusto. Desse modo, não há relação entre direito e moral – entende-se aqui por direito o direito positivo e por moral o direito natural ou justiça;

⁷⁴GALUPPO, 2005, p. 197.

⁷⁵A moderna organização estatal é centralizada, secularizada e organizada burocraticamente. O Estado corporifica o projeto racional da humanidade. A passagem do Estado de natureza ao Estado civil é simbolizada pelo contrato social. Essa passagem assinala a tomada de consciência dos homens, com relação aos condicionamentos naturais a que está sujeita sua vida em sociedade e da capacidade de que dispõe para controlar esses condicionamentos para a sua sobrevivência. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 40-41.

⁷⁶GALUPPO, op. cit., p. 197-198.

⁷⁷Ibid., p.198.

- c) o modelo de ciências naturais aparece como modelo apropriado ao conhecimento jurídico. Quer-se com isso que a *Ciência do Direito* domine o direito e o seu conhecimento, do mesmo modo com que as ciências naturais dominam a natureza. Adota-se, então, um critério de verdade para a aferição do conhecimento;
- d) raciocínio sistemático, tendo por pano de fundo a idéia de um ordenamento jurídico concebido como conjunto de prescrições harmônicas entre si, que regulam de forma completa a vida humana e que guardam uma relativa independência entre eles.⁷⁸

Arruda Júnior e Gonçalves definiram o positivismo jurídico como uma “doutrina das fontes jurídicas do direito, dispondo sobre os órgãos do Estado constitucionalmente autorizados a produzir normas cuja validade é aferida pelo próprio Estado.” Excluem-se, dessa maneira, fontes duvidosas como a razão, Deus, uma raça, algum credo, a natureza, uma classe social, as justiças, as ideologias, etc.⁷⁹ Barroso afirma que com o positivismo “o Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência.”⁸⁰

Entende Galuppo que a conseqüência direta da concepção positivista foi levar o direito, no final do século XX, a um rigorismo semelhante ao rigorismo moral kantiano, que desconhece a ética da responsabilidade inerente à ação política e jurídica, “que articularia, em uma sociedade plural, o direito com a moral e com a ética, evidenciando seus compromissos com a ação prática.”⁸¹

Como asseveram Arruda Jr. e Gonçalves, o positivismo jurídico é marcado por ambigüidades: de um lado, é necessário reconhecer a sua contribuição para a superação do jusnaturalismo, de outro, deve-se constatar a sua insuficiência, em virtude de fundamentar o direito como pura validade. Contudo, negar os méritos do positivismo é uma postura tão equivocada quanto promover o seu endeusamento⁸².

⁷⁸GALUPPO, op. cit, p.198-200.

⁷⁹ARRUDA JR; GONÇALVES, op. cit, p. 58 e ss.

⁸⁰BARROSO, L.R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, Pr: Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 1, n. 1, p. 39, 2001.

⁸¹GALUPPO, op. cit., p. 200.

⁸²ARRUDA JR; GONÇALVES, op. cit. p. 52.

Destaca Galuppo que o paradoxal nessa discussão é que em poucos ramos do conhecimento um modelo científico é tão importante e adotado como o positivismo na ciência do direito, todavia, nunca um paradigma se mostrou tão inadequado a um ramo do conhecimento como o positivismo jurídico para o direito.⁸³

Para Arruda Júnior e Gonçalves, numa perspectiva histórica, a necessária crítica ao positivismo significa “um tipo de exame que se vale das conquistas do positivismo para avançar no presente para além dele.” Adentra-se, com isso, na seara pós-positivista, que permite olhar além do positivismo a partir do próprio positivismo⁸⁴. Tal temática será objeto de análise mais detida no próximo capítulo, principalmente quando se abordar alguns aspectos das contribuições de Friedrich Müller para o direito.

1.2 O direito como espaço de lutas: a guerra de posição

1.2.1 Crítica à relação mecanicista entre estrutura e superestrutura: o direito como instrumento da guerra de posição

Uma parcela significativa do marxismo não vislumbra possibilidades emancipatórias no direito, encarando-o, tão-somente, como espaço de dominação de uma classe social em relação às demais. Essa visão apresenta alguns problemas que precisam ser enfrentados antes de se abordar o movimento do direito alternativo, pois a prática alternativista tem como pressuposto justamente a negativa desse discurso reducionista. Para o entendimento do problema será trabalhada a relação mecanicista entre estrutura e superestrutura e a sua superação a partir do desenvolvimento, pelo militante e pensador sardo Antonio Gramsci,⁸⁵ da tese do bloco histórico.

⁸³GALUPPO, op. cit., p. 202.

⁸⁴ARRUDA JR; GONÇALVES, op. cit. p. 52.

⁸⁵Segundo Otto Maria Carpeaux, “Antonio Gramsci nasceu em 23 de janeiro de 1891 em Ales, província de Cagliari, na Ilha de Sardenha, na parte mais pobre e mais atrasada da Itália, filho de gente humilde ao qual só duras privações permitiram o estudo na Universidade de Turim, onde em 1915 aderiu ao socialismo, no mesmo ano em que Benito Mussolini saiu das fileiras do partido socialista para entrar nas do nacionalismo reacionário e belicoso, que seria depois o berço do fascismo. Enquanto o renegado sonhava, nas trincheiras, sua futura ditadura, o jovem Gramsci organizou em 1917 a greve dos operários de Turim contra a continuação da guerra. Restabelecida, precariamente, a paz europeia, e entrando a Itália numa fase de graves perturbações sociais, Gramsci fundou o semanário Ordine Nuovo que reuniu em breve os mais avançados intelectuais da península. Organizou os Consigli di fabbrica que, em momentos de greve, ocuparam fábricas e

Nos dizeres de López, o atuar crítico desnuda a contradição inerente a todo direito ilegítimo, qual seja, a contradição existente entre a universalidade de sua aparência e a particularidade dos interesses que protege.⁸⁶

Boaventura Santos, por sua vez, entende por teoria crítica “toda a teoria que não reduz a ‘realidade’ ao que existe”. Para ele, a realidade apresenta um campo de possibilidades e o papel da teoria crítica é o de avaliar essas alternativas ao que está empiricamente colocado. A existência, reforça, “não esgota as possibilidades da existência”. Há, portanto, alternativas que possibilitam a superação do que é criticável no que existe: “O desconforto e o inconformismo ou a indignação perante o que existe suscita impulso para teorizar a sua superação.”⁸⁷

As teorias críticas do direito brasileiro, derivadas das diversas tendências marxistas, ganharam corpo nas décadas de sessenta e setenta, assumindo o fundamental papel de denunciar o direito como poder, como instrumento ideológico de legitimação das classes dominantes, como ocultação e castração.⁸⁸ Esse discurso foi importante para desmascarar as principais teorias jurídicas tradicionais, além de ampliar, a partir de uma abordagem interdisciplinar, o horizonte de atuação

usinas, preparando-se para administrá-los. Em abril de 1920 dirigiu a greve geral. No Congresso do Partido Socialista Italiano em Livorno, em janeiro de 1921, foi Gramsci o líder da ala radical que saiu, constituindo-se como Partido Comunista Italiano. Foi o primeiro secretário-geral desse partido, que o elegeu deputado e do qual fundou o órgão jornalístico, o diário L'Unità. Enquanto isso, fortaleceu-se cada vez mais a ditadura fascista, que ainda tolerava a existência do Parlamento para oferecer ao estrangeiro o espetáculo de uma democracia simulada. Mussolini conseguiu vencer a crise mais grave do seu regime, a indignação moral do país inteiro depois do assassinato de Matteoti. Só então, o terrorismo iniciou, sem freios, a opressão totalitária. Os mandatos dos deputados opositores foram cassados. Perdida a imunidade parlamentar, Gramsci foi preso em 8 de novembro de 1926 e confinado na ilha de Ustica, perto de Palermo. Alguns meses depois, transportaram-no de volta, algemado, para Roma. Processo perante o Tribunal especial. O Promotor falou com franqueza: "Devemos", dizia aos juízes, "inutilizar por 20 anos esse cérebro perigoso": a 20 anos de reclusão na Penitenciária de Turi, perto de Bari, foi Gramsci condenado. Submeteram-no a um regime severo, embora permitindo-lhe escrever cartas e notas, permissão da qual nasceu a imponente obra desse espírito encarcerado. Mas em 1933 os sintomas da tuberculose dos ossos tornaram-se evidentes. A doença fez progressos rápidos. Enfim, as autoridades fascistas não quiseram que o preso morresse como mártir dentro dos muros do cárcere. Gramsci foi solto três dias antes do desenlace. Morreu em 27 de abril de 1937 numa clínica particular em Roma. Foi sepultado no Cemitério dos Ingleses, à sombra da Pirâmide de Cestio, perto do túmulo de Keats. Uma coroa de verdes permanentes, com fita vermelha, indica o lugar em que dormem seus pobres restos mortais". CARPEAUX, Otto Maria. **A Vida de Gramsci**. Texto originalmente publicado na Revista Civilização Brasileira, 7, maio 1966. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/gramsci/arquiv79.htm>>. Acesso em: 15 julh. 2006.

⁸⁶LÓPEZ, Modesto Saavedra. **El Juez entre la Dogmática Jurídica y la Crítica del Derecho. Crítica jurídica**: Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho. Universidad Nacional Autónoma de México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades: Faculdades do Brasil: Universidad de Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2003. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/asite/publicacoes/critica/21/U.pdf>>. Acesso em: 20 julh. 2003. p. 16.

⁸⁷SANTOS, Boaventura. **A crítica da razão indolente**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 23.

⁸⁸SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 31.

dos teóricos do direito. Todavia, a leitura do direito apenas como superestrutura social, como elemento de dominação de uma classe social sobre as outras, segundo Schier,⁸⁹ causou uma série de conseqüências negativas, quais sejam:

- a) impossibilidade de visualização da dogmática jurídica como instrumento emancipatório;
- b) desprestígio do discurso jurídico;
- c) migração dos estudantes críticos de direito para outros cursos, principalmente sociologia e filosofia;
- d) desprestígio dos profissionais do direito;
- e) crença no direito como mero reflexo das relações de poder na sociedade
- f) extrema politização do discurso jurídico;
- g) esvaziamento da dignidade normativa da ordem jurídica, entre outros.

Essa visão do direito apenas como reflexo superestrutural das relações de base é fruto da visão mecanicista existente em parcela do marxismo, que trabalha a relação entre estrutura e superestrutura de modo meramente mecânico.

Sustenta Damasceno que o marxismo não avançou muito na compreensão dialética do direito. O fenômeno jurídico foi tratado apenas marginalmente como parte do todo social; a tradição marxista nunca conseguiu compreender o direito como uma ferramenta de luta no processo de transformação da sociedade, ao revés, salienta, o que sempre predominou foram as doutrinas mecanicistas. Para essas teorias, o direito e o estado são manifestações da base econômica, servindo apenas para a manutenção do estado de coisas vigente.⁹⁰

Em que pese essa visão da ortodoxia marxista sobre a impossibilidade emancipatória do direito, discorda-se, neste trabalho, dessa posição. Defende-se, com Damasceno, a possibilidade de utilização de aportes do marxismo historicista e humanista, principalmente a partir das contribuições de Gramsci e Poulantzas⁹¹,

⁸⁹Ibid., p. 36.

⁹⁰SILVA, Rafael Damasceno Ferreira. **O Poder judiciário e hegemonia: o caso dos magistrados alternativos do Rio Grande do Sul**. 1995. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

⁹¹Até mesmo fragmentos das próprias obras marxianas podem ser utilizados para questionar a citada visão da ortodoxia marxista. Uma obra sempre citada quando se quer rebater a concepção mecanicista da relação entre estrutura e superestrutura é a introdução redigida por Engels em 1895, à obra de “Lutas de Classes na França”, de Karl Marx. A presença do pensamento de Engels nos Cadernos do Cárcere de Gramsci, pode ser encontrado em: BARATTA, Giorgio. **As rosas e os cadernos: o pensamento dialógico de Antonio Gramsci**. Tradução Giovanni Semeraro. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 131 e seg.

para se repensar o direito, de modo dialético, superando, assim, o mecanicismo e o determinismo.⁹²

Portelli, ao tratar da relação dialética e orgânica entre estrutura e superestrutura, sustenta que Gramsci, ao contrário de Marx, não analisa essa relação no seio do bloco histórico⁹³ como uma relação entre dois elementos de importância desigual: “a superestrutura ético-política tem um papel de importância igual ao de sua base econômica, e não primordial, como afirma N. Bobbio, senão seria subestimar os limites orgânicos fixados para a ação da superestrutura.”

A relação presente no bloco histórico é uma relação dialética entre dois momentos igualmente determinantes do bloco: o momento estrutural, que é a base que engendra diretamente a superestrutura, “que no início é apenas o seu reflexo;” durante esse primeiro momento a superestrutura só poderá agir dentro dos precisos limites traçados pela estrutura. Com isso, fica nítido que a estrutura influi constantemente sobre a atividade superestrutural. O papel desempenhado pelo momento ético-político, para Portelli, é um papel motor, já que é ele que desenvolve a consciência de classe dos grupos sociais, organizando-os tanto do ponto de vista político quanto do ponto de vista ideológico. Salienta, que

“no seio da superestrutura, então, desenrola-se o essencial do movimento histórico e a estrutura torna-se o instrumento da atividade superestrutural. A fraqueza ou importância desta última pode, inclusive, limitar a evolução da estrutura, seja mantendo o antigo bloco histórico, seja não superando o nível *trade-unionista* da correlação de forças.”⁹⁴

Em virtude do alegado é que Portelli considera a primazia de um ou outro elemento do bloco histórico como um falso problema, por ser evidente que a sua estrutura sócio-econômica é seu elemento decisivo. Todavia, não é menos evidente que em qualquer movimento histórico as contradições surgidas na base se traduzem

⁹²SILVA, 1995, *passim*.

⁹³Segundo Hugues Portelli, o conceito de bloco histórico é considerado por grande número de estudiosos de Gramsci como o seu conceito-chave. Esse conceito deve ser analisado a partir de três aspectos, quais sejam: em primeiro lugar, na condição de centralidade, as relações entre estrutura e superestrutura. Não há na idéia de bloco histórico a primazia de um desses citados elementos do bloco histórico. O ponto essencial para a abordagem dessa relação está ancorado no estudo do vínculo, que Gramsci classifica como orgânico, que realiza a unidade do bloco histórico. Esse vínculo orgânico depende de uma organização social concreta. O vínculo orgânico, então, é realizado por grupos sociais cuja função é realizada no nível superestrutural, os intelectuais, que Gramsci considera os funcionários da superestrutura. No último capítulo faremos uma análise mais detida sobre os intelectuais. PORTELLI, Hugues. **Gramsci e o bloco histórico**. Tradução Angelina Peralva. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p.14.

⁹⁴PORTELLI, Hugues. **Gramsci e o bloco histórico**. Tradução Angelina Peralva. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 65-66.

e se manifestam nas atividades superestruturais. Assim, a relação entre esses dois elementos é, ao mesmo tempo, dialética e orgânica. Gramsci alerta, segundo Portelli, para o equívoco que o próprio conceito de bloco histórico quer evitar: o de se considerar esses dois elementos separadamente. O caráter dialético e orgânico da relação entre estrutura e superestrutura acarreta, então, suas conseqüências, quais sejam: “em primeiro lugar, a natureza orgânica dessa relação permite delimitar o bloco histórico concreto”; em segundo, “a subestimação desse caráter orgânico acarreta graves erros políticos.”⁹⁵

Feitas essas observações sobre a relação dialética e orgânica entre estrutura e superestrutura, afirma-se, na mesma toada, que é no próprio seio das teorias críticas que se encontram os juristas que possibilitarão o resgate da dignidade teórica e normativa do direito. Em outras palavras, são os próprios pressupostos epistemológicos desta concepção reducionista que permitem a sua superação. Assevera Schier que o próprio discurso crítico já havia deixado espaços discursivos que poderiam ser explorados, possibilitando uma autocrítica da própria crítica, são eles:

- a) o já citado reconhecimento, mesmo que embrionário, da insuficiência da relação mecanicista e determinista entre estrutura e superestrutura, e;
- b) a criação de uma adequada concepção de dialética. Schier destaca aquilo que já se observou na análise dos aportes da obra *gramsciana*, isto é, que “não se mostrava mais possível conceber que os elementos ‘superestruturais’ não desempenhassem qualquer influência nos fatores reais de poder, na estrutura das relações de produção.”⁹⁶

Essa possibilidade de superação do mecanicismo é importante para uma reflexão teórica sobre o direito alternativo, já que ele trabalha justamente com a negação do discurso que reduz o direito a um espaço exclusivo de dominação e exploração. Andrade sustenta que Gramsci não encara o direito como um mal em si, como simples forma de dominação, pois aceita uma nova noção de juridicidade liberada de todo resíduo de transcendência e de absoluto, isto é, de todo fanatismo moralista. Com isso, defende, é possível reafirmar as possibilidades transformadoras do direito e sustentar teoricamente um direito alternativo inspirado no pensamento

⁹⁵Ibid., p. 66-67.

⁹⁶SCHIER, op. cit., p. 37.

gramsciano, vislumbrando-se, então, os juristas alternativos como intelectuais orgânicos, construtores de uma nova concepção de direito, sem dogmas e emancipatória.⁹⁷

1.2.2 As idéias de bloco histórico e de hegemonia de Gramsci

Antes de se tratar do direito alternativo, faz-se necessário a abordagem do conceito gramsciano de bloco histórico, pois, como já visto, é a partir dele que se dá a superação da visão mecanicista entre estrutura e superestrutura. Com isso, ensina Damasceno, possibilita-se a compreensão dialética da relação entre esses dois campos, superando-se a mera unilateralidade da função de dominação que parecem desempenhar, ao mesmo tempo em que se rejeita nesses espaços a possibilidade de discursos mitológicos⁹⁸, como o da neutralidade axiológica,⁹⁹ que impregnam até hoje as teorias normativistas.¹⁰⁰

Na obra de Gramsci a discussão sobre hegemonia antecede a de bloco histórico: “Seu conceito traduz uma primazia política de uma classe social sobre outras, primazia esta que se estende à esfera cultural, e insere-se sobretudo na órbita da sociedade civil.” Caubet a define, em termos mais precisos, como “a capacidade que a classe dominante tem de operar uma direção intelectual e moral, de absorver as demais classes em seu projeto totalizador.”¹⁰¹

Assim, dentro da teoria de Gramsci, a conquista e a manutenção da hegemonia adquirem importância fundamental. Dá-se isso pelo fato de que em sua obra a força, por si só, não basta. A classe dominante somente mantém-se no poder caso obtenha o consenso de grupos sociais que a sustente. Desse modo, explica

⁹⁷ ANDRADE, Lédio Rosa. Magistratura e democracia. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson. **Gramsci: Estado, direito e sociedade**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995, p.126.

⁹⁸ Sobre mitologias jurídicas da modernidade, Cf. GROSSI, 2004, passim.

⁹⁹ Sobre a impossibilidade de neutralidade axiológica do intérprete, conferir os importantes aportes propiciados pela hermenêutica filosófica, destacando-se: BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997; ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo, RS: Ed. da Unisinos, 2002. (Coleção Idéias, v. 7), p. 65; STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004; STRECK, 2001, passim.; PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

¹⁰⁰ SILVA, 1995, passim.

¹⁰¹ CAUBET, Yannick. As idéias políticas de Antônio Gramsci. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2003, p. 359.

Caubet, um grupo social que aspire ter o controle político da sociedade deve trabalhar para antes ser o ‘dirigente’ desta mesma sociedade, ou seja, angariar o consenso em torno do seu plano universalizante ou, em outras palavras, deve conquistar a hegemonia.¹⁰²

Na teoria gramsciana a obtenção do poder governativo não é, em si mesma, fundamental ou suficiente. “O nascimento de um Estado como expressão do domínio de uma classe é um momento [...] da conquista da hegemonia cuja explicitação, não obstante, se exerce prevalentemente no terreno da ideologia”¹⁰³

Para Gruppi, “a hegemonia tende a construir um bloco histórico, ou seja, a realizar uma unidade de forças sociais e políticas diferentes; e tende a conservá-las juntas através da concepção do mundo que ela traçou e difundiu”. Na seqüência, afirma que “a luta pela hegemonia deve envolver todos os níveis da sociedade: a base econômica, a superestrutura política e a superestrutura ideológica.”¹⁰⁴

No pensamento gramsciano a supremacia de um grupo social manifesta-se de duas formas: a) como direção intelectual e moral; e, b) como dominação. Defende Gruppi que a hegemonia avança com a capacidade de direção política, ideológica e moral daquela que, até aquele momento, era a classe subalterna.¹⁰⁵

O entendimento da relação dialética entre estrutura e superestrutura favoreceu-se, sobremaneira, da noção *gramsciana* de bloco histórico, ponto de partida para a compreensão do fenômeno social e, conseqüentemente, do fenômeno jurídico.

Sob o manto do conceito de bloco histórico, desenvolvido por Gramsci durante a sua estada no cárcere italiano, encontra-se o conjunto composto pela estrutura econômica e a superestrutura – que pode ser política, jurídica ou ideológica. A relação dialética entre ambas compõe o todo social. Define-se como bloco histórico uma dada formação histórica, constituída por fatores econômico-sociais, político-jurídicos e culturais, todos em um processo dialético de interação. Com isso, destaca-se o papel desempenhado em um determinado momento

¹⁰²Ibid., p. 359-360.

¹⁰³Ibid.,360.

¹⁰⁴GRUPPI, Luciano. **O Conceito de hegemonia em Gramsci**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 78.

¹⁰⁵Ibid., p. 78-79.

histórico pelos elementos político-culturais na composição de uma realidade social.¹⁰⁶

O bloco histórico tem como amálgama a ideologia. Nesse contexto teórico, ele pode ser entendido como um “conjunto de alianças de classe” que “se forma quando a classe dirigente consegue aliciar o apoio de algumas classes subalternas ‘comprando-lhes’ a adesão ao seu projeto de sociedade”¹⁰⁷.

A ideologia assumiu em Gramsci um significado diverso do que lhe atribuíra Marx. Com efeito, para o autor italiano, ideologia significava “uma concepção de mundo que se manifesta implicitamente na arte, no direito, na atividade econômica, em todas as manifestações da vida intelectual e coletiva.” Como a ideologia tem por função reproduzir a concepção de mundo da classe dirigente, a construção de um contra-discurso ideológico passa a ser fundamental. Esse é o papel do intelectual orgânico.¹⁰⁸

A preocupação de Gramsci era explicar a complexidade do domínio exercido por uma determinada classe social sobre a sociedade. Esse domínio inicia-se nos meios de produção e estende-se até a direção político-ideológica da sociedade. Desse modo, a “superestrutura” atua como garantidora da coesão social, unificando as diferentes potências sociais em um projeto de sociedade.

O conceito de bloco histórico reúne dominantes e dominados, pois, como salienta Damasceno, o papel dos dominados, geralmente ativo, é fundamental para a compreensão de qualquer sociedade.¹⁰⁹

Nesse diapasão, entende-se então por bloco histórico, nas palavras de Damasceno,

“um esquema de análise que pode ser visualizado pela imagem de um edifício onde na parte inferior teríamos a *base* ou *infra-estrutura* material, as forças produtivas e relações de produção da vida social e, na parte superior, as superestruturas política e ideológica, incluindo aquilo que Gramsci denomina ‘Estado’ em sentido amplo, isto é, ‘sociedade civil *mais* sociedade política.”¹¹⁰

Ressalta o referido autor que o esquema apresentado é meramente ilustrativo, pois a realidade é rebelde a esquemas.¹¹¹

¹⁰⁶SILVA, 1995, passim.

¹⁰⁷Ibid.

¹⁰⁸CAUBET, op. cit., p. 360-361.

¹⁰⁹SILVA, 1995, passim.

¹¹⁰Ibid.

¹¹¹Ibid.

Gramsci, portanto, não enfatiza a “diferença”, mas, sim, a relação dialética entre base e superestrutura; não há como uma classe dominar a base, isso é, dominar a infra-estrutura, sem dominar também as esferas políticas e ideológicas dessa sociedade. Damasceno sustenta que essa concepção de bloco histórico permite a superação dos limites analíticos tanto do idealismo – que não conecta o estado às formas jurídicas e ideológicas, com o mundo da produção – quanto do economicismo – que subestima a importância daqueles campos.¹¹²

A concepção gramsciana de estado representa, segundo Damasceno, uma ruptura com a compreensão marxista do poder no capitalismo, que operava segundo a lógica de uma teoria restrita do estado. Isso não só em virtude de aspectos históricos, mas também de uma visão reducionista que colocava o estado unicamente como propagador da vontade das elites.¹¹³

Ressalva-se que nunca foi uma preocupação central do pensamento marxiano a construção de uma teoria do estado. As considerações que o jovem Marx desenvolve sobre o estado aparecem na “Crítica à Filosofia do Direito de Hegel”¹¹⁴, denunciando, no magistério de Damasceno, seu idealismo e o seu

¹¹²SILVA, 1995, passim.

¹¹³Não nos esqueçamos aqui da célebre frase de Karl Marx no Manifesto do Partido Comunista, segundo a qual a o Estado moderno é apenas o comitê para gerenciar os interesses comuns da burguesia. Essa visão, contudo, é mitigada no Dezoito Brumário. Segundo Damasceno: “Sendo as relações econômicas determinantes em última instância, e sendo estas relações de classe e de poder, o Estado consistiria no órgão de poder da classe dominante destinado a dominar as classes subalternas para submetê-las ao regime de exploração e propriedade privada capitalista; e como o fim da sociedade de classes significaria o fim do Estado e do direito, estas instâncias acabaram sendo relegadas a segundo plano, apresentando-se como insalváveis para a ação política” SILVA, 1995, passim.

¹¹⁴Enquanto Hegel parte do Estado e considera o homem uma subjetivação daquele, Marx propõe partir do homem e considerar o Estado como uma objetivação deste, mais precisamente uma objetivação das qualidades subjetivas dos indivíduos. Essas qualidades, perdidas na etérea esfera estatal, são recuperadas pelos indivíduos na democracia. Em Marx, o advento da democracia suprime a esfera celestial da vida política e reconcilia o homem com o cidadão. Na democracia, nenhum dos elementos que a constituem pode adquirir uma representação diferente daquela que lhe pertence. Cada um deles é realmente um elemento da totalidade do Demos. Enquanto na monarquia, uma parte determina o caráter do todo, na democracia, na qual se parte do homem e se conclui que o Estado é o homem objetivado, realiza-se a verdadeira unidade do universal com o particular. Deixam assim de coexistir, lado a lado, o homem político e o homem não-político, o Estado e a sociedade civil, conteúdo e forma, universal e particular, como se fossem duas existências distintas, separadas, postas em relação antagônica. Suprimida a alienação – o Estado abstrato –, a democracia vem reconciliar o homem consigo mesmo. Agora, cada indivíduo efetiva-se como um ser integral, único, portador da universalidade de sua espécie que, enfim, deixou de ser-lhe estranha. Cada um é um uno-todo, um semideus realizado que, à semelhança do monarca em Hegel, combina harmoniosamente os fins da vida pública com a sua vida particular, sem separar jamais os dois momentos. O reino da felicidade inaugura-se com a vitória dos indivíduos sobre a alienação imposta pelo Estado abstrato. Marx não diz como isso pode ser alcançado. Parece que o Estado é aniquilado, sem mais, pela força da consciência crítica dos homens redimidos, como se a máquina estatal não tivesse uma existência real e uma capacidade de retaliação feroz às pretensões emancipatórias

caráter mundano. A desmistificação da neutralidade estatal e o conseqüente desvelamento de seu caráter de classe é um grande mérito do legado marxista.¹¹⁵

Na obra de Gramsci o estado transcende à mera função repressiva limitada à sociedade política, incluindo, agora, a sociedade civil, que engloba os entes privados incumbidos da legitimação do sistema. Este modelo estatal composto pela relação dialética entre a sociedade civil e sociedade política, recebe a denominação de estado ampliado. Para Damasceno, essa visão que define o ente estatal como o somatório entre sociedade civil e sociedade política atende à orientação básica contida nos *Cadernos do Cárcere*. Desse modo, quando Gramsci contrapõe estado e sociedade civil está utilizando o termo estado como sinônimo de sociedade política. Mantém-se, contudo, a essência de sua formulação ao destacar que o poder da classe dominante vai além da repressão, além de enfatizar o equilíbrio dialético entre sociedade civil e sociedade política.¹¹⁶

Entende Damasceno que o estado é um aparelho de centralização política da classe dominante, no entanto, não padece de uma determinação mecânica com relação aos interesses econômicos. Segundo ele, é com a releitura

dessas consciências rebeladas. O Estado, num passe de mágica, parece que desaparecerá, ou, melhor dizendo, será reapropriado pela consciência humana desejosa de recuperar sua essência extraviada. Na democracia, a extinção do Estado é substituída pela democracia direta, na qual a gestão dos assuntos públicos dispensa a presença de uma esfera autônoma, separada dos homens comuns. Os homens reintegrados, indivisos, integrais, são o fundamento último da nova ordem. Com a democracia, a sociedade civil enfim liberta-se da tutela do Estado político e torna-se um sujeito. A irracionalidade do regime monárquico cede lugar ao reino da plena racionalidade, fazendo com que forma e conteúdo se identifiquem. Mas como a sociedade civil é apresentada, em sua oposição ao Estado, como um ser indiferenciado, possuidor de um conteúdo único que se extraviara na esfera celestial da política, fica-se com a impressão de que a democracia é a realização de um único sujeito. O Grande Demos surge como uma multidão indiferenciada, o povo indiviso que constitui a sociedade civil homogênea. Como a mediação foi banida para sempre, nada mais natural que essa oscilação brusca entre o singular e o universal, entre o indivíduo infeliz, quando separado radicalmente da universalidade (a vida política, em Marx), e o uno-todo auto-suficiente e feliz, quando, graças à desalienação, reapropria o universal. Sem as mediações sociais, sem o movimento de especificação, a visão marxiana da sociedade civil não consegue iluminar as diferenciações internas, a formação de interesses comuns ou antagônicos, o surgimento das classes sociais etc. Na noite da sociedade civil todos os gatos são pardos e se juntam pela força da consciência subjetiva que faz reconhecer em cada um, a espécie comum a todos. FREDERICO, Celso. **O jovem Marx. 1843-1844: origens da ontologia do ser social**. São Paulo: Cortez, 1995, p. 85-88; HEGEL, G.W.F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003; MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Lisboa: Presença.

¹¹⁵SILVA, 1995, passim.

¹¹⁶Para Damasceno, “Os elementos do Estado são interpenetrantes e multicondicionantes. Pode haver tanto elementos repressivos numa organização da sociedade civil quanto elementos ideológicos numa entidade tipicamente ligada ao Estado-coerção, como o exército, por exemplo. Sem um mínimo de crença, motivação ou consenso, não há obediência, e sem obediência não há organização militar. E o próprio exército desempenha funções tipicamente ideológicas, especialmente em tempo de paz”. Ibid.

de Gramsci feita pelo pensador grego Poulantzas¹¹⁷ que o estado ganha outra conformação, que possibilita vislumbrar a sociedade política como um espaço de lutas.

Para Poulantzas, assevera Damasceno, o papel do estado no capitalismo é o de organizar a classe dominante e o equilíbrio dos compromissos, sendo, pois, local privilegiado da luta de classes. O estado é tão contraditório quanto a sociedade, de maneira que o resultado das suas políticas não é, mecanicamente, fruto exclusivo da vontade das classes dominantes, mas, também, das relações de poder presentes na sociedade.¹¹⁸

É Poulantzas, portanto, que irá enriquecer a estratégia de Gramsci quando, ao definir o estado como 'condensação material de uma correlação de forças entre classes e frações de classes [...]', admite a guerra de posições no campo do estado – sociedade política. Trata-se de uma superação de Gramsci, a partir da ampliação do conceito de hegemonia.

[...] a ampliação da hegemonia da classe trabalhadora não abre mão da construção, ainda por dentro da sociedade capitalista, do avanço e reforço das juridicidades no estado e fora dele que garantam tanto as 'regras do jogo' na legalidade bem como a efetividade das leis já reconhecidas e songadas pelo poder político vigente.¹¹⁹

Os juristas orgânicos aproveitam-se dessa tese para fundamentar as lutas travadas no direito, como se verá a seguir.

1.2.3 Guerra de posição: o conceito de Gramsci

A releitura do marxismo feita por Gramsci permitiu o resgate não-dogmático do pensamento marxiano, possibilitando a renovação dos movimentos sociais, populares e de esquerda, especialmente os partidos comunistas europeus no pós-guerra, além de ser um dos referenciais teóricos mais importantes para ajudar a pensar um projeto de luta político-cultural de esquerda na América Latina.¹²⁰

¹¹⁷POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. Tradução Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

¹¹⁸SILVA, 1995, passim.

¹¹⁹ARRUDA JR, Edmundo Lima de. Gramsci e o Direito: reflexões sobre novas juridicidades. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.). **Gramsci: Estado, Direito e Sociedade**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995, p. 36-37.

¹²⁰Sobre Gramsci, Cf: SILVA, 1995, passim; CAUBET, op. cit., p. 349-377; COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político**. Rio de Janeiro: Campus, 1989;

Caubet relata que inicialmente Gramsci alinhou-se aos demais autores marxistas no que diz respeito à caracterização do estado liberal. Contudo, nos *Cadernos do Cárcere*, ele apresentou a sua *teoria ampliada* do estado, “denunciadora da falsa noção que representa a separação das sociedades política e civil, inculcada pelo ideário liberal”. Isso, segundo Caubet, “Por um lado, complementa a visão marxista, ao utilizar a noção de sociedade política equivalente ao Estado-coerção. Por outro, supera a estreita visão marxista do Estado como um ‘comitê executivo’ da burguesia”.¹²¹

Baseando-se na sociedade capitalista de seu tempo Gramsci dividiu – ainda que apenas metodologicamente – a superestrutura em dois níveis. De um lado, encontra-se a ‘sociedade política’, isto é, os aparelhos administrativo-burocrático e político-militar, que exercem a função de dominação, de coerção e de comando imposto pela força; de outro lado, está localizada a sociedade civil, constituída pelas instituições encarregadas da elaboração ou da divulgação das ideologias, de modo a possibilitar a formação do consenso, que serve de base para as relações de poder.¹²²

Para Damasceno, Gramsci compreendeu a lição proferida por Marx de que não existe no ser humano uma essência absoluta, dada *a priori*. O *homem* é construído por meio da *praxis* e ao se construir, constrói também a *história*. Com isso, o pensador sardo retira o pensamento marxista da vulgaridade a que havia sido submetido pela leitura economicista, por ele qualificada como ‘a doutrina da inércia do proletariado’.¹²³

Edmundo Arruda Júnior defende a atualidade do pensamento gramsciano, destacando a idéia de reformismo-revolucionário, cunhada por Coutinho, maior estudioso de Gramsci no Brasil. Com essa idéia, salienta-se o caráter processual da estratégia revolucionária, possibilitada pelo conceito de guerra de posição.¹²⁴

Concorda-se aqui com Arruda Jr. quando este aceita como válida a teoria do conflito de Gramsci, principalmente no que tange à estratégia revolucionária que

GRUPPI, Luciano. O Conceito de hegemonia em Gramsci. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. Ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000. MAESTRI, Mário; CANDREVA, Luigi. **Antonio Gramsci**: vida e obra de um comunista revolucionário. São Paulo: Expressão Popular, 2001; PORTELLI, 2002, *passim*.

¹²¹CAUBET, op. cit., p. 354.

¹²²Ibid., p. 355.

¹²³SILVA, 1995, *passim*.

¹²⁴ARRUDA JR, op. cit., p. 32.

defende a guerra de posição em busca da ampliação dos espaços de hegemonia, rumo a um projeto social de bases hegemônicas distintas da reinante. Desse modo, a obtenção da direção da sociedade deve ser vista como momento prévio à conquista do poder do estado, isto é, antes da dominação do poder político. Segundo Arruda Jr., a estratégia da guerra de posição é complexa, compreendendo uma teia de mediações no processo de articulação das lutas políticas em diversos *fronts* culturais.¹²⁵

Gramsci propõe a idéia de guerra de posição em lugar da tradicional guerra de movimento, que é a guerra em sua acepção mais comum, isto é, no sentido bélico. Um exemplo clássico de guerra de movimento é o da Revolução Russa, na qual houve a tomada violenta do poder por parte dos *bolcheviques*. A guerra de posição tem um sentido diverso do tradicional; trata-se de uma revolução cultural, da tomada do poder por meio da ocupação dos diferentes espaços existentes na sociedade civil e, a partir de Poulantzas, também na sociedade política. Afirma Ledio Rosa de Andrade que:

[...] a guerra de posição é uma constante busca de posições culturais nas instituições da sociedade civil, com o objetivo de estabelecer uma contracultura à ideologia dominante da ideologia das massas, bem como de difusão de nova visão de mundo, condições para o câmbio e para o estabelecimento de bloco histórico sólido.¹²⁶

Ocupar posições ou espaços, esclarece, significa ampliar o vínculo orgânico dos atores comprometidos com outra visão de democracia e com outros princípios.¹²⁷

Andrade cita como exemplo da guerra de posição o golpe militar de 1964, no Brasil. Após a tomada do poder os militares começaram a difundir a ideologia da segurança nacional, com a qual buscavam legitimar o novo regime. Em meados da década de oitenta esse modelo entrou em profunda crise – inclusive pela atuação dos intelectuais orgânicos –, que culminou na redemocratização do país. Contudo, em virtude da ausência de consciência de classe, não houve troca do bloco histórico, sendo eleito pelo Colégio Eleitoral um político conservador, Tancredo Neves, que, como se sabe, não chegou a assumir a Presidência, o que foi feito pelo Vice-Presidente José Sarney, aliado histórico da ditadura militar.¹²⁸

¹²⁵Ibid., p. 33.

¹²⁶ANDRADE, op. cit., p.123.

¹²⁷Ibid.,p.123.

¹²⁸Ibid.,p.123.

Extrai-se do exposto toda a complexidade da guerra de posição: uma luta longa, institucional, processual, um verdadeiro “reformismo-revolucionário”, presente no dia-a-dia, nas lutas cotidianas. Por meio dela, os intelectuais orgânicos procuram apresentar um novo bloco histórico, difundindo-o, ao mesmo passo em que pelejam para a dissolução do velho como discurso legitimador da classe dominante, conquistando a afirmação dos interesses da classe dominada.¹²⁹

Em síntese, com a guerra de posição Gramsci contrapõe-se à guerra de movimento. Enquanto esta tenta alterar abruptamente o *status quo* por meio da força, a guerra de posição busca a alteração gradual das estruturas de poder, visando à conquista da hegemonia.

1.2.3.1 Gramsci e o direito

Para Edmundo Arruda Júnior é difícil entender a exata compreensão que Gramsci tinha do direito. Ora trabalhava o direito numa concepção negativa, de base positivista, ora positiva, de base jusnaturalista.¹³⁰ No mesmo sentido, Ferreira sustenta ser difícil identificar, nos vários trechos dos *Cadernos do Cárcere* em que Gramsci se refere ao direito, qual é a sua definição precisa sobre o tema ou a escola a que se filia. Entretanto, o citado autor deixa claro que na obra de Gramsci o direito não aparece como mero reflexo superestrutural passivo, mas, sim, como instrumento de primeira grandeza na manutenção ou alteração das condutas, sendo o estado consciente da importância que as leis positivas têm no estabelecimento da hegemonia.¹³¹

Diante disso, não se pode mais tratar o direito como um singelo desdobramento automático da estrutura econômica, como fazia a ortodoxia marxista, que não vislumbrava nele nenhuma possibilidade emancipatória, servindo apenas como instrumento de dominação oriunda da base capitalista.

A função do direito no estado e na sociedade é tornar homogêneo o grupo dominante e criar um conformismo social útil ao desenvolvimento do grupo dirigente.¹³²

¹²⁹Ibid., p.124-125.

¹³⁰ARRUDA JR, op. cit., p. 36.

¹³¹FERREIRA, Oliveiros S. **Os 45 cavaleiros húngaros**: uma leitura dos Cadernos de Gramsci. Brasília: UNB; São Paulo: Hucitec, 1986, p. 259-263.

¹³²Ibid., p.269.

Como Gramsci não vê o direito como um mal em si, como simples forma de dominação, é possível sustentar, teoricamente, um direito alternativo inspirado em seu pensamento. Nessa perspectiva, afiguram-se os juristas alternativos como intelectuais orgânicos, construtores de uma nova concepção de juridicidade, sem dogmas e verdadeiramente emancipatória.¹³³

Ledio Andrade, pautando-se nas discussões sobre a guerra de posição, trata da atuação dos juízes de direito como intelectuais orgânicos, comprometidos com a transformação do bloco histórico¹³⁴. Adentra-se, com isso, na análise do direito alternativo, que será detalhada ainda neste capítulo.¹³⁵

Andrade propõe uma análise da *praxis* alternativista sob o viés da guerra de posição. Desse modo, vislumbra-se a politização do cotidiano jurídico, na medida em que os juristas alternativos, também chamados de orgânicos – influência de Gramsci –, fazem de suas atividades profissionais tentativas de não permitir o distanciamento entre a prática jurídica e os problemas sociais. Mescla-se o mundo jurídico com a sociedade civil.¹³⁶ Em outras palavras, faz-se uma conciliação dialética entre ser e dever ser, entre texto e realidade. Não é mais possível dissociar os textos de normas da realidade circundante.

O bloco histórico atual tem na propriedade privada uma de suas principais pilstras. A luta alternativista, assevera Andrade, deve ser travada no sentido de abalar essas estruturas, retirando o seu caráter absoluto. Para isso, sob a égide de uma Constituição principiológica como a brasileira de 1988, não há mais necessidade de se sustentar um discurso jusnaturalista. Basta o próprio texto constitucional, pois é a Constituição que exige da propriedade privada o cumprimento de sua função social, condicionando o proprietário a utilizá-la visando não somente aos seus interesses, mas também aos de toda a sociedade.¹³⁷

Dessa maneira, por meio da guerra de posições travada no âmbito do judiciário, os juízes alternativos estão tentando transformar o direito, um dos mais

¹³³ ANDRADE, op. cit., p.126. Cf. CARVALHO, Amilton Bueno. **Magistratura e Direito Alternativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

¹³⁴ O conceito de intelectual e de jurista orgânicos será desenvolvido com mais vagar no último capítulo deste trabalho.

¹³⁵ Ibid., p. 126-127.

¹³⁶ Ibid., p.130-131.

¹³⁷ ANDRADE, op. cit., p. 131. O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra tem sido de fundamental importância para que o princípio da função social da propriedade não se transforme em letra morta, ganhando normatividade. Cf. COMPARATO, Bruno Konder. **A Ação Política do MST**. São Paulo: Expressão Popular, 2003; PAULA, Roberto de. **Direito Agrário Constitucional: a propriedade privada à luz da Constituição Federal e da Justiça**. Oikos: São Leopoldo/RS, 2007.

eficazes aparelhos ideológicos e repressivos do estado, de latifúndio das classes dominantes, em local de batalhas contra-hegemônicas, tendo como norte a emancipação humana e a democracia.¹³⁸

Embora o judiciário tenha sido historicamente utilizado como instrumento de dominação de classe, isso não impede que, dialeticamente, ele comporte possibilidades emancipatórias. Em especial, como se verá no próximo capítulo, em um país como o Brasil, dotado de uma Constituição com alta carga emancipatória latente e possuidor de um controle misto de constitucionalidade, que permite que todo o juiz seja, por meio do controle difuso, guardião da Constituição.¹³⁹ Diante de tudo isso, é imperioso reconhecer que a luta social condiciona mudanças na estrutura jurídica.¹⁴⁰

É possível, e a prática vem demonstrando, a guerra de posições dentro do judiciário. Essa guerra é travada pelos juristas orgânicos, que são os trabalhadores jurídicos comprometidos com a negação do bloco histórico atual e com a construção de uma alternativa democrática¹⁴¹.

Segundo Andrade, a luta alternativista é pela construção de um novo bloco histórico, não em termos dogmáticos e doutrinários, mas, sim, num processo dialético, imprevisível e cheio de incógnitas, no qual “os cidadãos possam fazer sua própria história.”¹⁴²

Há dúvidas sobre o alcance da guerra de posição na magistratura e sobre a possibilidade de se conseguir hegemonia crítica entre os juristas. Contudo, como assevera Andrade, não se pode negar a existência de juristas críticos, bem como a necessidade de compreenderem as mudanças e terem ferramentas teóricas para agir em suas atividades laborais. Trata-se, pois, “da inserção dos juristas nas

¹³⁸Ibid., p. 131.

¹³⁹Sobre controle de constitucionalidade das leis, Cf: BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000; MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 maio 2006; MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998; MENDES, Gilmar Ferreira. **O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa 162 (2004): 149-168; NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

¹⁴⁰TIGAR; LEVY, op. cit., p. 275.

¹⁴¹ARRUDA JR, op. cit., p. 37.

¹⁴²ANDRADE, op. cit., p. 132-133.

práticas de cidadania, cuja colaboração com o povo possibilitará a reconstrução de outra direção de seu destino, transformando-o em autor de sua história.”¹⁴³

Caminha-se, diante do exposto, para o resgate da dignidade normativa do direito, passando-se a encará-lo a partir de uma nova concepção dogmática de caráter crítico/emancipador. Assevera Schier que a dimensão epistemológica das ciências sociais ao abrir espaço para o ser humano, por meio de uma razão dialógica, estabelecer compromissos e consensos para construir o seu mundo, descortinou um espaço emancipatório.¹⁴⁴

É nesse contexto que surge o direito alternativo, representando a superação dialética das correntes críticas adstritas à ortodoxia marxista, analisando a dogmática jurídica a partir de uma perspectiva emancipatória, valendo-se do ferramental dogmático como arma combativa.¹⁴⁵

2. DIREITO ALTERNATIVO: algumas considerações

2.1 Introdução

Compõe-se o pensamento jurídico crítico de inúmeras correntes, cada qual com as suas características e delineamentos¹⁴⁶. Dentre elas, optou-se neste trabalho pelo direito alternativo, em virtude do reconhecimento de seu relevo no tratamento do direito como arena das batalhas emancipatórias.

Nessas quase duas décadas de existência, o movimento alternativista tem cumprido com esmero a árdua tarefa de fazer do judiciário um espaço efetivo de batalhas em defesa da concretização dos direitos oriundos das lutas populares que já foram erigidos à condição de direito positivo, mas que ainda continuam sendo sonogados. Além disso, ocupa lugar de destaque na luta pela superação da visão

¹⁴³Ibid., p. 133.

¹⁴⁴É claro, contudo, que as condições reais e históricas da sociedade limitam o potencial emancipatório do direito. SCHIER, 1999, passim. p. 48 seq.

¹⁴⁵CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito alternativo: teoria e prática**. Porto Alegre: Síntese, 1998. p.12.

¹⁴⁶Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006; MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 1988; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao movimento critical legal studies**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005; SOUSA JR, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao Direito**. Brasília: UNB, 1993. (Série O direito achado na rua); WARAT, Luiz Alberto. **Obras completas**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 3 v.

monista de direito, abrindo caminho para o reconhecimento de outras formas de juridicidade que não passem pela mediação estatal.

Inúmeros avanços na jurisprudência brasileira derivam das disputas travadas na esfera jurídica pelo movimento alternativista. A força do movimento foi tamanha que ele não pôde ser ignorado nem mesmo pelos mais conservadores juristas. Ousa-se afirmar que o debate jurídico da primeira metade dos anos noventa no Brasil foi travado com o direito alternativo, seja para enaltecê-lo, seja para criticá-lo.¹⁴⁷

Por certo, o movimento não tem mais as mesmas características que tinha nos anos noventa, quando do seu início. Muitas foram as transformações sofridas. A busca inicial por uma teoria genuinamente alternativista, por exemplo, deu lugar a uma pluralidade de enfoques teóricos, oriundos das mais diversas matrizes epistemológicas. Contraria a própria essência alternativista o enclausuramento dogmático do direito alternativo a uma única possibilidade de análise do fenômeno jurídico. A diversidade de possibilidades teóricas é uma das maiores riquezas do movimento, destacando-se como importante arma na luta para a retirada do direito da condição de monopólio do pensamento conservador.

Comparando-se o momento atual do direito alternativo com o seu furor inicial, não há como negar que houve certo esvaziamento. Considera-se, aqui, no entanto, que esse enxugamento fazia parte de uma necessária acomodação que, inexoravelmente, assolaria o movimento depois da excitação inaugural. Alguns importantes nomes que militavam nas fileiras alternativistas, não mais empunham a bandeira. Os motivos para isso são variados. Não se pretende, por óbvio, analisar exaustivamente essas possibilidades, mas, tão-somente, aventar algumas hipóteses para reflexão.

Essa perda de organicidade do grupo foi influenciada, em parte significativa, pela realocação dos diferentes atores do movimento em outros espaços da luta jurídico-política. Sob o manto do direito alternativo uniram-se pessoas que empunhavam bandeiras teóricas, visões de mundo e interesses muito variados. Naquele momento histórico, o direito alternativo representava um elo, um canal

¹⁴⁷A obra que faz a análise mais completa sobre o direito alternativo é a obra de Ledio Rosa de Andrade, "Introdução do Direito Alternativo Brasileiro" Cf. ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao direito alternativo brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. Sobre a temática, conferir as inúmeras obras constantes na referência bibliográfica do presente trabalho.

coletivo, uma voz forte para esses diferentes grupos; abertos outros os espaços, deve-se encarar com naturalidade o reposicionamento de parte dessas forças.

O fenômeno vivido pelo movimento alternativista assemelha-se ao que aconteceu com o movimento estudantil nos anos sessenta, quando este era voz de várias correntes ideológicas e movimentos sociais, que se aproveitavam da organicidade dos estudantes para fazerem ecoar uma voz que, isolados, ainda não possuíam. Posteriormente, cada segmento continuou a luta nos seus diferentes espaços.

Desse mesmo modo, muitos juristas que perfilhavam as fileiras alternativistas continuam militando para a ampliação dos espaços de lutas populares no ambiente jurídico, trabalhando incansavelmente para a construção de um pensamento jurídico e de uma práxis jurídica emancipatórios, fazendo de suas profissões verdadeiras trincheiras em busca da emancipação humana. Contudo, substituíram o “rótulo” de alternativista pelo de garantista, constitucionalista, ambientalista, etc.¹⁴⁸

Não se pode desconsiderar também a existência de alguns juristas que se declaravam alternativas, lutadores do povo, mas, ao que parece, não eram nada disso, cerrando, na atualidade, fileiras em favor da reprodução do estado de coisas que outrora criticavam.

Com isso, poder-se-ia perguntar: perdeu o sentido o discurso alternativista? O fato de o direito alternativo constituir um dos marcos teóricos deste trabalho já antecipa a posição do autor sobre esse assunto, que será retomado com mais vagar ao longo do texto. Entende-se aqui que a alternatividade é, fundamentalmente, uma postura do jurista em relação ao mundo que se quer construir e ao papel que o direito ocupará nessa construção.

Conclui-se, com base no exposto, que a conformação teórica do direito alternativo tem por essência a prática de diversas teorias. É nesse contexto que a busca de ferramentas de trabalho na teoria constitucional, proposta por este trabalho, se afigura como de fundamental importância para as reflexões alternativistas. Partindo-se de uma Constituição como a brasileira de 1988, albergadora de inúmeros direitos e garantias fundamentais, frutos de imensa luta das classes espoliadas, faz-se necessário o desenvolvimento de perspectivas

¹⁴⁸O Professor Antonio Carlos Wolkmer faz um interessante inventário dos diversos nomes do pensamento jurídico crítico brasileiro e estrangeiro: Cf. WOLKMER, 2006, passim.

teóricas que possibilitem a concretização integral da Constituição, sob pena de ela se tornar meramente simbólica no que tange aos direitos das classes exploradas, enquanto a sua efetividade plena está reservada ao atendimento dos privilégios das elites¹⁴⁹.

Como já tratado na introdução, na atualidade, em alguns ambientes acadêmicos as discussões alternativistas são consideradas fora de moda, superadas. Infelizmente, questões acadêmicas ainda são tratadas como vestuários, que entram e saem de moda de acordo com as novas tendências da estação. O direito alternativo só deixará de fazer sentido quando os problemas que ele visa combater deixarem de existir ou se restar comprovada a sua total ineficácia para a construção de um novo direito. Não é isso, no entanto, que essas quase duas décadas de história têm demonstrado. Enquanto o direito ainda for latifúndio do pensamento conservador, espaço de perpetuação do *status quo*, o direito alternativo, tal qual a camisa branca e o terno escuro, ainda terá lugar de destaque nas prateleiras, muitas vezes empoeiradas, do conhecimento jurídico.

2.2 Histórico

2.2.1 Antecedentes teóricos

O direito alternativo não surgiu do nada. É fruto de intenso processo de transformação dialética do direito, pautando-se em uma sólida tradição do pensamento jurídico crítico estrangeiro e nacional. Inspirou-se em diversas correntes críticas, em especial nas correntes italiana, francesa e espanhola do uso alternativo do direito e da magistratura democrática. Cerrando fileiras no movimento estão juristas marxistas, neomarxistas, humanistas dialéticos, sociólogos do direito, corrente psicanalítica, teologia da libertação, entre outros¹⁵⁰.

¹⁴⁹CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: LEMBO, Cláudio. **Uma vida dedicada ao Direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o Editor dos Juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 41- 43.

¹⁵⁰Profundo inventário sobre o pensamento jurídico crítico brasileiro pode ser encontrado em: WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

No Brasil, dentre os principais antecedentes teóricos do direito alternativo, destacam-se: o “Direito Achado na Rua”, desenvolvido por Lyra Filho¹⁵¹ e hoje continuado por José Geraldo Sousa Júnior, da Universidade de Brasília.¹⁵² No plano da sociologia jurídica, tem-se a sólida obra do professor *uspiano* José Eduardo Faria, com investigações que vão desde a análise emancipatória da prática judicante até, nas obras mais recentes e de viés menos crítico, reflexões sobre as imbricações entre direito e economia globalizada.¹⁵³ Merece destaque a *zetética* trabalhada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a partir do método tópico problemático desenvolvido por Theodor Viehweg, além de suas contribuições ao desenvolvimento da idéia de função social da dogmática jurídica.¹⁵⁴ A criminologia crítica/radical, com os professores Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos e Vera Regina Andrade, também é fonte de inspiração para o direito alternativo, à medida que possibilita um novo olhar sobre a criminalidade, desnudando o caráter seletivo do sistema penal¹⁵⁵.

Outra forte influência veio dos estudos jurídicos críticos desenvolvidos por Luiz Fernando Coelho¹⁵⁶, um dos principais inspiradores do alternativismo quando, ainda nos anos oitenta, lecionava no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC), berço teórico do direito alternativo. O professor e psicanalista maranhense Agostinho Ramalho Marques Neto também apresenta importantes contribuições ao pensar o direito a partir de categorias *lacanianas*, conciliando, assim, direito e psicanálise.¹⁵⁷

¹⁵¹Cf. LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. Brasília: Brasiliense, 1991; LYRA, Doreodó Araújo. **Desordem e processo**: estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: SAFE, 1986; CHAVES, Leonardo Rossano Martins. **Filosofia jurídica brasileira e Humanismo dialético: Roberto Lyra Filho**. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente**. Barueri: Manole: Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005.

¹⁵²SOUSA JR, 1993, *passim*.

¹⁵³FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999; FARIA, 1988, *passim*. FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1992.

¹⁵⁴Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

¹⁵⁵Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2004; SANTOS, Juarez Cirino. **Criminologia Radical**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

¹⁵⁶COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁵⁷Cf. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise**. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et. al. **Direito e Neoliberalismo**. Curitiba: EDIBEJ, 1996; MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Ainda sobre a conexão entre o direito e a psicanálise, conferir: PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Em que pese toda a divergência que havia no CPGD/UFSC entre os alternativistas e os waratianos, não se pode negar a enorme influência da obra de Luiz Alberto Warat para a construção de um pensamento jurídico crítico no Brasil. Warat auxiliou, sobremaneira, na retirada do direito da mesmice que o dominava, misturando-o ao cinema, à filosofia, à literatura e à psicanálise, o que resultou em obras como: *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*, *O Amor Tomado pelo Amor*, *Manifesto do Surrealismo Jurídico*, dentre inúmeras outras.¹⁵⁸

Ledio Rosa de Andrade também destaca o papel de João Batista Herkenhoff¹⁵⁹ e de Roberto Aguiar,¹⁶⁰ que trouxeram – e ainda trazem – fundamentais contribuições para a construção de um pensamento jurídico crítico, especialmente nas lutas travadas para a restituição da democracia em *terra brasilis*. Andrade cita o memorável Congresso Nacional de Magistrados, em 1975, no qual Herkenhoff propôs uma moção pedindo a volta do estado de direito – não incluiu a palavra democrático – e foi derrotado de forma esmagadora, recebendo o apoio de três ou quatro congressistas. Tal atitude demonstra a conivência de parcela da magistratura brasileira com a ditadura militar.¹⁶¹

No cenário internacional o direito alternativo sofreu grande influência do movimento italiano do uso alternativo do direito, capitaneado, principalmente, por Luigi Ferrajoli e Pietro Barcellona¹⁶². Esse movimento propunha uma releitura do direito vigente à luz de um novo marco interpretativo, que ressaltasse o seu caráter emancipador em detrimento do usual viés opressor. A proposta pressupunha, portanto, uma mudança no sentido atribuído às normas jurídicas sem que houvesse a necessidade de mudança da legislação. A influência do uso alternativo do direito foi tamanha, que o direito alternativo tem uma de suas tipologias explicitamente inspirada nele, como se verá posteriormente.

Ferrajoli, um dos precursores do uso alternativo do direito, com a publicação da obra *Direito e Razão*, no final dos anos oitenta, delineou os pontos

¹⁵⁸Cf. WARAT, 2004, passim.

¹⁵⁹HERKENHOFF, 1999, passim; HERKENHOFF, João Baptista. **O direito dos códigos e o direito da vida**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. HERKENHOFF, João Baptista. **Para gostar do direito**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

¹⁶⁰Cf. dentre inúmeras obras AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999; AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-ômega, 1984.

¹⁶¹ANDRADE, Ledio Rosa. **O que é Direito alternativo?** Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p.14 e ss.

¹⁶²Cf. BARCELLONA, Pietro; COTTURRI, Giuseppe. **El Estado y los Juristas**. Barcelona: Editorial Fontanella, 1976.

básicos do chamado garantismo jurídico¹⁶³, que goza de crescente prestígio no direito brasileiro, possibilitando, dentre outras coisas, repensar o papel do juiz, que deve ser visto como garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos contra qualquer maioria, bem como delinear um conceito substancial de democracia limitada pelos direitos fundamentais.¹⁶⁴

A obra do professor argentino radicado no México, Oscar Correas, também foi um excelente substrato para o desenvolvimento do direito alternativo. Profundo estudioso de Kelsen, além de rigoroso pesquisador das teorias críticas, a sua obra sempre teve grande acolhida entre os alternativistas, sendo ele presença constante nos congressos de direito alternativo. Os professores franceses Michel Mialle¹⁶⁵ e André-Jean Arnaud¹⁶⁶, ambos com ótimo trânsito no pensamento jurídico crítico brasileiro, foram e continuam sendo marcos teóricos cruciais.

A tese da constituição dirigente desenvolvida pelo constitucionalista português Gomes Canotilho teve grande impacto sobre o direito constitucional brasileiro, fazendo de seu autor presença obrigatória nos debates jurídicos nacionais, principalmente, em razão da Constituição Federal de 1988 seguir o modelo dirigente¹⁶⁷. Em meados dos anos noventa Canotilho publicou um artigo em que tecia críticas à tese da constituição dirigente, o que provocou acesa polêmica entre os constitucionalistas. Contudo, como salienta Lenio Streck e o próprio

¹⁶³Sobre o Garantismo de Ferrajoli, Cf. CADEMARTORI, Sérgio. **Estado, direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002; CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003; ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003. (Teoria Geral do Direito)

¹⁶⁴Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001a; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001b; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradutores Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los Derechos Fundamentales**: debate con Luca Baccelli et. al. Madrid: Trotta, 2001c; FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470179isonomia16/isonomia16_01.pdf>. Acesso em: 24 junh. 2006.

¹⁶⁵MIAILLE, 1988, passim.

¹⁶⁶Cf. ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. ARNAUD, André-Jean (org). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

¹⁶⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

Canotilho, o constitucionalismo dirigente continua adequado ao Brasil, país de modernidade tardia¹⁶⁸.

Outro português de grande importância para o pensamento jurídico crítico é o sociólogo Boaventura de Sousa Santos, autor, dentre muitos outros trabalhos de peso, de pesquisas de campo fulcrais para a compreensão do fenômeno do pluralismo jurídico, tal qual a tese sobre o *Direito de Pasárgada*. Boaventura participa intensamente do debate político e acadêmico brasileiros, sendo sempre presença marcante no Fórum Social Mundial, discutindo e apresentando propostas para um novo mundo possível¹⁶⁹.

Os juristas espanhóis Joaquim Herrera Flores, Perfecto Ibañez e Modesto Saavedra López também tiveram grande influência no movimento alternativista, possibilitando uma boa interlocução entre o direito alternativo brasileiro e o pensamento jurídico europeu.¹⁷⁰ Carlos Cárcova e Alícia Ruiz, importantes juristas argentinos, também não podiam ficar de fora desta lista, pela inegável repercussão de seus trabalhos entre os juristas críticos brasileiros.¹⁷¹

Por fim, as teorias concretistas de inspiração tópica, dos constitucionalistas alemães Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle, cujas obras serão objeto de análise no capítulo segundo deste trabalho, também influenciaram, de certa maneira, um atuar crítico no direito. É claro que antes de 1988 essa influência era diminuta, em função do insignificante papel desempenhado pelo direito constitucional em um país imerso numa ditadura militar.

De modo algum se pretendeu aqui abarcar todas as vertentes teóricas que influenciaram o direito alternativo. Objetivou-se, tão-somente, demonstrar, a partir de alguns exemplos, que o direito alternativo não surgiu do nada, tendo como antecedentes sólidas bases teóricas.

¹⁶⁸COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁶⁹Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. SANTOS, 2001, passim; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 11. ed. Porto Alegre: Edições Afrontamento, 1999.

¹⁷⁰CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁷¹CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. Tradução Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996.

2.2.2 Um breve histórico

A articulação inicial do direito alternativo deu-se em torno de um grupo de juízes do Rio Grande do Sul que debatia propostas para a Assembléia Nacional Constituinte que culminou na Constituição Federal de 1988. Perceberam esses juízes que tinham em comum grande insatisfação com o divórcio entre direito e justiça, muitas vezes presente na aplicação do modelo jurídico dominante. Para tentar responder a isso criaram um grupo de estudos, que se reunia na sede campestre da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), visando buscar alternativas para a superação do modelo liberal-individualista-normativista de direito.¹⁷²

O grupo foi crescendo, ganhando novos adeptos. Como a maioria dos membros eram juízes, as críticas ao modelo dominante de direito não ficaram apenas no plano teórico; ganharam rapidamente concretude, aterrissando nas atividades forenses dos participantes. Com isso, em pouco tempo, foram notados, pois as suas decisões em muito se diferenciavam dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais dominantes.

A repercussão foi tanta que levou a Porto Alegre o jornalista Luiz Maklouf, do paulistano Jornal da Tarde, interessado em fazer uma matéria com esse grupo de juízes que tinham na justiça, e não na lei, seu horizonte interpretativo/aplicativo do direito. Do material coletado em horas de entrevistas nos gabinetes dos juízes e em amistosas rodas de chimarrão e mesas de bares, surgiu o artigo intitulado “Juízes gaúchos colocam direito acima da Lei”, publicado em 25 de outubro de 1990. A reportagem buscava desmoralizar o grupo de estudos e, em especial, o magistrado Amilton Bueno de Carvalho, hoje desembargador. Maklouf utilizou-se de conversas privadas, gravadas em momentos de descontração, nas quais foram utilizadas expressões que, retiradas do contexto, tornavam caricatas a imagem dos juízes orgânicos gaúchos.

No entanto, segundo Ledio Rosa de Andrade, essa reportagem foi submetida “à teoria do efeito perverso”: visava-se um fim, mas o resultado levou a outro, diametralmente oposto; em linguagem popular, “o tiro saiu pela culatra”. Com a publicação da matéria outros juristas que também estavam angustiados com a

¹⁷²Sobre um histórico do direito alternativo Cf. ANDRADE, 1996, passim.

ineficácia do direito dominante em dar respostas à deplorável condição de injustiça social a que está submetida parcela significativa da população brasileira, souberam da existência do trabalho desenvolvido pelos magistrados gaúchos, solidarizando-se a eles¹⁷³.

Maklouf confundiu a disciplina de direito alternativo que Amilton lecionava com o movimento de juízes orgânicos gaúchos, taxando-os, equivocadamente, de juízes do direito alternativo. Surgiu daí a utilização da expressão direito alternativo para se referir ao grupo de juristas orgânicos. Importante esclarecer que o próprio movimento alternativista considera que o nome direito alternativo não traduz a efetiva práxis dos juristas orgânicos, contudo, como o nome já havia se consolidado, decidiram mantê-lo. Porém, até hoje a utilização do nome tem colocado o movimento na mira de infundadas e apressadas críticas.

Como fruto dessa articulação propiciada pela divulgação em âmbito nacional do grupo de magistrados gaúchos, em 1991, entre os dias 04 e 07 de setembro, foi realizado, em Florianópolis, o “I Encontro Internacional de Direito Alternativo”, reunindo milhares de pessoas, entre juízes de direito, advogados, promotores de justiça, professores universitários e estudantes.

O crescimento do movimento foi vertiginoso, alastrando-se por todo o Brasil, América Latina e parte da Europa, tornando-se objeto de inúmeros grupos de estudos, artigos científicos, livros, seminários, monografias de conclusão de curso, dissertações e teses, sendo, inclusive, disciplina curricular em algumas faculdades de direito e escolas da magistratura.¹⁷⁴

Importante salientar que a Editora Acadêmica foi um espaço profícuo para a divulgação dos trabalhos alternativistas, destacando-se os clássicos *Lições de Direito Alternativo* e *Revista de Direito Alternativo*.

Pode-se considerar que a reportagem do Jornal da Tarde, o Encontro Internacional de Florianópolis e o lançamento do livro *Lições de Direito Alternativo I*, pela Editora Acadêmica, foram os grandes marcos fundacionais do movimento do direito alternativo brasileiro.

¹⁷³ANDRADE, 1996, p. 106.

¹⁷⁴No CPGD/UFSC, com a licença nos últimos anos do Professor Edmundo Arruda Jr., a disciplina de Direito Alternativo não foi mais ofertada. Espera-se que com o retorno do Prof. Edmundo, já concretizado, a disciplina volte a ser oferecida. Sobre a temática do direito alternativo há no âmbito do CPGD/UFSC a disciplina de “Pluralismo Jurídico”, que atrai sempre muitos estudantes, ministrada com maestria pelo Professor Antonio Carlos Wolkmer, no último trimestre letivo de cada ano.

2.2.3 Alguns esclarecimentos prévios: o que não é direito alternativo

Talvez o principal problema enfrentado pelo movimento do direito alternativo em sua caminhada histórica seja a falta de ética e de responsabilidade acadêmico-científica de uma parte significativa de seus detratores. Grande parcela das críticas sofridas pelo movimento origina-se de pessoas – inclusive grandes vultos do direito brasileiro – que nada ou muito pouco leram sobre o tema antes de emitirem as suas opiniões ou tirarem as suas conclusões. Como exemplo disso, cita-se o destacado professor Goffredo Telles Júnior que, em seu livro autobiográfico, tece duras críticas ao direito alternativo com base, unicamente, no artigo do *Jornal da Tarde* supracitado, não citando como fonte de pesquisa nenhuma obra alternativista.¹⁷⁵ Esse tipo de atitude não é condizente com o trabalho de um investigador científico. Exige-se dele um debruçar constante sobre o seu objeto de estudo, esquadrinhando-o, perquirindo-o das mais variadas formas, sob os mais variados ângulos, objetivando, sempre, entendê-lo a partir de seus referenciais históricos e axiológicos.¹⁷⁶

Essa desoladora, antiética e freqüente conduta que “[...] ressoa como um eco dessa obsoleta hermenêutica jurídica do século XIX¹⁷⁷”, exige que essa breve incursão pelos pressupostos teóricos do direito alternativo parta justamente daquilo que ele não é.

O direito alternativo, ao contrário do que sustentam os seus críticos, não é contrário à lei e nem contrário à dogmática jurídica, ao revés, vale-se do que há de mais elevado em termos de direito positivo, a Constituição Federal, para fundamentar a sua práxis. Do mesmo modo, aproveita-se da dogmática jurídica como uma importante aliada na tarefa de concretizar direitos. O Desembargador gaúcho e um dos mais destacados alternativistas, Amilton Bueno de Carvalho, afirma com clareza que “não se vislumbra sociedade sem normas. Aliás, às vezes, leis más são melhores do que a ausência de leis.”¹⁷⁸ Como bem coloca Luis Roberto Barroso, “fruto do debate político, ela (a lei) representa a despersonalização do

¹⁷⁵TELLES JUNIOR, Goffredo. **A folha dobrada**: lembranças de um estudante. 2. reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 158-164.

¹⁷⁶FONSECA, Edson Pires da. **Fundamentos teóricos e filosóficos do direito alternativo**. 2003. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2003.

¹⁷⁷ARRUDA JR; GONÇALVES, op. cit., p. 237.

¹⁷⁸CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito alternativo em movimento**. 2. ed. Niterói, RJ : LUAM, 1997. p. 62.

poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei.”¹⁷⁹

Contudo, não se pode mais pensar, à maneira dos positivistas, que direito é sinônimo de lei ou, até mesmo, que a norma jurídica está pronta e acabada com a promulgação da lei escrita. Para o constitucionalista alemão Friedrich Müller, que será estudado no próximo capítulo, o texto da norma é apenas a ponta do *iceberg* normativo.

Quando o direito alternativo julga *contra legem*, não o faz de maneira arbitrária ou ao arrepio do direito; muitas vezes a decisão contraria a literalidade da lei, mas está em perfeita consonância com outros métodos de interpretação, como o teleológico e o sistemático. Também julga contra a lei quando esta contraria princípios e regras albergados na Constituição Federal. Age, assim, em harmonia com a idéia de supremacia hierárquica da constituição, segundo a qual uma norma infraconstitucional contrária à Magna Carta e que não possa ser reaproveitada por meio do mecanismo da interpretação conforme, deve ser defenestrada do ordenamento jurídico. Atua, também, em sintonia com as idéias de filtragem constitucional e normatividade dos princípios, construções seminais da dogmática e da teoria do direito para se trabalhar com um modelo constitucional principiológico, como o brasileiro¹⁸⁰.

Reafirma-se, portanto, que o direito alternativo está em perfeita sintonia com a mais sólida e avançada dogmática jurídica e que não nega a aplicação de uma lei de modo arbitrário e inconstitucional, como tentam passar os seus críticos; só não a aplica cegamente, por exigência da própria dogmática jurídica e da construção hierárquica do direito positivo, que criam regras para aplicação e interpretação normativas.

Valem-se os alternativistas dos ferramentais dogmáticos para a efetivação da justiça e do direito. Não se pode confundir, como fazem os leguleios, direito e lei: a rejeição a esses subprodutos do positivismo, que já serviram de disfarce para “autoritarismos de matizes variados,”¹⁸¹ em nada se assemelha à negativa pura e simples da lei.

¹⁷⁹BARROSO, op. cit., p. 32.

¹⁸⁰Esses pontos serão desenvolvidos com vagar no próximo capítulo.

¹⁸¹BARROSO, op. cit., p. 40.

No Brasil, na verdade, quem contraria constantemente a lei são os juristas tradicionais, ditos legalistas, quando selecionam qual legislação querem aplicar. Negam freqüentemente eficácia a textos de normas constitucionais, enquanto dão primazia a textos de normas infraconstitucionais, simplesmente porque essas são mais favoráveis à visão de mundo que, camufladamente, defendem. A negativa da lei pelos juristas tradicionais é tão evidente que o próprio direito alternativo tem como uma de suas frentes de atuação a positividade combativa, que será estudada adiante, que nada mais é do que o reconhecimento da necessidade de se travar uma luta constante na esfera jurídica para que sejam aplicadas as leis que trazem em seu bojo conquistas históricas das classes sociais exploradas – por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, além da própria Constituição Federal, “Lei das leis”, ápice da pirâmide normativa – e que são ignoradas pelo *status quo*.

Os juristas tradicionais são legalistas ao defenderem a efetividade dos dispositivos normativos que garantem privilégios às elites que dirigem e exploram esse país desde a sua invasão pelos portugueses no século XVI, mas passam ao arrepio da lei quando essa incorpora conquistas das classes sociais que buscam emancipação.¹⁸²

O que o senso comum teórico tem chamado de julgar *contra legem*, em muitos casos, como já dito, nada mais é do que julgar contra a literalidade da lei. A interpretação meramente literal já era considerada pobre sob os auspícios da Escola da Exegese, no início do século XIX, que chegou a defender que a interpretação literal não dava conta da complexidade da sociedade francesa de então. Acentua-se que isso ocorreu há mais de duzentos anos e, mesmo assim, inúmeros profissionais do direito ainda reduzem a aplicação do direito à interpretação literal das leis. Desconsidera-se, ao agir assim, os próprios métodos clássicos de interpretação da Escola Histórica, segundos os quais a interpretação deve ser não só literal, mas também histórica, teleológica e sistemática.

Do mesmo modo que se enfatizou que o direito alternativo não nega a lei, ele também não defende, como sustentam alguns de seus críticos, o livre-arbítrio dos juízes, ao contrário, exige deles que fundamentem racionalmente as suas decisões. Além disso, não se restringe às fundamentações superficiais, que evocam

¹⁸²FONSECA, 2003, *passim*.

como fundamento decisório, de maneira vazia, artigos de leis, criando-se a ilusão de que se está decidindo com base exclusiva na lei, escamoteando as razões de fundo pelas quais se optou por um e não por outro entendimento possível para o caso.

Exige-se, como bem aclara o desembargador gaúcho Rui Portanova, a motivação ideológica da sentença, isto é, a explicitação das condicionantes históricas, políticas, morais, religiosas e econômicas que influenciaram na decisão¹⁸³. Depois de Kelsen, no capítulo oitavo da *Teoria Pura do Direito*¹⁸⁴, afirmar que uma norma jurídica comporta mais de uma possibilidade de interpretação válida, não havendo mecanismo no direito capaz de dizer qual é a interpretação correta, fundamentações de decisões jurídicas nas quais os julgadores sustentam tão-somente que julgaram com base no artigo tal, inciso tal, da lei tal, pouco ou nada dizem, pois não esclarecem o motivo pelo qual se optou por essa interpretação e não por inúmeras outras que aquele texto de norma jurídica também comportava.

Os alternativistas não advogam poderes supremos e arbitrários para os juízes nem mesmo quando entendem que eles estão autorizados a não aplicar determinada lei, visto que a referida autorização decorre de critérios objetivos albergados tanto no ordenamento jurídico quanto na própria dogmática. Ferrajoli é categórico ao sustentar que a sujeição do juiz à lei não é, como no positivismo, sujeição à letra da lei, mas, sim, sujeição à lei válida, isto é, coerente com a constituição¹⁸⁵.

O fato de uma norma jurídica comportar mais de uma interpretação válida abre ao intérprete a discricionariedade para escolher qual dos sentidos comportados por aquele texto possibilita melhor solução para o caso, devendo-se considerar os aspectos teleológicos, sistemáticos, hierárquicos, principiológicos, bem como inúmeros outros procedimentos hermenêuticos úteis à decisão. A mera subsunção lógica de um fato a uma previsão normativa não dá conta da complexidade do fenômeno jurídico.

Como a discricionariedade é inexorável à interpretação, a postura alternativista de motivar ideologicamente as decisões afigura-se primordial para a vedação do arbítrio, pois obriga o intérprete a explicitar as reais motivações de sua

¹⁸³PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

¹⁸⁴KELSEN, op. cit., p. 391.

¹⁸⁵FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001a, p.26.

opção por um ou outro sentido interpretativo da norma. No momento histórico atual é inadmissível, diante dos avanços do conhecimento jurídico, em especial da hermenêutica, tolerar a velha máxima de Montesquieu, segundo a qual o juiz é “apenas a boca que pronuncia as palavras da lei”. Essa postura permite o encobrimento dos critérios de decisão, servindo de ante-sala para o arbítrio.

Outro mito relacionado ao direito alternativo é o que afirma que ele ataca os postulados da segurança jurídica, gerando incertezas ao negar a aplicação de determinados dispositivos legais. Nada mais equivocado. São os juristas tradicionais que atentam contra a segurança jurídica ao insistirem na aplicação de leis que contrariam a Constituição Federal, quando essas mantêm privilégios dos grupos sociais dominantes. Como exemplo do desrespeito de parcela significativa do Judiciário à normatividade constitucional, traz-se à colação passagem citada por Andreas Krell, pautando-se em Fernando Scaff, ao tratar da inefetividade dos direitos sociais no Brasil:

a pouca experiência dos membros do Poder Judiciário no manejo dos princípios constitucionais termina subvertendo a lógica jurídica e colocando a população refém de normas infralegais editadas sem qualquer preocupação com esses princípios superiores, no mais das vezes, com elas conflitantes¹⁸⁶.

Portanto, ao negar aplicabilidade às normas infraconstitucionais que contrariam a Constituição os alternativistas, repisa-se, não estão desrespeitando a lei, mas, tão-somente, cumprindo a exigência da própria estrutura do ordenamento jurídico, organizado de maneira hierárquica, num escalonamento de normas jurídicas, no qual as normas inferiores somente serão válidas se estiverem em conformidade com as normas superiores, encontrando na Constituição o ápice normativo. Diante disso, quem então avilta a segurança jurídica?

Os chamados juristas tradicionais também desrespeitam a segurança jurídica quando se escondem por detrás de uma pseudoneutralidade axiológica, afirmando extrair a “verdade jurídica” a partir da aplicação de um método neutro, num processo meramente subsuntivo.¹⁸⁷

¹⁸⁶KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, p.73.

¹⁸⁷Segundo Friedrich Müller, “a ‘subsunção’ é apenas aparentemente um procedimento lógico formal; na verdade, é um procedimento determinado no seu conteúdo pela respectiva pré-compreensão de dogmática jurídica”. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Tradução Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000a. p. 62.

Como bem ensina Roberto Lyra Filho, citado por Azevedo, “toda neutralidade é filha do status quo, pois lhe dá campo livre, enquanto se recusa a tomar atitude.”¹⁸⁸ Em outras palavras, o “não se posicionar” já é uma tomada de posição em favor da manutenção do estado de coisas.

Desde, pelo menos, a publicação por Hans-Georg Gadamer,¹⁸⁹ em 1960, da obra “Verdade e Método”, é cristalino que o intérprete vê o objeto a ser interpretado a partir dos seus *pré-conceitos*, de sua historicidade, vivencialidade e de suas opções políticas, religiosas e ideológicas. Superado o mito da neutralidade do direito e de seus intérpretes, deve o jurista alternativo definir claramente o seu compromisso ideológico, assumindo a dimensão ideológica do discurso jurídico, motivando a decisão judicial com a ideologia que usa de pano de fundo. Assume, assim, qual o tipo de sociedade quer construir e, fundamentalmente, em qual lado da luta de classes está posicionado.¹⁹⁰

Dessa maneira, quando o jurista tradicional diz estar julgando com neutralidade, está ocultando – ainda que inconscientemente – suas posições. Isso sim gera insegurança. Nunca se sabe o motivo pelo qual, dentre as diversas interpretações possíveis e todas elas válidas que aquele texto de norma jurídica comporta, escolheu aquela e nem a quem está tentando privilegiar, ou que tipo de sociedade está tentando construir ao assim agir. Clèmerson Clève afirma que “pior, todavia, do que o que pretende decidir ocultando a ideologia é aquele que decide ideologicamente imaginando que age de modo neutro, imparcial, e coerente com a verdade.”¹⁹¹

Segundo Azevedo, o papel criativo do juiz é fundamental para a segurança jurídica. Para ele, “sem dúvidas, a percepção e o sentimento da vida e da situação do povo pelos magistrados fortalecerão a segurança jurídica, a menos que seja associada aos interesses de uns poucos e dissociada dos interesses da maioria.” Tem-se, com isso, que “o caminho para a segurança jurídico-social acha-se exatamente no adequado encaminhamento dessa tensão imanente ao processo histórico.”¹⁹²

¹⁸⁸AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 76.

¹⁸⁹GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

¹⁹⁰CLÈVE, 1995, passim.

¹⁹¹Ibid., p. 46-47.

¹⁹²AZEVEDO, op. cit., p. 74-75.

A segurança jurídica plena, cultuada pelo positivismo jurídico, é inatingível, figurando como um dos mitos da modernidade jurídica. Todavia, a impossibilidade de sua plenitude não deve servir de empecilho para que se trabalhe pela construção do máximo de segurança possível. Em outras palavras, a impossibilidade de objetividade plena no direito não deve afastar os juristas da busca da objetividade possível. Ressalva-se, porém, com Herkenhoff, que “jamais se poderá, em nome da segurança, consagrar a injustiça ou justificar a sentença contrária ao bem comum.”¹⁹³

Com o intérprete assumindo o seu lugar no processo hermenêutico a segurança jurídica passa a ter novos contornos. No entendimento de Edmundo Arruda Júnior e Marcus Fabiano Gonçalves, a segurança jurídica deve ser vista na atualidade como “o direito a ter clareza a respeito das pré-compreensões desde as quais somos julgados.”¹⁹⁴ Assim, para além da mitologia, a única possibilidade de segurança jurídica possível é saber a partir de quais pré-compreensões se está sendo julgado, isto é, ter clareza do motivo pelo qual dentre as diversas interpretações válidas que um texto de norma jurídica comporta, o juiz optou justamente por aquela. E isso, insiste-se, os alternativistas fazem muito bem ao motivarem ideologicamente a sentença.

2.3 Tipologia proposta

Neste tópico será apresentada a tipologia – frentes de atuação – proposta para o direito alternativo por dois de seus principais atores: o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Amilton Bueno de Carvalho – uso alternativo, positividade combativa e direito alternativo em sentido estrito –, e o professor da Universidade Federal de Santa Catarina, Edmundo Lima de Arruda Júnior – instituído relido, instituído sonogado, instituinte. Ambas as tipologias referem-se às mesmas coisas com palavras diferentes. A denominação utilizada por Edmundo Arruda é mais precisa do ponto de vista conceitual, embora a desenvolvida por Amilton seja mais popular.

¹⁹³HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o Direito**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 112.

¹⁹⁴ARRUDA JR; GONÇALVES, op. cit., p. 246.

2.3.1 O uso alternativo do Direito – instituído relido

O uso alternativo do direito¹⁹⁵ tem como antecedente o movimento homônimo desenvolvido pela Magistratura Democrática italiana, fundado em 1964, como corrente interna da Associação Nacional dos Magistrados. Eles tinham por objetivo teorizar em torno da politicidade da atividade do jurista, reafirmando o caráter político do direito. Dentre os integrantes desse movimento destacaram-se Pietro Barcellona¹⁹⁶, Luigi Ferrajoli, Giuseppe Coturri, Salvatore Senese, Vincenzo Accattatis, Domenico Pulitano e Francesco Misiani. De todos eles, os três primeiros são os mais conhecidos da comunidade jurídica brasileira¹⁹⁷.

Para Diego Duquelsky o uso alternativo do direito consiste na “atividade que se desenvolve no próprio seio do ordenamento jurídico, utilizando as contradições, ambigüidades e lacunas do direito vigente, buscando através de uma interpretação qualificada, que os efeitos da norma sejam cada vez mais democráticos.”¹⁹⁸

Jesus Antonio de La Torre Rangel sustenta que na América Latina o uso alternativo representa as diversas ações jurídicas que visam o favorecimento do povo ou da classe dominada, a partir da aplicação normativa feita pelos tribunais. Aponta duas zonas em que o uso alternativo do direito pode ser utilizado: a primeira delas, é quando se fazem efetivas disposições jurídicas que beneficiam as classes dominadas e que não são aplicadas; a segunda, é quando se dá às normas aparentemente “neutras”, um sentido que possibilite uma aplicação do direito favorável aos oprimidos. Somente esta segunda acepção corresponde à delimitação feita pelo direito alternativo para a expressão uso alternativo do direito. A primeira

¹⁹⁵Pode-se detectar na passagem de Tigar e Levy aqui trazida à colação, uma espécie de uso alternativo do direito, na medida em que os autores sustentam que a ideologia, como sistema de palavras vinculadas ao tempo e de frases cristalizadas e com origens no conflito humano, do grupo que detém o poder do Estado, destina-se a abafar as rivalidades e desviar a atenção do povo para a interpretação do sistema de regras. Porém, sempre se poderá interpretá-lo de maneira diferente. Com o tempo, as contradições entre o sistema dominante de relações e as regras formais que o governa, tendem a aumentar. Cabe, então, ao grupo dissidente, como uma de suas primeiras tarefas, explorar os limites da ideologia jurídica dominante para ver o quanto pode ser realizado dentro desses limites. TIGAR; LEVY, op. cit., p. 277.

¹⁹⁶Sobre Barcellona, conferir: MONREAL, Eduardo Novoa. **Elementos para una Crítica y Desmistificación del Derecho**. Buenos Aires: Ediar, s/d, pp. 63 a 75.

¹⁹⁷GÓMEZ, Diego J. Duquelsky. **Entre a lei e o Direito**: uma contribuição à teoria do Direito Alternativo. Tradução: Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 13. Ferrajoli, por exemplo, tem sido bastante estudado no Brasil, em virtude da teoria do garantismo jurídico, anteriormente mencionada. Ressalta-se, no entanto, que essa teoria foi desenvolvida no final dos anos oitenta, bem depois do uso alternativo do direito

¹⁹⁸Ibid.p.13.

conceituação apresentada por Rangel é conhecida como positividade combativa, temática que será abordada posteriormente.¹⁹⁹

No Brasil, o uso alternativo do direito é uma atividade basicamente hermenêutica. A eterna disputa entre formalistas e realistas, assevera Duquelsky, está superada, principalmente a partir dos aportes propiciados pela hermenêutica filosófica gadameriana. Não se deve mais falar, como faziam os positivistas, em uma aplicação meramente subsuntiva da lei. Segundo Gadamer, a interpretação pressupõe sempre um acordo entre a objetividade do texto e a subjetividade do autor.²⁰⁰

Nesse sentido é que o uso alternativo do direito propõe uma releitura de todo o ordenamento jurídico adotando como norte interpretativo os princípios de direito albergados na Constituição Federal, pontos de partida para a construção de uma sociedade justa, fraterna e garantidora, no mínimo, de igualdade de oportunidades a todos. Mantém-se a base legal no que puder ser aproveitada, dando-lhe apenas outro viés interpretativo. É por isso que Edmundo Lima de Arruda Junior denomina-o como o plano do “instituído relido”, pois, por meio de procedimentos hermenêuticos, altera-se o sentido de dispositivos normativos já presentes no ordenamento jurídico positivo. Objetiva-se, dessa maneira, reaproximar direito e justiça, alterando, simplesmente, os pressupostos interpretativos.²⁰¹

Para o professor Oscar Correias,

o “uso alternativo del derecho [...] es la interpretación – uso – del sistema normativo hegemónico de manera que se consiga la producción, por parte de ciertos funcionarios públicos, de decisiones – normas – favorables a los intereses de ciertos sectores sociales a los cuales el sistema normativo desea en realidad desproteger.”²⁰²

Com o uso alternativo do direito a hermenêutica passa a ser um local importante para a luta emancipatória, pois permite que o sentido inicial de alguns textos de normas seja revisto, possibilitando uma releitura democratizante do ordenamento jurídico. Há, no entanto, limites a essa atividade interpretativa. O novo sentido dado ao texto de norma objeto da interpretação deve estar dentro da esfera de possibilidades trazidas pelo texto, caso contrário rompe-se com a

¹⁹⁹RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. **El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de las Casas**. México: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991, p. 4.

²⁰⁰GÓMEZ, op. cit., p.13.

²⁰¹CARVALHO, 1998, p. 54.

²⁰²CORREAS, Oscar. Derecho Alternativo: elementos para una definición. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de Direito Alternativo do Trabalho**, São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 20.

discricionariedade e parte-se para a arbitrariedade, solução não desejada pelos próprios alternativistas.

A alteração do sentido atribuído a uma norma sem a alteração de seu texto não é fenômeno incomum no direito, sendo a mutação constitucional um exemplo disso²⁰³. Em voto proferido na Reclamação 4335-5, do Acre, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, alegou mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição Federal, para ampliar os limites da decisão do Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Prevê o citado dispositivo constitucional que a Resolução do Senado confere efeito *erga omnes* à decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, suspendendo a execução da lei ou ato normativo²⁰⁴. Para Mendes, contudo, o artigo 52, X, da Constituição Federal sofreu mutação constitucional, tornando desnecessária a manifestação senatorial para que as decisões da Suprema Corte no controle difuso tenham eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, tendo o condão, tão-somente, de dar publicidade à decisão proferida pelo Supremo.

Pode-se valer o direito alternativo, dessa maneira, de instrumentais da nova dogmática como ferramenta de luta. A interpretação conforme a constituição faz parte destes dispositivos hermenêuticos colocados à disposição dos juristas orgânicos. Por meio dela, tenta-se poupar, na medida do possível, a norma jurídica aparentemente inconstitucional, preservando-se a integridade do ordenamento jurídico, ao mesmo passo em que se minimiza o atrito entre os poderes legislativo e judiciário.

A interpretação conforme consiste na adequação do sentido de interpretação de um texto de norma infraconstitucional com o de um texto constitucional. Explica-se. Como uma norma comporta mais de uma possibilidade interpretativa válida, se houver possibilidade de compatibilizá-la com a constituição por meio da escolha de um de seus possíveis sentidos, aquela norma será considerada constitucional se, e somente se, o sentido a ela atribuído for aquele pré-determinado; qualquer outro a devolverá à esfera da inconstitucionalidade. Faz-se

²⁰³Sobre mutação constitucional conferir: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986; VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999.

²⁰⁴SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 169.

isso aproveitando as diversas possibilidades interpretativas que o texto comporta. Obviamente que o limite da interpretação conforme é o limite da própria literalidade. No afã de se salvar um texto de norma aparentemente inconstitucional não se pode dar a ele um sentido contrário ao texto²⁰⁵.

Ainda na esfera do uso alternativo do direito, um exemplo prático de sua utilização pode ser encontrado na *Apelação Crime n.º 297019937*, da 2ª Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, da lavra de Amilton Bueno de Carvalho, baseado em parecer do Procurador de Justiça Lenio Luiz Streck.²⁰⁶ Nesse Acórdão, é feita uma releitura do artigo 16 do Código Penal, à luz do princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, CF/88), com base no artigo 34, da Lei 9.249/95. No caso em apreço, o réu passou um cheque recebido de terceiro, que sabia ser furtado, após preenchê-lo no valor de R\$80,00 e falsificar a assinatura do correntista. Antes que o Ministério Público formulasse a denúncia, ressarcia a vítima. Mesmo assim foi denunciado, sob o argumento de que o artigo 16 do Código Penal prevê que no caso de reparação do dano haverá apenas a redução da pena. Todavia, o artigo 34 da Lei 9.249/95, afirma não haver crime se os sonegadores de impostos efetuarem o pagamento do valor sonegado antes do oferecimento da denúncia. Ora, se para o sonegador de impostos não há crime, por que para o estelionatário há? Afronta-se claramente o princípio da isonomia, razão pela qual o acórdão usou alternativamente o direito a fim de conceder o mesmo benefício para os delitos patrimoniais em que não ocorra prejuízo nem violência.

Em um caso como esse os juristas tradicionais acusariam os alternativistas de terem julgado contra a lei. Na verdade, não se julgou contra a lei, apenas, com base na normatividade dos princípios e na interpretação conforme a constituição, alterou-se o entendimento do artigo 16 do Código Penal, à luz do artigo 34 da Lei 9.249/95, visando harmonizá-lo com o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal,²⁰⁷ que afirma que todos são iguais perante a lei. Julgou-se, portanto, em perfeita harmonia com a lei; julgamento contrário à lei, no caso, seria o julgamento tradicional, dando primazia a um dispositivo infraconstitucional em detrimento do texto da norma constitucional.

²⁰⁵Cf. APPIO, Eduardo. **Interpretação Conforme Constituição**. Curitiba: Juruá, 2002; SILVA, Virgílio Afonso da. **La interpretación conforme a la constitución**: entre la trivialidad y la centralización judicial: Cuestiones Constitucionales, 2005^a.

²⁰⁶CARVALHO, op. cit., p. 165 ss.

²⁰⁷Assevera o citado artigo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...]”

2.3.2 Positividade combativa (instituído sonogado)

A segunda tipologia alternativista, conhecida como positividade combativa²⁰⁸ ou instituído sonogado, representa a luta travada pelos juristas orgânicos em prol da efetivação de leis que trazem em seu bojo conquistas sociais importantes das classes sociais exploradas, que já fazem parte do direito positivo vigente, mas que não são aplicadas²⁰⁹.

Desde pelo menos Jhering já se asseverava que a efetivação da norma não se esgota com a sua promulgação, pois dependerá da correlação de forças entre os diferentes setores sociais. Justamente por isso Lassale fazia menção à constituição *folha de papel* para se referir à positivação de direitos que não encontravam eco e efetividade junto aos fatores reais de poder. Para que reivindicações históricas das classes espoliadas saiam da folha de papel e ganhem concretude é necessário, muitas vezes, além da atividade do jurista, forte mobilização popular.²¹⁰

Em outras palavras, a positivação de conquistas da sociedade é um passo importante da luta social por direitos, mas somente um passo. A etapa seguinte, que é da concretização dessas conquistas, depende de intensa luta e participação social²¹¹. Como bem coloca Amilton Carvalho, “o avanço é mais significativo na concretude do que no texto.”²¹²

Geralmente, esses direitos que foram positivados e que são sonogados dão guarida a importantes princípios construídos pela humanidade em seu caminhar

²⁰⁸Amilton Bueno de Carvalho chamava esse tópico de positivismo de combate, contudo, Clèmerson Merlin Clève sustentou que o positivismo é sempre passivo, nunca de combate. As críticas foram aceitas por Amilton que passou, desde então, a adotar essa nomenclatura: positividade combativa, isto é, o combate a partir do direito positivo, e não do positivismo jurídico, coisas distintas, mas ainda muito confundidas.

²⁰⁹Por meio dessa tipologia fica ainda mais evidente que o direito alternativo não defende a negação da lei.

²¹⁰CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Alternativo na Jurisprudência**. São Paulo: Acadêmica, 1996, p. 12. Cf.: IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. [Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella] 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

²¹¹Chama-se a atenção para os perigos de um fenômeno que cada vez mais ganha espaço: a judicialização da política. Depositam-se, com ela, todas as expectativas das lutas populares no jurídico, esvaziando-se, conseqüentemente, o espaço político. Em vez de se utilizar a arena jurídica como complementar à luta travada na esfera política, faz-se com que ela ocupe a integralidade da luta. Esse procedimento é equivocado, pois sem a luta política, avança-se muito pouco na seara jurídica. Sem a intervenção direta nos fatores reais de poder, a constituição, por exemplo, não transcende a condição de mera folha de papel, de que já falava Lassale no século XIX.

²¹²CARVALHO, 1997, p. 51.

histórico. Os princípios, segundo o jusfilósofo estadunidense Ronald Dworkin, são padrões que devem ser respeitados por serem uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.²¹³ Por meio da positividade combativa o direito alternativo visa “estratificar as conquistas legais que permitem que os princípios aterrizem na vida diária.”²¹⁴

Destaca-se a própria Constituição Federal de 1988 dentre as leis que são sonegadas. É do conhecimento de qualquer neófito em direito que a Constituição ocupa o topo hierárquico do ordenamento jurídico. A partir do momento em que a alternatividade tem de lutar pela efetivação da “lei das leis”, desnuda-se quem realmente demonstra desprezo pela legalidade, caindo por terra qualquer argumentação que tente colocar os alternativistas como contrários à lei e à dogmática jurídica.

Um exemplo de aplicação concreta da positividade combativa pode ser encontrado no *Habeas Corpus* nº. 295.037.816, da 4ª Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, de autoria de Amilton Bueno de Carvalho.²¹⁵ Nesse acórdão, Amilton assume uma postura claramente legalista, ao exigir respeito ao artigo 10 do Código de Processo Penal, segundo o qual o inquérito policial deve terminar no prazo de dez dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente.²¹⁶ No caso em apreço, o cidadão, preso preventivamente, já estava preso há mais de oitenta dias. O acórdão manda colocá-lo em liberdade, questionando o papel do juiz e do promotor que, num estado democrático de direito, deve ser o de garantir os direitos fundamentais do cidadão. Segundo Carvalho, “a norma que impõe determinado tempo à prisão resume conquista democrática, exigindo, pois, obediência, máxime quando, ante o caso concreto, nada de ‘justo’ está a autorizar o seu descumprimento²¹⁷.”

²¹³DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a Sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

²¹⁴CARVALHO, 1998, p. 13.

²¹⁵Ibid., p. 79 e ss.

²¹⁶Outro exemplo de aplicação da positividade combativa pode ser encontrado em outra obra do mesmo autor, quando ele aborda a luta pela efetivação das conquistas contidas na Lei 8009/90, que trata da impenhorabilidade do único imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, suas benfeitorias, equipamentos e móveis que o guarnecem, ressalvados os denominados “adornos suntuosos”. A impenhorabilidade tem como fonte o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Amilton Bueno de Carvalho, essa Lei incorporou ao direito legislado avanço na busca da utópica vida em abundância para todos. CARVALHO, 1998, op. cit., p. 39 e ss.

²¹⁷Ibid., p. 80.

No mesmo sentido, pode-se destacar a luta travada dentro do judiciário para restringir as hipóteses de prisão civil por dívida de duas para uma, excluindo-se, pois, a possibilidade de encarceramento do depositário infiel. Quando, no início dos anos noventa, juristas alternativistas começaram a defender essa tese, eram vistos com desconfiança e preconceito por seus pares. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha até a presente data encerrado o julgamento sobre esse tema, tal situação já é irreversível, pois conta com votos favoráveis da maioria absoluta dos Ministros. Exigiu-se, nesse caso, a aplicação do *Pacto de San José da Costa Rica*, em detrimento da legislação ordinária²¹⁸.

Outro exemplo que pode ser trazido à colação diz respeito à inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime prevista na hedionda Lei dos Crimes Hediondos. Desde o início os alternativistas proclamavam a inconstitucionalidade do dispositivo, por ferir o princípio constitucional da individualização da pena. Como sempre, foram chamados de violadores da lei. Contudo, em 2006, o Supremo Tribunal Federal alterou o seu entendimento sobre o tema declarando inconstitucional a impossibilidade de proibição de progressão de regime pela lei, em razão de afronta direta à Constituição²¹⁹.

Por meio da positividade combativa, exige-se um constante atuar dos juristas orgânicos na efetivação e cumprimento de leis que concretizem princípios constitucionais albergadores de conquistas sociais já positivadas, mas que são sonegadas pelos mandatários de plantão. Justifica-se, assim, a necessidade de transformação do Judiciário em palco de lutas contra-hegemônicas, visando à efetivação e concretização de direitos.

2.3.3 Direito alternativo em sentido estrito (Instituinte)

Trabalha-se neste tópico o pluralismo jurídico, que combate a idéia do estado como único espaço de produção de direito válido. Nas palavras de Amilton Carvalho, há um direito não-oficial, achado na rua, insurgente, construído pelos

²¹⁸Conferir, dentre outros: HC 87.585-8/TO; RE 349.703/RS e RE 466.343/SP, todos do Supremo Tribunal Federal.

²¹⁹Cf.: HC 82.959-70/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 23/02/2006, publicado no DJ 01-09-2006.

atores sociais em seu caminhar histórico, que está, muitas vezes, em conflito com o próprio direito estatal.²²⁰

O pluralismo jurídico localiza-se na esfera do direito alternativo em sentido estrito ou, como prefere Arruda Jr., na seara do instituinte. Das tipologias propostas para o direito alternativo, sem dúvidas, é nesta que residem as maiores controvérsias, havendo divergência entre os próprios atores do movimento.²²¹

O pluralismo jurídico teve grande desenvolvimento teórico a partir do trabalho homônimo publicado por Antonio Carlos Wolkmer, propulsor de grandes debates sobre a temática, referência obrigatória em todos os espaços de lutas populares em torno do direito. O tema é complexo e exige estudo e reflexões acuradas. Em virtude da profundidade do trabalho de Wolkmer e dos profícuos debates que ele suscitou, o pluralismo é uma das searas do direito alternativo que mais geraram produções acadêmicas²²².

Tem-se, com Wolkmer, que o pluralismo jurídico parte da contestação do monismo estatal, isto é, das teses que vêem o estado como único produtor de juridicidade válida. Contudo, nem toda a situação que pressuponha ordenamentos jurídicos paralelos ao estatal pode ser considerada exemplo do pluralismo jurídico que se quer aqui defender.

Do ponto de vista empírico, Boaventura de Sousa Santos realizou, no início dos anos de mil novecentos e setenta, importante pesquisa de campo na Favela do Jacarezinho, no Rio de Janeiro, chamada por ele, na ocasião, de Pasárgada. Para Santos, haverá pluralismo jurídico sempre que vigorar, no mesmo espaço geopolítico, mais de um ordenamento jurídico.

Wolkmer, todavia, faz uma importante ressalva: somente pode ser considerado pluralismo jurídico aquele que colaborar para a emancipação social. É a essa tese que esse trabalho se filia. Para discutir “formas periféricas de legitimação”,

²²⁰CARVALHO, 1998, p. 60.

²²¹Interessante a leitura das críticas feitas por Lédio Rosa de Andrade às formas mais importantes de fundamentação do direito alternativo. Cf. em: ANDRADE, 1996, passim. p. 303 seq; Edmundo Arruda Júnior tece inúmeras críticas ao pluralismo jurídico, principalmente em ARRUDA JR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997; NEVES, Marcelo. Do Pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In: **Direito e debate**. n. 5, Jan./Jun. 1995. Contudo, a despeito das inúmeras críticas, defende-se aqui que o pluralismo jurídico é fundamental para se traçar uma teoria do direito a partir da periferia, em consonância com o lecionado pelo Prof. Antonio Carlos Wolkmer, em paradigmática obra sobre o tema.

²²²WOLKMER, 2001, passim. Cf. também: NEVES, op.cit.

ressalta, “torna-se natural uma discussão liminar sobre os princípios fundantes da legitimidade capaz de nortear uma cultura libertária compartilhada”. Essa análise passa, prossegue, “pela 'legitimidade' dos atores e pela 'legitimidade' de suas propostas, interesses e reivindicações”²²³.

Para Wolkmer, os movimentos sociais são o grande *locus* de “práticas cotidianas habilitadas a transformar carências e necessidades humanas em novos direitos”. Porém, assevera, nem todos os movimentos sociais são legítimos. Para isso, é necessário que sejam “[...]conscientemente organizados e comprometidos com mudanças paradigmáticas, com a pluralidade das formas de vida cotidiana e com o projeto de uma sociedade auto-gestionária, descentralizada, liberta e igualitária”. Desse modo, não são legítimos os movimentos sociais que não se identificam “[...]com as ações civis e políticas justas, e com o interesse do povo excluído, oprimido e espoliado, bem como aqueles grupos associativos voluntários que não questionam a ordem injusta e a estrutura de dominação”.²²⁴

O modelo de pluralismo defendido por Wolkmer denomina-se “comunitário-participativo”. Para o citado autor, a superação da crise do modelo jurídico tradicional de regulamentação social, no qual a produção do direito é monopólio do Estado moderno centralizador, “[...]é necessário optar por processos estratégicos pluralistas de médio (“reformismo compartilhado”) e longo prazo (“rupturas compartilhadas”).²²⁵

O pluralismo de médio prazo conecta-se à reprodução e às reformas legais, “[...] tenta utilizar, retrabalhar, e ampliar certos procedimentos paralegais e extrajudiciais na esfera do próprio sistema jurídico oficial” Remodela e amplia conquistas do velho paradigma, ao mesmo passo em que luta por um direito mais justo, porém dentro da ambiência do aparelho estatal, ainda que de um Estado democrático controlado pelas maiorias.²²⁶ Este pluralismo de médio prazo identificado por Wolkmer corresponde às duas vertentes do direito alternativo já estudadas: o uso alternativo do direito e a positividade combativa.

Por sua vez, o pluralismo de longo prazo, vincula-se “[...]às mudanças, rupturas, disposições paralelas e concorrentes”. Embora sem negar ou abolir o direito positivado pelo Estado, avança-se “[...]democraticamente rumo a uma

²²³WOLKMER, op. cit., p.321.

²²⁴Ibid., p.323.

²²⁵Ibid., p.307.

²²⁶Ibid., p.307.

legalidade diversa, à margem da juridicidade posta pelo Estado”. Funda-se não mais nos controles disciplinares e na racionalidade tecno-formal, “[...]mas na justa satisfação das necessidades cotidianas e na legitimidade de novos sujeitos coletivos”.²²⁷

Vale reforçar, por ser uma constante fonte de críticas, que, no âmbito do pluralismo jurídico comunitário-participativo, nem todo o direito produzido paralelamente pode ser reconhecido como válido, pois, se assim fosse, as severas “leis” dos traficantes seriam erigidas à condição de direitos válidos, bem como as ignominiosas práticas que vigoram nos presídios, como “código de ética” dos detentos²²⁸. O direito paralelo que se pretende validar é aquele que resume conquistas democráticas, colimando a construção de uma sociedade mais justa e menos excludente, pautada no *ser* e não apenas no *ter*.

Inúmeros são os exemplos sociais de pluralismo jurídico, destacando-se o papel exercido pelos movimentos sociais em luta pela reforma agrária, direitos femininos, direitos dos homossexuais, dos indígenas, quilombolas, trabalhadores, etc. Deve-se enfatizar também a importância das inúmeras associações de moradores da periferia, que servem de instâncias alternativas de solução de conflitos.

Muitas práticas importantes que podem significar uma abertura maior do aparelho estatal, no âmbito do já mencionado pluralismo de “médio prazo”, gozam hoje de lugar de destaque. Vide a lei da ação civil pública, a iminência da aprovação de um código de processo coletivo, a mediação dos conflitos, a consolidação dos juizados especiais, entre outros mecanismos.

A tônica, pois, do pluralismo jurídico está na ampliação das esferas de produção de juridicidade, em especial, no protagonismo da sociedade que, de maneira autônoma, pode construir e destruir direitos. Como exemplo do protagonismo social na seara penal, destaca-se o princípio da adequação social, por meio do qual a sociedade descriminaliza condutas que, embora ainda tipificadas no ordenamento jurídico, não mais lhe interessa punir.

Nesse sentido, recorda-se a sempre polêmica questão da descriminalização do jogo do bicho. Em acórdão prolatado na Apelação-crime e

²²⁷ Ibid., p.307.

²²⁸ Como exemplo dessas duas situações vale a pena conferir dois filmes nacionais de grande repercussão: Cidade de Deus e Estação Carandiru, ambos pautados em obras literárias homônimas.

Recurso em Sentido Estrito nº 297.036.758, da 4ª Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, da lavra do hoje Desembargador do TJ/RS, Aramis Nassif, absolveu-se o réu com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, ou seja, em razão do fato em apreço não constituir infração penal, embora o jogo do bicho ainda esteja tipificado no artigo 58, *caput*, do Decreto-lei nº 3.688/41, a chamada Lei das Contravenções Penais. Assim, segundo Amilton, “o acórdão reconhece, expressamente, que a sociedade civil tem o poder de descriminalizar tipos penais impostos pelo legislador de plantão: ‘a coletividade não se interessa pela punição dos bicheiros. Ao contrário, já inseriu o jogo de bicho no seu dia-a-dia.’”²²⁹ Embora se reconheça o direito da sociedade de descriminalizar condutas, o mesmo não vale para a criação de tipos penais, que tem no princípio da legalidade uma grande conquista histórica da humanidade²³⁰.

Traçar alternativas ao vetusto monismo estatal como fonte única de produção do direito é tarefa a ser perseguida cotidianamente pela alternatividade. Para tal, como assinalou Wolkmer em passagem já trazida à colação, é possível a utilização de ferramentas hermenêuticas e legislativas de viés emancipatórios, bem como a necessária organização e articulação dos movimentos sociais, protagonistas legítimos da construção jurídica, dêis, é claro, que tenham como pauta o respeito aos seres humanos e a construção de uma sociedade mais justa, mais fraterna e que colime não somente a igualdade formal burguesa, mas, fundamentalmente, a construção de uma verdadeira igualdade substancial, material, com todas as suas conseqüências e contornos.

Ao término deste capítulo inaugural, vale reafirmar, em síntese, que o direito alternativo, ao contrário do que apregoam os seus opositores, não nega a lei nem a dogmática jurídica. Questiona, isso sim, os postulados positivistas de neutralidade axiológica do método e do intérprete, bem como o apego irrefletido à lei, como se a mesma abarcasse a totalidade do fenômeno jurídico. Não confunde

²²⁹CARVALHO, 1998, p. 70.

²³⁰A tese da adequação social, defendida por Welzel, pode ser um elemento teórico da descriminalização de condutas pelo desinteresse social em puni-las. Exemplo disso pode ser encontrado no Código Penal, artigo 234, que trata como crime, dentre outras condutas, a venda de revistas pornográficas. Não há mais, claramente, interesse social em punir tal conduta, caso contrário, teria de se dar voz de prisão a todos os donos de bancas de revistas. Os juristas positivistas têm dificuldades em aceitar essa tese, em virtude da previsão legal de que somente uma lei pode revogar outra lei. Sobre a adequação social conferir, dentre outros: FARIA, Maria Paula B. R. **A Adequação Social da Conduta no Direito Penal: Ou o Valor dos Sentidos Sociais na interpretação da Lei Penal.** Coimbra: Coimbra, 2005.

também, como fazem alguns, dogmática jurídica com dogmatismo.²³¹ Enquanto este é defendido pelos já mencionados “ventríloquos de todo o poder estabelecido”²³² e significa um apego preconceituoso e acrítico a dogmas, aquela se apresenta como um saber instrumental e auxiliar na solução dos conflitos de interesses que cabem ao direito equacionar. É, portanto, o instrumento de que se vale o jurista para intervir no mundo jurídico. Dessa maneira, revisar a dogmática jurídica é resgatar o próprio direito como forma de intervenção social e como verdadeira ferramenta de luta da sociedade, em prol da construção da tão almejada justiça social.

²³¹CLÈVE, 1997, p. 37.

²³²ARRUDA JR, 1992, p. 73.

CAPITULO II - FERRAMENTAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL

1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo terá como objeto o estudo de alguns elementos das teorias de três constitucionalistas alemães do pós-segunda guerra mundial: Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle²³³. Não se objetiva aqui a reconstrução analítica de cada uma dessas teorias, mas, tão-somente, pinçar alguns de seus aspectos nucleares, especialmente naquilo que descortinam de possibilidades emancipatórias aos juristas orgânicos no dia-a-dia de suas lides²³⁴.

Nos últimos anos, detecta-se uma crescente participação destes autores no direito constitucional brasileiro, despontando na atualidade, ainda que timidamente, como referências para o debate acadêmico e prático. As obras de cada um deles têm as suas particularidades, contudo, guardam inúmeros pontos de convergência, dos quais se destacam:

1. Influência, de fundo, do método tópico-problemático desenvolvido por Theodor Viehweg;
2. Desenvolvimento de teorias concretistas;
3. Preocupação implícita com os fatores reais de poder, entre outras.

²³³Afirma Marcelo Neves que as teorias de Müller e de Häberle são passíveis de uma abordagem quanto à distinção semiótica entre sintática, semântica e pragmática. Müller trata das características semânticas da linguagem jurídica que, em virtude da ambigüidade e vagueza, principalmente na esfera constitucional, exigem um processo de concretização, e não somente um 'procedimento de aplicação' conforme regras de subsunção. Em Häberle aflora a "relação pragmática da linguagem com diversos expectantes e 'utentes', o que implica um discurso conflituoso e 'ideológico'. Aspectos semânticos e pragmáticos, pontua Neves, relacionam-se, já que a ambigüidade e a vagueza presentes na linguagem constitucional geram expectativas normativas diferentes e contraditórias. Por outro lado, "as contradições de interesses e de opiniões entre expectantes e agentes constitucionais fortificam a variabilidade da significação do texto constitucional". Salienta Neves que somente diante de uma unidade de interesses e concepção de mundo seria possível que as questões constitucionais perdessem a sua relevância semântico-pragmática, para se tornarem questões primariamente sintáticas, orientadas pelas regras da dedução lógica e subsunção. Isso, contudo, é incompatível com a complexidade da sociedade moderna. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 79-80.

²³⁴Como já dito na introdução deste trabalho, ao se abordar, no mesmo texto, autores de matrizes teóricas diferentes, não se quer incorrer naquilo que Virgílio Afonso da Silva, parafraseando Kelsen, denominou de "sincretismo metodológico." Não se desconhece a contradição epistemológica existente entre algumas das teorias aventadas, porém, o objetivo do capítulo não é construir uma teoria constitucional, mas apenas destacar algumas possibilidades emancipatórias fornecidas pela moderna dogmática constitucional. SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Paulo Bonavides destaca a influência que sofreram do método tópico-problemático, denominando-os de autores concretistas de inspiração tópica, agrupando-os no que chamou de segunda geração da teoria material da constituição. Cada um deles, porém, construiu teorias autônomas, dotadas de elementos diferenciadores próprios.²³⁵

Ressalta-se, que embora eles tenham a tópica como ponto de partida, alguns a modificaram tão intensamente que se discute o que efetivamente restou deste modelo em suas teorias. Müller, por exemplo, tece críticas explícitas à tópica²³⁶. Para ele, o método não atende aos pressupostos de racionalidade exigidos por um estado democrático. Segundo Bonavides, Müller pretende racionalizar e estruturar o processo de concretização da norma, de modo a que a atividade interpretativa deixada aberta pela tópica, não dissolva o teor de obrigatoriedade ou normatividade da regra constitucional.²³⁷

Esses juristas são chamados de concretistas por partilharem a idéia de que interpretação é sinônimo de concretização e concretização é sinônimo de interpretação, de maneira que só faz sentido falar em norma constitucional diante de um determinado caso concreto.

Outro traço característico parece ainda perpassar a obra dos três autores: a preocupação com os fatores reais de poder. Como constitucionalistas do pós-segunda guerra, não querem ver a constituição sucumbindo ao fático, tornando-se a mera folha de papel de que falava Ferdinand Lassale.²³⁸ Cada um, à sua maneira, introduziu os fatores reais de poder em suas teorias, tentando controlá-los.²³⁹

Inocência Mártires Coelho defende haver uma vinculação entre o discurso de Häberle e o de Lassale, no que é contrariado pelo constitucionalista mexicano Diego Valadés²⁴⁰, que não aceita a existência de continuidade teórica entre eles.

²³⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 160.

²³⁶Essas críticas serão apresentadas com mais vagar na abordagem de sua obra.

²³⁷Ibid., p. 456.

²³⁸LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

²³⁹COELHO, Inocência Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista Diálogo Jurídico**, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. I, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 maio 2004.

²⁴⁰Diego Valadés, na introdução ao livro *El Estado Constitucional*, de Peter Häberle, critica o texto de Inocência Mártires Coelho, negando que haja uma possibilidade de articulação entre o pensamento de Lassale e o de Häberle. Para ele, no que tange a Hesse a visão está correta, já que este tem uma preocupação explícita com o tema, tanto que abre a sua obra sobre a força normativa da constituição justamente fazendo referência a Lassale. Quanto à Häberle, sustenta, a preocupação é outra. É vincular ampla e dinamicamente a constituição e a Cultura. O argumento de Lassale estava orientado

Tem razão Valadés neste ponto, quando sustenta que ambos professam perspectivas teóricas distintas, estando Häberle mais interessado na conexão entre constituição e cultura. Todavia, ao introduzir as potências públicas no processo de interpretação constitucional, não há como negar a existência, mesmo que apenas como pano de fundo, da preocupação de que o normativo não sucumba ao fático, de que a constituição não seja mera *folha de papel*.

O *rol* de autores aqui trabalhados não é exaustivo. Há inúmeros outros cujas obras descortinam possibilidades emancipatórias ao intérprete jurídico. Como dito acima, Hesse, Müller e Häberle são conhecidos dos juristas brasileiros, mas as respectivas obras ainda repercutem no campo prático das lides forenses muito aquém de suas possibilidades. Espera-se que este trabalho contribua, ainda que parcamente, para a ampliação dos horizontes de utilização das ferramentas jurídicas desenvolvidas por estes autores no cotidiano jurídico pátrio, como instrumentos de concretização e efetivação da Constituição Federal de 1988.

2 O MÉTODO CONCRETISTA DE KONRAD HESSE

2.1 A força normativa da Constituição

Konrad Hesse²⁴¹, importante constitucionalista alemão, trabalhou significativos temas de direito constitucional. Foi com ele, por exemplo, que a discussão sobre a força normativa da constituição ganhou fôlego. Embora a idéia de força normativa remonte à relação entre normalidade e normatividade desenvolvida

no sentido de harmonizar a idéia de Estado de Hegel com as doutrina econômicas de Marx, que culminaria num Estado dos trabalhadores. Segundo Valadés, Lassale deixa isso muito claro em um texto chamado “E Agora?”, no qual sustenta o argumento de que o novo fator real de poder deveria ser o povo orientado para a democracia. Em 1863 Lassale explicita melhor o seu argumento afirmando que só na democracia reside o direito e nela também reside em toda a sua integridade o poder. VALADÉS, Diego. Peter Häberle, un Jurista para el Siglo XXI. In: HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Versão em PDF. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 2 junh. 2006, p. 9-10.

²⁴¹Konrad Hesse nasceu em 29 de Janeiro de 1919, em Königsberg, na Alemanha, e faleceu em 15 de Março de 2005, aos 86 anos. Foi Juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão no período compreendido entre sete de novembro de 1975 e 16 de julho de 1987, momento de sua aposentadoria. Hesse foi um dos mais destacados professores de direito constitucional da Alemanha. Dentre as suas principais obras destaca-se *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, publicada pela primeira vez, em 1967, e traduzida para vários idiomas, além da clássica conferência sobre a força normativa da constituição, que será trabalhada mais adiante. Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

por Heller²⁴² ainda sob os auspícios do constitucionalismo de Weimar²⁴³, Hesse, por meio de sua célebre aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, em 1959, resgatou essa idéia dando-lhe novos contornos. Fez isso, de maneira que a “folha de papel” *lassaleana* não fosse sempre o lado mais fraco na sua contínua e tensa relação com os fatores reais de poder.

Para Inocêncio Mártires Coelho a obra de Konrad Hesse contrapõe-se à concepção mecanicista das relações entre as forças sociais e a constituição jurídica, confrontando-se com o determinismo sociológico de Lassale.²⁴⁴ Sem negar a importância das forças sócio-políticas no surgimento e na sustentação da constituição folha de papel, salienta a existência de um condicionamento recíproco entre a constituição e a realidade político-social que lhe cerca.

Hesse contrapôs à constituição “folha de papel” de Lassale²⁴⁵ a sua idéia de força normativa da constituição, ancorada na “vontade de constituição.”²⁴⁶ Defende ele a existência de uma tensão necessária e imanente entre a norma fundamentalmente estática e racional – constituição jurídica – e a realidade fluída e irracional – constituição real. A constituição reclama normatividade. Sustenta, ainda, que embora haja um condicionamento mútuo entre a constituição jurídica e a constituição real, elas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Para ele, “ainda que não de forma absoluta, a constituição jurídica tem significado próprio”. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do estado. Em outras palavras, a pretensão de eficácia da constituição também é um fator real de poder²⁴⁷.

Ao abordar a questão da força normativa da constituição Hesse questiona se ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças

²⁴²HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. Tradução Luís Tobío. México: Fundo de Cultura Econômica, 1955.

²⁴³Oficialmente, a República de Weimar nasce em 11 de agosto de 1919, com a promulgação de sua Constituição e como uma das conseqüências da Primeira Guerra Mundial. O ocaso dela se dá em 30 de janeiro de 1933, quando Hitler ascende ao poder, por meio do artigo 48 da Constituição de Weimar. O constitucionalismo produzido no período de Weimar é um dos mais ricos da história constitucional. Cf. RICHARD, Lionel. **A República de Weimar, 1919-1933**. São Paulo : Companhia das Letras; Círculo do Livro, 1988.

²⁴⁴COELHO, 2001, *passim*.

²⁴⁵Lassale, baseado em Marx, sustentava que a constituição era uma mera folha de papel, totalmente condicionada pelos fatores reais. Hesse, contrapondo-se a Lassale, apresenta a idéia de força normativa da constituição, ou seja, a constituição é condicionada pelos fatores reais, mais também os condiciona. Cf. LASSALE, 1998, *passim*. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9 seq;

²⁴⁶Ibid., p.9.

²⁴⁷Ibid., p.15.

políticas e sociais, há também uma força determinante do direito constitucional, e, em caso afirmativo, qual então seriam o seu alcance e fundamento? Ou, então, essa força não passaria de uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta afirmar que o direito domina a vida do estado quando, na verdade, é o contrário o que ocorre?²⁴⁸

Para ele, essas questões são candentes no direito constitucional, em virtude de não existir no âmbito da constituição, ao contrário do que ocorre em outras esferas da ordem jurídica, uma garantia externa para execução de seus preceitos.²⁴⁹

Para Hesse, não se pode confundir a pretensão de eficácia de uma constituição com a sua condição de realização. Com isso, defende que a constituição não é simplesmente ‘um ser’, não é um mero reflexo das condições fáticas de sua vigência, ela configura também um ‘dever ser’. Nas palavras de Hesse, graças à pretensão de eficácia a constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.²⁵⁰

Dessa forma, a força normativa da constituição advém da tentativa de realização dessa pretensão de eficácia. O grau de normatividade da constituição está diretamente relacionado à sua correspondência com a realidade, com o presente. Para Hesse, “Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.”²⁵¹

Necessário, ainda, que a constituição incorpore, além dos elementos fáticos, os elementos espirituais de seu tempo, o que lhe garantiria o apoio e a defesa da consciência geral: quanto maior a vontade de constituição, menores serão os limites de imposição da constituição real.²⁵²

Outra idéia fundamental para a configuração da força normativa da constituição é a de práxis constitucional. Com base nela exige-se que todos os

²⁴⁸HESSE, op. cit., p. 11-12.

²⁴⁹Ibid., p. 11-12.

²⁵⁰Ibid., p. 15.

²⁵¹Ibid., p. 20.

²⁵²Ibid., p. 20.

cidadãos partilhem da vontade de constituição, mesmo que isso signifique renunciar a alguns benefícios em favor da preservação de um princípio constitucional, por entenderem que o respeito à constituição garante “um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático.”²⁵³ Nesse ponto, o viés republicano da abordagem de Hesse fica claramente salientado, à medida que exige como condição da normatividade constitucional a existência de cidadãos virtuosos, que abdicam de interesses particulares em prol dos interesses públicos.

Para Inocêncio Coelho, quando Hesse apela para esse sentimento constitucional, a sua construção teórica faz com que a eficácia da constituição dependa de um fator de natureza axiológica, é dizer, do respeito que lhe devotarem os seus destinatários, especialmente aqueles que tenham poder de fato para violá-la ou destruí-la. Ao agir assim ele esquece o seu ponto de partida dialético, para assumir uma postura claramente idealista, pois “desloca a discussão sobre a eficácia da Constituição do plano da condicionalidade fática para o do condicionamento ético, convertendo numa questão de fé o que muitos entendem ser apenas uma questão de força.”²⁵⁴

Hesse conclui a sua monografia afirmando ser papel do direito constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de constituição, principal garantia de sua força normativa. Deve-se fazê-lo explicitando as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucionais.²⁵⁵

Segundo Coelho, nota-se em Hesse uma nova crença na constituição, que o leva a redefinir o próprio papel da ciência do direito constitucional, a quem cumpre a tarefa deontológica de – explicitando as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível – realçar, despertar e preservar a vontade de constituição.²⁵⁶

2.2 Método hermenêutico-concretizador – Konrad Hesse

Na perspectiva trabalhada por Hesse a interpretação afigura-se como decisiva para a consolidação e preservação da força normativa da constituição. Para

²⁵³HESSE, op. cit., p.22.

²⁵⁴COELHO, 2001, passim.

²⁵⁵HESSE, op. cit., p. 27.

²⁵⁶COELHO, 2001, passim.

ele, “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” Afirma ainda que “uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição.”²⁵⁷

Em Hesse, interpretação constitucional e concretização constitucional são tratadas como sinônimas. Segundo a Professora Cecília Caballero Lóis, ao deslocar a interpretação para a concretização, Hesse a transforma numa operação tópica, que vincula as premissas ao problema e à questão. Essas premissas são os princípios constitucionais, que assumem o encargo de ordenar e coordenar a solução do conflito.²⁵⁸

A concepção de interpretação trabalhada por Hesse é restritiva, o que se percebe claramente diante de sua afirmação de que só cabe falar em interpretação quando as normas constitucionais suscitam dúvidas. Apesar dessa visão estreita do fenômeno da interpretação, ele defende a falência e a insuficiência dos métodos hermenêuticos tradicionais.²⁵⁹ Além disso, o seu modelo teórico exige uma constituição aberta, isto é, uma configuração constitucional que permita o diálogo constante entre o texto constitucional e a realidade.

O método hermenêutico-concretizador trabalha, conjuntamente, os conteúdos fático e semântico dos textos normativos, a partir da hermenêutica filosófica e da tópica.²⁶⁰ Tem por base a idéia *gadameriana*²⁶¹ de que a leitura de um texto se inicia pela pré-compreensão do seu sentido pelo intérprete. Assim, a interpretação constitucional é uma compreensão de sentido, na qual o intérprete concretiza a norma “para e a partir de uma situação histórica concreta.”²⁶²

Para Canotilho, o método hermenêutico-concretizador destaca vários pressupostos da atividade interpretativa, quais sejam:

²⁵⁷ HESSE, op. cit., p. 22.

²⁵⁸ LÓIS, Cecília Caballero. **Uma teoria da Constituição**: justiça, liberdade e democracia em John Rawls, 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001, p.138.

²⁵⁹ Ibid., p. 138.

²⁶⁰ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

²⁶¹ GADAMER, 1997, passim.

²⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.1176.

- a) pressupostos subjetivos: o intérprete, por meio da pré-compreensão, desempenha um papel criador na obtenção do sentido do texto constitucional;
- b) pressupostos objetivos – contexto: neste item, atua o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação concreta;
- c) círculo hermenêutico: o intérprete, por intermédio da mediação criadora, ao relacionar o texto e o contexto, transforma a interpretação em “movimento de ir e vir.”²⁶³

Direciona-se esse método para um pensamento problematicamente orientado²⁶⁴ que, todavia, se afasta do método tópico-problemático em função deste admitir o primado do problema perante a norma, enquanto o método hermenêutico-concretizador, assenta-se no “pressuposto do primado do texto constitucional em face do problema.”²⁶⁵

O método hermenêutico-concretizador desenvolvido por Konrad Hesse não foi muito além da tópica. A sua importância está relacionada muito mais à influência que exerceu em autores que trabalharam a abertura hermenêutico-pragmática da constituição do que propriamente no valor intrínseco à teoria. Defendeu uma visão restritiva de interpretação, que sustentava só serem objetos de interpretação as normas que carecessem de sentido imediato. Contudo, embora não a tenha desenvolvido de forma mais detalhada, já havia assumido a idéia de interpretação conforme os princípios da proporcionalidade e da unidade do sistema, que teve repercussões importantes em movimentos posteriores.²⁶⁶

Como já tratado no primeiro capítulo, não há mais como o pensamento jurídico crítico ignorar as possibilidades que o direito, reconhecido como espaço de lutas contra-hegemônicas, abre para a emancipação social. Nesse contexto, a fecundidade desta obra de Hesse assenta-se no reconhecimento de que a força da constituição não está lastreada apenas na realidade fática, sendo também construída cotidianamente pelos atores sociais em sua caminhada histórica.

²⁶³CANOTILHO, op. cit., p. 1176.

²⁶⁴Ibid., p. 1176.

²⁶⁵Ibid., p. 1176. Esta concepção que garante maior primazia ao texto em detrimento do problema está desenvolvida com maior ênfase em Müller do que em Hesse.

²⁶⁶LÓIS, op. cit., p. 139.

3 A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER

Friedrich Müller, Decano da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, é um dos mais destacados constitucionalistas da atualidade. É boa a acolhida de sua obra em território brasileiro, tendo contribuído para tal o Professor Paulo Bonavides, há muito tempo divulgador dos trabalhos de Müller.

Considera-se aqui a obra de Müller de grande importância para se repensar o direito constitucional. A sua teoria da norma e a preocupação com a construção de uma metódica estruturante do direito são bases sólidas para se trabalhar o fenômeno jurídico para além das mitologias positivistas e jusnaturalistas. Com Müller, dá-se significativo passo na direção de um método de trabalho pós-positivista para o direito.

Müller tenta tirar o direito dos extremos em que o colocaram o normativismo kelseniano e o decisionismo de Carl Schmitt. A metódica jurídica não pode dar ênfase nem à objetividade pseudonaturalista dos métodos empalidecidos juntamente com a força de convencimento do positivismo, nem à hermenêutica filosófica, pois, como ciência normativa aplicada, “[...] as exigências de vigência e obrigatoriedade devem ser formuladas de forma decisivamente mais rigorosa do que nas disciplinas não-normativas das Ciências Humanas.”²⁶⁷ Assim, não é pelo fato do direito não comportar uma objetividade absoluta, ao gosto dos normativistas, que ele seja simplesmente um ato de vontade do intérprete, sem a presença de limites.

O conceito de metódica jurídica abrange o de hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação e metodologia. A hermenêutica trabalhada por Müller não se refere à técnica retórica aplicada à ciência jurídica, “[...] mas às condições de princípio da concretização jurídica normativamente vinculada do direito.” Contudo, ressalta Müller, a concretização prática da norma não se reduz à interpretação do texto. A metódica abrange todas as modalidades de trabalho da concretização da norma e da realização do direito.²⁶⁸

Para Müller, no Tribunal Constitucional alemão o processo de decisão jurídica aparece apenas como procedimento de dedução lógica; a realização do

²⁶⁷MÜLLER, op. cit., p. 21.

²⁶⁸Entende-se por metodologia, no sentido tradicional, a totalidade das regras técnicas da interpretação de normas jurídicas – interpretação gramatical, sistemática, etc.; por hermenêutica, à teoria da estrutura da normatividade jurídica e dos pressupostos epistemológicos e de teoria da metodologia jurídica. Por interpretação compreende-se a interpretação de textos de normas jurídicas, isto é, as possibilidades de tratamento jurídico-filológico do texto de norma jurídica Ibid., p. 22.

direito é apresentada como um problema cognitivo²⁶⁹. A concretização da norma é a interpretação do texto da norma, que nada mais é do que a descoberta da vontade objetiva do legislador. Desse modo, as decisões do Tribunal Constitucional enfatizam o teor literal e o nexos de sentido da determinação legal, por meio do uso dos métodos tradicionais.²⁷⁰

O Tribunal Federal tem decisões pautadas na idéia de 'valor' dos direitos fundamentais, mas também possui decisões amparadas em análises de âmbitos da norma. Segundo essas últimas, os direitos fundamentais são vistos como garantias materialmente reforçadas pelos seus âmbitos de normas, como correlação que pode ser interpretada de forma materialmente racional de garantias de liberdade individual, política e material, dotadas de valores próprios e fundamentadas na história.²⁷¹

Müller faz severas críticas à ponderação de valores, método desenvolvido pelo também jusfilósofo alemão Robert Alexy, e que encontra grande receptividade entre os constitucionalistas brasileiros. A insuficiência dos procedimentos de ponderação é abordada nos seguintes termos:

O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (Urteilsvorbehalt) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas.²⁷²

Robert Alexy, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, apresenta contra-argumentos às críticas feitas por Müller a elementos de sua obra. Como esse debate é periférico para os fins deste trabalho, transcrevem-se apenas os seus principais pontos na nota abaixo.²⁷³

²⁶⁹Sobre a jurisprudência do Tribunal Federal Alemão, conferir: MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução Beatriz Henning et. al. Montevideo, Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

²⁷⁰Müller, op. cit. p. 25-28.

²⁷¹Ibid., p. 36.

²⁷²Ibid.

²⁷³Para Alexy a razão decisiva de Müller reside na vinculação entre teoria da norma e teoria da aplicação do direito, já que defende que ambas são as duas faces da mesma moeda. Nesse contexto, o argumento desenvolvido por Müller divide-se em três: 1) as normas jurídicas gerais nunca podem predeterminar completamente a imposição de normas individuais por parte dos órgãos de

Ainda na esteira de alguns dos principais elementos da teoria de Müller, tem-se o que o autor chamou de discrepância entre o discurso do Tribunal Constitucional Federal e a sua prática efetiva. Do ponto de vista de uma prestação de contas hermenêutica e metodológica, fundamental no estado democrático de direito, com base na sua própria práxis, a jurisprudência do Tribunal Constitucional

[...] fornece um quadro de pragmatismo sem direção, que professa de modo tão globalizantemente indistinto quanto acrílicos 'métodos' exegéticos transmitidos pela tradição - e caudatários do positivismo legalista na sua alegada exclusividade - mas rompe (*durchbricht*) essas regras em cada caso de seu fracasso prático sem fundamentar esse desvio.²⁷⁴

Essa mesma crítica que Müller faz ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha pode ser feita, *mutatis mutandi*, ao Poder Judiciário brasileiro. Na práxis judicial brasileira não há uniformidade no uso das ferramentas disponibilizadas pela dogmática e hermenêutica jurídicas. O discurso jurídico majoritário no Brasil, por exemplo, é o normativista, contudo, os mesmos juristas que se auto-intitulam normativistas, sistematicamente, negam normatividade e efetividade à Constituição Federal, texto de norma que ocupa, segundo o próprio discurso que defendem, o topo hierárquico do ordenamento jurídico. Não há coerência entre o discurso propalado e a práxis efetiva. Isso dificulta o controle da racionalidade da atividade

aplicação do direito. 'Os conceitos jurídicos nos textos normativos não possuem significado, os enunciados não possuem sentido como algo concluído e dado de antemão'; 2) teorias como a teoria semântica da norma proposta por Alexy – que coincide as normas jurídicas válidas como objetos lingüísticos que devem ser identificados de acordo com determinados critérios de validade – estariam obrigadas a formar norma de decisão só com a ajuda de dados lingüísticos, mas isso não seria possível; 3) contém a solução de Müller – para a tomada de decisão –, no mesmo grau de importância, além dos dados lingüísticos (programa da norma), os dados reais (âmbito da norma). Por isso, o âmbito da norma pertenceria à norma. Segundo Alexy, esse argumento sustentado por Müller está sujeito a três objeções: 1) as teorias semânticas não estão obrigadas a fundamentar as suas decisões jurídicas exclusivamente com a ajuda de argumentos semânticos. Isso só seria verdade se os elementos que não compõem a norma não pudessem ser utilizados nas fundamentações jurídicas. Se isso fosse verdade, salienta Alexy, todo o arsenal da argumentação jurídica deveria ser incluído no conceito de norma ou o âmbito da argumentação jurídica deveria ser limitado consideravelmente, o que seria custoso à sua racionalidade; 2) críticas contra a idéia de que seja necessário incluir no conceito de norma argumentos porque eles serão necessários para a fundamentação da decisão. Alexy afirma que para contrapor as teses de Müller é necessário distinguir: conceito de norma, relevância normativa e o fundamento de uma norma. Relevância normativa: normativamente relevante é tudo aquilo que pode ser apresentado, conforme ao direito, como argumento a favor ou contra uma decisão jurídica. Todas as normas jurídicas válidas, por exemplo, são normativamente relevantes, contudo, nem tudo o que é normativamente relevante é uma norma jurídica ou uma parte dela. Sem a distinção entre a norma, a proposta de interpretação e os argumentos que a apóiam não é possível obter um quadro claro da fundamentação jurídica. Para o ideal do Estado de direito, salienta Robert Alexy, é mais útil uma clara separação entre o que foi imposto como norma e aquilo que um intérprete apresenta como razões para uma determinada interpretação, do que uma fidelidade à lei criada em virtude de uma definição do conceito de norma. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Versión castellana Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 76-78.

²⁷⁴Müller, op. cit., p. 37-38.

decisória do Judiciário, pois não são fixados com clareza os pressupostos metodológicos e as razões pelas quais se decidiu de determinada maneira e não de outra.²⁷⁵

3.1 Esboço de uma doutrina pós-positivista

Bonavides sustenta que a teoria da norma de Müller, pautada na não-identidade entre texto de norma e norma jurídica, bem como a normatividade dos princípios defendida por Ronald Dworkin, tema sobre o qual será feita breve menção ao final do capítulo, são os grandes marcos fundacionais do chamado pós-positivismo.²⁷⁶

Com Müller, delineia-se, efetivamente, uma construção teórica pós-positivista. O autor trabalha a sua teoria de modo a superar os elementos básicos do positivismo sem, contudo, negar a importância de algumas categorias por ele desenvolvidas.

Como defendem Arruda Júnior e Gonçalves, numa perspectiva histórica, a necessária crítica ao positivismo “significa um tipo de exame que se vale das conquistas do positivismo para avançar no presente para além dele.” Adentra-se, com isso, na seara pós-positivista, ou seja, vislumbra-se o além do positivismo a partir do próprio positivismo.²⁷⁷

Na compreensão de Marcelo Galuppo, o pós-positivismo pressupõe que o direito é obra humana que pode ser utilizada para a emancipação. Ao reconhecer que o direito é obra humana o pós-positivismo se afasta de qualquer perspectiva jusnaturalista, identificando o direito com normas jurídicas produzidas historicamente por uma sociedade.²⁷⁸

Galuppo aponta três características básicas do pós-positivismo:

- a) o pós-positivismo recusa-se a pensar o ordenamento jurídico a partir da categoria do sistema. A idéia de sistema pressupõe um processo de produção do direito harmônico, bem como um único projeto para a sociedade, emanado por uma única fonte. No entanto, o direito,

²⁷⁵No último capítulo trataremos à colação uma crítica tecida pelo constitucionalista Luiz Virgílio Afonso da Silva ao mau uso que o Supremo Tribunal Federal faz da interpretação conforme a constituição, que serve para ilustrar essa falta de rigor metodológico aqui denunciada.

²⁷⁶BONAVIDES, op. cit., p. 248.

²⁷⁷ARRUDA JR; GONÇALVES, op. cit., p. 52.

²⁷⁸GALUPPO, op. cit., p. 202.

produto de uma sociedade plural e conflitante, não tem a harmonia como uma de suas características. Utiliza-se no lugar do pensamento sistemático, o problemático, que entende que o conhecimento jurídico é concretista, ou seja, produzido a partir de casos concretos;²⁷⁹

- b) o conceito de verdade inerente ao mundo objetivo é recusado pelo pós-positivismo, que alega que o direito pertence ao mundo intersubjetivo, que não trabalha com o critério de verdade, mas com o de correção normativa. Por trás do termo verdade está a possibilidade de se verificar a adequação de um enunciado para descrição do mundo objetivo pela confrontação do enunciado com o próprio mundo. A correção normativa, porém, não pode ser verificada no mesmo sentido do que a verdade. O que se pode averiguar são as razões que a sustentam, e essas razões serão sempre provisórias. A correção normativa assume uma função contrafática, inerente ao conceito de âmbito normativo. O único modo de se verificar a correção normativa de um enunciado normativo é compará-lo a outro enunciado normativo que, como ele, “não descreve, mas *prescreve* uma realidade.” Com isso, embora os fatos possam nos convencer de que uma proposição é falsa, não podem nos provar que são incorretas. A epistemologia pós-positivista substitui a busca pela verdade no conhecimento jurídico pela correção normativa na aplicação adequada de normas jurídicas a um determinado contexto. Essa conceituação, segundo o autor, ancora-se na contraposição aristotélica e tomista entre a ordem das coisas que são sempre – objeto da ciência – e a ordem das coisas que são na maioria das vezes – objeto da prudência. “Ciência (e verdade) implicam previsão, o que é impossível no direito. Prudência implica um saber circunstancial;”²⁸⁰

²⁷⁹GALUPPO, op. cit., p. 202. Paulo Roberto Soares Mendonça, ao enfrentar as críticas feitas por Canaris à tópica, em especial a impossibilidade de conciliação do modelo sistemático com a tópica, ressalta que não há um único conceito de sistema. Afirma, ainda, que não dá para sustentar a inexistência de um caráter sistemático no direito inglês e estadunidense, em virtude de suas normas serem derivadas da solução de casos concretos. Com isso, sustenta que não há incoerência na concepção de um sistema jurídico originário de operações tópicas; essa impossibilidade de conciliação dos dois modelos não passa, em sua intelecção, de mais um mito. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 243-247.

²⁸⁰GALUPPO, op. cit., p. 203-205.

c) Por último, ao pretender-se um conhecimento de ordem hermenêutica para o direito, recusa o estatuto teórico descritivo das ciências naturais. Com a distinção entre o plano de aplicação e o plano de justificação das normas jurídicas positivas²⁸¹, tem-se que se uma norma é genérica em sua criação, não deve, no entanto, ser aplicada indistintamente em qualquer circunstância. A atividade do legislador é incompleta, competindo ao aplicador um juízo de adequabilidade da norma ao caso, verificando se as condições de aplicação de uma determinada norma estão presentes no caso concreto.²⁸²

Galuppo conclui que o pós-positivismo nega ao direito o caráter de ciência, afirmando que o conhecimento jurídico não é científico e nem precisa sê-lo, em especial se tiver como objetivo a emancipação humana.²⁸³

A concepção pós-positivista defendida por Müller é elaborada 'de baixo para cima', a partir das dificuldades cotidianas do trabalho jurídico, tendo sido desenvolvida, de forma indutiva, a partir de muitas centenas de análises da jurisprudência da corte suprema.²⁸⁴

Nesse viés pós-positivista, Müller tece pesadas críticas ao positivismo, em virtude da impossibilidade, sob os seus auspícios, de nexos material entre as normas de direito constitucional e dados da história e da sociedade atual. Não há negação desses nexos, mas eles são considerados indiferentes para a ciência jurídica. O direito vigente apresenta-se como um sistema de enunciados jurídicos sem lacunas, isto é, todos os casos imagináveis já foram pré-decididos. O positivismo compreende, equivocadamente, a norma jurídica como ordem, como juízo hipotético, como premissa maior formalizada segundo os princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia, como se a lei não fosse produção humana.²⁸⁵

Desnudadas a insuficiência e debilidade do positivismo, Müller aponta outro problema: a ineficácia da maioria dos métodos que se dispõe a superar o positivismo. A bibliografia científica está impregnada dos mesmos problemas encontrados na jurisprudência. Existe consenso sobre a insuficiência das regras

²⁸¹Cf: GÜNTHER, Klauss. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

²⁸²Ibid., p. 205.

²⁸³Ibid., p. 205.

²⁸⁴MÜLLER, Friedrich. Concretização da Constituição. In: **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 131.

²⁸⁵Ibid., p. 41-42.

tradicionais de interpretação para a concretização dos direitos fundamentais e da constituição, contudo, os procedimentos propostos como substitutos não atendem aos imperativos de clareza dos métodos jurídicos característicos do estado de direito e nem aos requisitos de objetividade jurídica que asseguram a medida possível da segurança jurídica.²⁸⁶

Tributa-se o fracasso dessas concepções à tentativa de superação do positivismo sem o abandono de seu contexto teórico, de sua compreensão da norma, que trata texto da norma e norma como sinônimo. Além disso, as prescrições jurídicas são vistas como ordens logicizadas ou juízos hipotéticos, em vez de modelos de ordenamento materialmente determinados.²⁸⁷

Assevera Müller que as concepções tradicionais se valem de fórmulas em branco como 'finalidade', 'razoabilidade' e 'adequação' para esconderem os argumentos materiais. Na concepção pós-positivista, por sua vez, eles são nomeados claramente, correlacionados aos outros elementos, processados abertamente, o que auxilia na redução do arbítrio. Os fatos não podem sustentar de qualquer maneira a decisão ou o sentimento pessoal sobre o que é direito, mas sim:

Devem poder identificar-se para tal fim, por meio de um trabalho de fundamentação segundo o critério do programa da norma, sendo que esse trabalho deve ser apresentado abertamente. E o programa da norma é obtido pela interpretação *integral e racionalmente recapitulável* de todos os elementos, primacialmente lingüísticos, da concretização (da constituição).²⁸⁸

Müller aponta as contradições presentes no discurso tradicional, sustentando que é exigência do estado de direito a garantia da tecnicidade das leis constitucionais, como forma mínima de controle do grau de objetividade genericamente alcançável pelo trabalho jurídico. Contudo, os problemas de concretização jurídica não podem ser superados mediante a aplicação de decisões voluntaristas preexistentes e nem pela subsunção e pela inferência silogística feita com o auxílio dos cânones *savignyanos*. Para ele, é incontestável que as regras de interpretação de Savigny não foram formuladas para dar conta do direito

²⁸⁶Uma severa crítica é feita por Müller ao uso corrente na seara constitucional dos métodos tradicionais de interpretação. Afirma que a mais violenta crítica à tendência presente na metódica constitucional atual de transformação de categorias como 'valor', 'ordem de valores' ou 'sistema de valores' em categorias de concretização jurídica parte de uma posição que recomenda um retorno às regras tradicionais da hermenêutica desenvolvidas por Savigny. Segundo essa corrente, a dissolução da lei constitucional em casuística transformaria o Estado de Direito em Estado do Judiciário. Müller, 2000, passim. p. 39-43.

²⁸⁷MÜLLER, 2000, passim. p. 39-43.

²⁸⁸MÜLLER, op. cit., p. 132-133.

constitucional, mas podem ser utilizadas como pontos de vista auxiliares, cuja fecundidade varia de acordo com peculiaridades das normas jurídicas concretizandas.²⁸⁹

Nessa concepção, restringir a análise do direito à sua forma de linguagem impossibilita perceber que o direito constitucional positivo possui um teor material normativo. A percepção da constituição como estrutura evidente de normas que deve ser concretizável com as regras savignyianas de interpretação textual impede que o possível seja transformado em dever, ao mesmo tempo em que converte o impossível em postulado.²⁹⁰

Para Müller, o direito constitucional é uma disciplina jovem, ainda pouco fundamentada, dependente da política em grau relativamente forte, além de ser pouco diferenciada em termos técnicos e formais. Os elementos de teoria utilizados pelo direito constitucional são pouco claros. O disciplinamento desses elementos por meio de uma metódica do direito constitucional que não extrai os seus enunciados de conteúdos teóricos ou ideológicos, mas das possibilidades da concretização prática, exige um novo enfoque.²⁹¹

Em que pese os métodos pautados nas regras de Savigny terem utilidade histórica nas searas civilista e penalista, no âmbito constitucional a sua utilização é, no mínimo, injustificada. O ponto chave de fundamentação de uma metódica jusconstitucional deve ser a teoria da norma jurídica, principalmente no que tange à diferenciação entre o texto da norma e a norma jurídica propriamente dita.²⁹²

3.1.1 A metódica estruturante como esboço de uma metódica do direito constitucional

Para Müller, a metódica do trabalho no direito constitucional é uma metódica de titulares de funções. Ao lado da jurisprudência e da ciência jurídica, a legislação, a administração e o governo trabalham, em nível hierárquico igual, na concretização da constituição.²⁹³ O modelo seqüencial estruturante não vale apenas para o juiz, mas para todos os funcionários para os quais foi delegada competência

²⁸⁹MÜLLER, op. cit. p. 43-44.

²⁹⁰Ibid., p. 45-46.

²⁹¹Ibid., p. 47.

²⁹²Ibid., p. 48-49.

²⁹³Ibid., p. 51.

decisória segundo prescrições jurídicas.²⁹⁴ A própria observância da norma, salienta-se, também configura a sua concretização, à medida que um conflito constitucional ou um litígio deixam de ocorrer.²⁹⁵

Cumpra-se à metódica decompor os processos de elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínios suficientemente pequenos para abrir o caminho ao *feedback* controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais e da ciência jurídica.²⁹⁶

O enfoque hermenêutico defendido por Müller está ancorado na não-identidade entre texto da norma e norma. O teor literal de uma prescrição juspositiva, assevera em clássica passagem, é apenas a *ponta do iceberg* normativo. O teor literal serve, via de regra, à formulação do programa da norma, enquanto o âmbito da norma, geralmente, é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição.²⁹⁷

O texto da norma não produz a normatividade; ela é resultante dos dados extralingüísticos de tipo estatal-social, de um funcionamento e de uma atualidade efetivos desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área. Decorre, assim, de dados que mesmo que se quisesse não poderiam ser fixados no texto da norma.²⁹⁸

Em outras palavras, essa propriedade do direito de ter sido elaborado de forma escrita, lavrado e publicado segundo um determinado procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica à sua qualidade de norma. A normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada lingüisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizanda. A decisão é elaborada com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do direito comparado, isto é, com o auxílio de inúmeros textos que não são idênticos ao teor literal da norma, transcendendo-o.²⁹⁹

Segundo Müller, somente a partir da observação do trabalho jurídico na práxis e na ciência é que foi possível delinear os fundamentos de uma hermenêutica jurídica que aponta para além do positivismo legalista. A metódica jurídica tradicional, à luz da teoria da comunicação, apresenta – com sua concentração na

²⁹⁴MÜLLER, 2005, p. 132.

²⁹⁵Ibid., p. 51.

²⁹⁶MÜLLER, 2000a., p. 53.

²⁹⁷Ibid., p. 53.

²⁹⁸Ibid., p. 54.

²⁹⁹Ibid., p. 54-55.

teoria da interpretação do texto, da univocidade, com a idéia de conteúdo pronto – um estilo ontológico de raciocínio.³⁰⁰

Nessa perspectiva, a chave para a construção do esboço de uma metódica pós-positivista está ancorada na estrutura da norma e na normatividade.³⁰¹ Como já dito, o texto da norma não *contém* a normatividade e a sua estrutura material concreta, mas apenas dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro³⁰².

Dessa maneira, a norma jurídica não pode ser vista apenas como texto lingüístico inicial, mas como um modelo ordenador materialmente definido. A normatividade

não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um *processo* efetivo, temporalmente estendido, cientificamente estruturável: a saber, o efeito dinâmico da norma jurídica, que influi na realidade que lhe deve ser atribuída (normatividade concreta) e que é influenciada por essa mesma realidade (normatividade materialmente determinada).³⁰³

3.1.2 A teoria da norma de Friedrich Müller

Como já evidenciado, a teoria da norma delineada por Müller assenta-se na tese da não-identidade entre norma e texto de norma, que o positivismo, equivocadamente, igualou, criando, do ponto de vista da lingüística jurídica, um mito consistente na suposição de que para cada caso jurídico há uma única solução, que já está dada de antemão nos textos das leis.³⁰⁴

A *metódica estruturante do direito* desnudou as reais possibilidades de superação desse mito, apresentando-se como um genuíno ferramental de trabalho pós-positivista.³⁰⁵ A norma jurídica, dessa maneira, afigura-se como algo muito maior do que a literalidade do seu texto. Robert Alexy sustenta que, para Müller, reduzir a

³⁰⁰MÜLLER, 2000a, p. 55.

³⁰¹Ibid., p. 56-57.

³⁰²Marcelo Neves afirma que a relação entre texto e realidade constitucionais não se confunde com a antiga antinomia entre norma/realidade constitucional, da qual a teoria de Jellinek da força normativa do fático é exemplo e, até mesmo, a própria teoria de Hesse não conseguiu se desvincular, na medida em que sua teoria trata apenas da relação da Constituição Jurídica com a realidade. NEVES, 1994, op. cit., p. 76-77.

³⁰³MÜLLER, 2005, p.130. No mesmo sentido, Cf. NEVES, 1994, p. 77.

³⁰⁴Ibid., p. 129.

³⁰⁵Ibid.

norma jurídica ao seu aspecto meramente lingüístico seria uma mentira vital pautada em uma compreensão meramente formalista do estado de direito.³⁰⁶

Com a *metódica estruturante*, parte-se do pressuposto de que a norma jurídica é também determinada pela realidade social, pelo âmbito normativo. Compõem a norma jurídica: i) o programa da norma, isto é, o texto da norma interpretado à luz dos métodos tradicionais; ii) o âmbito da norma, que é o recorte da realidade social, na sua estrutura básica, que o programa da norma *escolheu* para si ou em parte criou como seu âmbito de regulamentação.³⁰⁷

O programa da norma nada mais é do que o texto da norma interpretado à luz dos métodos clássicos de interpretação – interpretação gramatical, histórica, sistemática, etc. –, afigurando-se como resultado parcial do processo de concretização³⁰⁸. Adeodato salienta que os textos de norma são os textos componentes do ordenamento jurídico – textos de leis, processos, acórdãos, sentenças. Compõem-se de dados lingüísticos – a língua em que foram escritos, respeitando-se as suas regras de inteligibilidade – e de dados reais – o contexto fático em que atuam: estupro, matar, alguém.³⁰⁹

A interpretação em Müller, continua Adeodato, compreende as etapas apontadas pelos métodos tradicionais, como o gramatical, o sistemático e o subjetivo. O elemento subjetivo divide-se em duas partes, a histórica – trabalha com textos de normas anteriores – e a genética – elementos e processos sociais que deram a feição ao texto. Todos esses elementos compõem o programa da norma. Ao estabelecer regras de preferência, Müller afirma que os elementos imediatamente ligados ao texto da lei, como o gramatical e o sistemático, são privilegiados na interpretação. Essa função limitadora do texto tem como pressuposto o estado democrático de direito.³¹⁰

O texto da norma é importante na interpretação, pois fixa os limites a partir dos quais a norma será concretizada. Aproxima-se, desse modo, da idéia de moldura *kelseniana*, como elemento impeditivo do decisionismo.³¹¹ Assevera Adeodato que “essa função limitadora do texto não é metodológica, mas sim

³⁰⁶ALEX Y, 1993, p. 73-75.

³⁰⁷Müller, 2000, p. 57.

³⁰⁸ADEODATO, 2002, p. 242.

³⁰⁹Ibid., p. 242.

³¹⁰Ibid., p. 238-239 e 242.

³¹¹Dizer que um texto de norma jurídica comporta mais de uma possibilidade interpretativa, não é o mesmo que afirmar que ele comporta qualquer possibilidade interpretativa.

normativa, sua fundamentação é deontica e não científica.” Muitas normas decisórias concretizadas mediante procedimentos metodologicamente corretos e convincentes podem não ser compatíveis com os textos previamente fixados no sistema. A preferência pelos elementos formais constitui-se um ‘elemento estabilizador de primeiro nível e um pressuposto insubstituível de sociedades complexas do tipo da sociedade industrial’.³¹²

Karl Larenz, no mesmo sentido, salienta que em Müller o texto da norma funciona como a baliza da “concretização possível da norma”, servindo como limite de compatibilidade da decisão judicial.³¹³ O programa da norma, portanto, não é nem unívoco nem absolutamente vago. Ele indica espaços de ação metodicamente domináveis, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado.³¹⁴

O âmbito da norma é também um fator co-constitutivo da normatividade. Não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos, mas uma parte integrante da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição do âmbito material, o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa.³¹⁵

Desse modo, desponta o âmbito normativo como a estrutura básica do segmento da realidade social que o programa da norma escolheu para si como a sua área de regulamentação – por exemplo, as circunstâncias factuais de um furto qualificado – ou que ele em parte criou – por exemplo, normas que explicam o que se pode entender como “aptidão” para o serviço público. Pode ser ou não gerado inteiramente pelo direito, devendo ser encontrado empiricamente.³¹⁶

Segundo Jean Uema, o âmbito da norma “não é uma realidade fora do direito, como se fora o fato social se encaixando na hipótese legal já determinada aprioristicamente pelo aplicador.” Implica uma seleção feita pelo programa da norma. Não se realiza uma operação lógico-formal, mas lógico-dialética de complementaridade entre o texto e o contexto. A identificação do âmbito da norma

³¹²ADEODATO, op. cit., p. 238-239.

³¹³LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.183.

³¹⁴MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 44.

³¹⁵MÜLLER, 2000a, p. 58-59.

³¹⁶MÜLLER, 1995, p. 42.

deve ser feita empiricamente, o que dependerá da formação dos juristas.³¹⁷ Uma formação meramente tecnicista, ancorada apenas na leitura acéfala de extensas codificações, não dá conta da realidade com a qual o profissional do direito terá de lidar, principalmente no que tange ao trabalho com o âmbito da norma.

O âmbito da norma pode se referir a elementos da realidade de naturezas diversas, quais sejam:

- a) exclusivamente jurídicos – normas processuais;
- b) sociais – relações de trabalho, educação, saúde;
- c) econômicos – livre iniciativa, juros, orçamento, etc.;
- d) políticos – organização política do Estado, entre outros.³¹⁸

O âmbito da norma, portanto, transcende a mera faticidade de um recorte da realidade extrajurídica, não podendo ser interpretado como mera força normativa do fático. Ele entra no horizonte visual da norma jurídica e da norma de decisão unicamente no enfoque indagativo determinado pelo programa da norma. Tratar o âmbito da norma como normativo não faz com que a legislação, a administração e os tribunais sucumbam a nenhuma normatividade apócrifa do fático. De acordo com Müller, o próprio Tribunal Constitucional Federal alemão insurgiu-se contra as acusações de que tal procedimento decorreria de um sociologismo ou de uma metódica não-jurídica.³¹⁹

Na práxis jurídica é comum os *cânones* oriundos dos métodos tradicionais da interpretação de Savigny encobrirem, por meio da linguagem, partes integrantes do âmbito da norma que, por força da sua consistência material, são co-determinantes da decisão do caso jurídico.³²⁰

Assevera Friedrich Müller que “as diferenças das várias disciplinas setoriais da ciência do direito estão fundadas na diferente autonomia material dos âmbitos da norma.” Em normas como as processuais, salienta, “[...] os âmbitos das normas desaparecem por trás dos programas das normas.”³²¹ Quanto mais materialmente vinculada for uma norma, quanto mais partes integrantes não-geradas pelo direito contiverem o seu âmbito da norma, tanto mais a sua implementação

³¹⁷UEMA, Jean Keiji. Considerações sobre a interpretação constitucional. In: SCALOPPE, Luiz Alberto Esteves (Org.). **Transformações no Direito Constitucional**. Cuiabá: Fundação Escola, 2003, p. 266-267. (Série Transformações no Direito Nacional, n. 2).

³¹⁸Ibid., p. 266-267.

³¹⁹MÜLLER, 2000a, p. 58-59.

³²⁰Ibid., p. 59.

³²¹Ibid., p. 59-60.

carecerá dos resultados de análises do âmbito da norma. No caso de prescrições de direito constitucional, os âmbitos da norma são fecundos e possuem um peso decisivo para a concretização.³²²

Müller apresenta alguns exemplos de fatores tipológicos da estrutura da norma e das suas condições distintas de concretização, dos quais se destacam:

- a) a peculiaridade do âmbito material – de maior relevância política e social, gerado pelo direito, etc.;
- b) a confiabilidade do texto da norma na formulação do programa da norma;
- c) a precisão do programa da norma formulado no teor literal quando do recorte do âmbito da norma do âmbito material;
- d) o grau e o estado do tratamento – científico – de uma área de regulamentação dentro e fora da ciência e da práxis jurídicas;
- e) a posição normativa da prescrição jurídica a ser concretizada, na codificação ou no ordenamento constitucional – por exemplo, na constituição: determinação da forma de estado, imperativos do estado de direito de concretude variável, direitos fundamentais, etc.³²³

3.1.3 A interpretação como concretização

Konrad Hesse afirma em seu *Escritos de Derecho Constitucional* que não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos.³²⁴ Segundo Uema, esse entendimento afasta as concepções metafísicas e os seus abstracionismos, que concebem as normas jurídicas como idéias prontas e acabadas, ora representando a vontade do legislador, ora a da lei, das quais os fatos sociais seriam subsumidos. Com Müller, por sua vez, tem-se que a interpretação, ao mesmo tempo em que já opera com o caso concreto a se resolver, liga-se à aplicação no processo de concretização da constituição, atualizando-a e realizando-a.³²⁵

³²²Ibid., p. 60.

³²³Ibid., p. 60-61.

³²⁴HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional – (selección)**. Traducción Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 43-45.

³²⁵UEMA, op. cit., p. 251.

Afirma Adeodato que Müller chama de concretização o que tradicionalmente se denomina interpretação. Esta, por sua vez, não significa silogismo. Esses critérios meramente formais, sem exigência de responsabilidade e fundamentação, constituem herança equivocada do positivismo exegético. Como a produção normativa ocorre somente na concretização, tem-se que “a hermenêutica em Müller não é ontológica ou essencialista, mas também não consiste no estudo dos procedimentos retóricos ou metodológicos da normatividade jurídica: ela investiga os pressupostos teóricos da atividade do jurista”.³²⁶

Na seqüência, Adeodato enfatiza que em Müller a interpretação é um conceito restrito, reduzindo-se à interpretação de textos normativos. Porém, como a norma jurídica é mais do que o texto, a concretização vai além da interpretação. Os pontos de vista interpretativos comuns – gramaticais, sistemáticos, genéticos –, fundados inicialmente na linguagem, fornecem os ‘dados lingüísticos’ – ex. m com u formam a sílaba um; Isabel viu Cristina é diferente de Cristina viu Isabel, devido à relação entre sujeito e objeto – (*Sprachdaten*); os “dados reais” (*Realdaten*) são fornecidos pelos elementos naturais e sociais, por exemplo: dois corpos não ocupam o mesmo lugar no espaço; há força gravitacional; um lenço, ao cair, faz menos barulho do que um copo; uma faca é capaz de atravessar um corpo humano. Eles constituirão, sucessivamente, os elementos do âmbito do caso e do âmbito da norma. São os dados pré-jurídicos brutos, formando o contexto antes do início da concretização. A metódica estruturante procura conectar tais dados ao processo decisório, de forma juridicamente regular, evitando a forma arbitrária ou “puramente pragmática” dos decisionistas.³²⁷

Para Müller, a interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo de concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. Ela deve elaborar os problemas da pré-compreensão da ciência jurídica e do fato da concretização estar referida ao caso. Com isso, comprova-se a normatividade apenas na regulamentação de questões jurídicas concretas.³²⁸

³²⁶ADEODATO, op. cit., p. 240.

³²⁷Ibid., p. 240-241.

³²⁸MÜLLER, 2000a, p. 61.

A necessidade de interpretação de uma norma não advém, leciona Müller, de seu caráter plurívoco, mas da necessidade se sua aplicação a um caso - real ou fictício. A norma jurídica, ao contrário do que alega o positivismo, não está pronta nem substancialmente concluída. Ela é um núcleo materialmente circunscritível da ordem normativa, diferenciado com os recursos da metódica racional, concretizado no caso individual e “com isso quase sempre tornado nítido, diferenciado, materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito (determinados sobretudo pela função limitadora do texto da norma).”³²⁹

Chama-se a atenção, com Müller, para o fato de um enunciado jurídico não funcionar mecanicamente. A ‘subsunção’, ressalta, “é apenas aparentemente um procedimento lógico formal; na verdade, é um procedimento determinado no seu conteúdo pela respectiva pré-compreensão de dogmática jurídica”. A futuridade da norma não permite que a vontade nem a decisão de uma prescrição em si possam ser identificadas; não há, portanto, que se falar em vontade do legislador ou da norma jurídica. O dogma voluntarista descende da pandectística e privou a norma, a partir da separação entre direito e realidade, da relação material com o seu âmbito de regulamentação e vigência.³³⁰

Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co) solucionado por ela. A necessidade de uma decisão jurídica abrange a problemática da compreensão, os momentos e procedimentos cognitivos. Contudo, a decisão não se esgota nas suas partes cognitivas. Ela aponta para além das questões hermenêuticas. Afirma Müller que a força enunciativa de uma norma para um caso é provocada por esse mesmo caso e que, citando Esser, “[...] ‘a concretização da norma jurídica em norma de decisão e do conjunto de fatos, juridicamente ainda não decidido, em caso jurídico decidido deve comprovar a convergência material de ambos, publicá-la e fundamentá-la.’”³³¹

Para Karl Larenz, “Müller contesta a contraposição estrita entre ser e dever ser, entre a norma e a realidade a que ela se dirige.” Para ele, concretização não significa tornar a norma mais concreta, mas produzir pela primeira vez a norma que servirá de parâmetro para a decisão do caso. O texto da norma não é a norma

³²⁹Ibid., p. 61-62.

³³⁰Ibid., p. 62-63.

³³¹Ibid., p. 63-64.

de acordo com a qual o caso será resolvido, isto é, não é a norma decisória, mas tão-somente o ponto de partida para a sua construção. Nesse caso, a decisão teria apenas de ser compatível com o texto da norma, que seria o parâmetro de concretização possível. A norma não está pronta e acabada, o seu sentido completa-se apenas na concretização. Desse modo, somente na argumentação jurídica o texto obtém significado e é produzida a base decisória da sentença.³³²

Segundo Larenz, Ralph Christensen, ancorado em Müller, ensina que seria um erro acreditar que a norma jurídica, como base decisória de uma sentença, já está dada no texto da norma; ela deve, na verdade, ser elaborada em primeira mão pelo juiz. A aplicação de uma norma não é possível apenas por meio de uma simples subsunção.³³³

Em sua teoria Müller enfrenta a importante discussão sobre a pré-compreensão do intérprete e o papel por ela desempenhado no trabalho jurídico. Influenciado pela leitura *gadameriana* da hermenêutica filosófica³³⁴, levanta essa discussão apontando caminhos para que o jurista lide com essa zona de penumbra composta pela pré-compreensão. Partindo-se da existência da pré-compreensão do intérprete não se pode falar em neutralidade axiológica, todavia, também não se pode falar em arbítrio: nem certeza absoluta, nem relatividade plena, eis o ponto de equilíbrio.

Para a hermenêutica filosófica a descoberta do sentido e a aplicação estão inseparavelmente reunidas num processo unitário, que inclui, obrigatoriamente, o sujeito compreendente, sem o qual o sentido do texto a ser compreendido nem poderia ser concretizado e, nessa medida, completado. A dimensão especificamente jurídica de contextos de dominação e do uso da violência, que sanciona em última instância a decisão jurídica, está vinculada à linguagem e, com isso, às suas condições gerais.³³⁵

³³²LARENZ, op. cit., p. 183-184.

³³³Ibid., p. 185-186. Assevera Müller que é em virtude desse estado de coisas que fracassou a tentativa de operacionalização total da normatividade jurídica por meio de computadores. Esse procedimento só faz sentido onde a aplicação da lei excepcionalmente não se apresenta como concretização, mas como simples subsunção. Uma axiomatização que não possa levar em consideração as estruturas e funções fortemente diferenciadas dos enunciados jurídicos e, sobretudo, dos âmbitos das normas, que pertencem a elas com grau hierárquico igual, já ignora, de plano, as funções sociais e as estruturas do direito positivo. MÜLLER, 2005, op. cit., p. 45.

³³⁴Cf. GADAMER, 1997, passim; ROHDEN, op. cit., p. 65; STRECK, 2001, passim.

³³⁵MÜLLER, 1995, p. 40-41.

Müller apresenta alguns conceitos centrais da hermenêutica filosófica, mas, como se verá na seqüência, abandona-os, adotando conceitos análogos desenvolvidos em conformidade com a metódica jurídica. Assim, o autor parte da hermenêutica filosófica, porém tenta superá-la, por entender que ela não atende às exigências de racionalidade e controle típicos do direito.

Os elementos considerados centrais na hermenêutica filosófica são:

- e) a referência à práxis, que precede toda e qualquer interpretação;
- f) a referência vital do intérprete ao processo de compreensão;
- g) a pré-compreensão;
- h) a inserção do intérprete num contexto de tradição a ser atualizado.³³⁶

Quando se está diante do processo de interpretação de textos de norma a compreensão e a pré-compreensão são essenciais. A compreensão do texto está determinada, permanentemente, pelo movimento antecipatório da pré-compreensão.³³⁷ A possibilidade de interpretação está vinculada à existência de compreensão, e esta, por sua vez, depende da pré-compreensão do intérprete. Não existe interpretação sem pressupostos, da mesma forma que não há relação jurídica sem relação social.³³⁸ Como conheço as coisas a partir de “pré-conceitos”, estes se incorporam a elas, de modo que quando as conheço, conheço também “pré-conceitos”. O ser-no-mundo carrega esta experiência do estar-aí (*dasein*) da qual não pode se desvincular: minha compreensão-de-mundo não pode ser modificada por já ser determinada pela minha visão-de-mundo.³³⁹

Ao tratar do papel que a pré-compreensão desempenha no trabalho jurídico Müller sustenta que

a dogmática, a teoria e a metódica do direito (constitucional) devem disponibilizar meios para fundamentar os momentos especificamente jurídicos desse caráter de pré-julgamento autonomamente como pré-compreensão normativa e materialmente referida do universo jurídico, para delimitá-la de forma clarificadora, diferenciá-la e introduzi-la destarte no processo da concretização como fator estruturado, controlável e discutível.³⁴⁰

No mesmo sentido, afirma que

a pré-compreensão jurídica e a sua justificação racional [...] é assim o lugar de uma crítica das ideologias que nasce da práxis e não deve ser feita auto-

³³⁶Ibid., p. 40.

³³⁷STRECK, op. cit., p. 207.

³³⁸Ibid., p. 264.

³³⁹BITTAR, op. cit., p. 184.

³⁴⁰MÜLLER, 2000a, p. 64-65.

suficientemente com vistas à própria práxis, mas com vistas à racionalidade e correção da decisão a ser tomada.

Para Müller, a ciência do direito possui as suas especificidades: de um lado, em razão de sua matéria histórica, não goza da objetividade das ciências naturais; de outro, diferencia-se das ciências humanas compreensivas, em virtude de sua vinculação ao direito positivo vigente. Evidencia-se, dessa maneira, que o direito não é dotado, como queriam os positivistas, da objetividade e verificabilidade das ciências da natureza, também não possui a abertura presente nas ciências humanas, pois é uma ciência normativa, vinculada ao ordenamento jurídico vigente.³⁴¹

Em passagens como essa fica cristalina a importância da escolha do pensamento de Müller como parte deste trabalho: ele retira o direito do formalismo reducionista caracterizador do positivismo/normativismo, ao mesmo passo em que lhe empresta elementos de controle e racionalidade fundamentais na esfera de atuação de um estado constitucional de direito. O postulado da objetividade jurídica não pode ser um conceito ideal absoluto,³⁴² mas, sim, tratado sob o ponto de vista de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão, e como postulado da sua adequação material. A objetividade não pode alegar se defrontar com a prescrição e o caso sem pressupostos, pois estes são dados com a linguagem que abrange tanto as prescrições jurídicas quanto os intérpretes.³⁴³

A ciência jurídica deve verificar, segundo Müller, os seus pressupostos, diferenciá-los e expô-los em termos de método, sem falseamento ou embelezamento: “A necessidade da racionalidade mais ampla possível da aplicação do direito segue da impossibilidade da sua racionalidade integral; admitir isso seria ignorar o caráter de decisão e de valoração do direito”. Dando continuidade, assevera que “sem a sobriedade do excesso racionalista a ideologia poderia desenvolver-se sem limites e controles”³⁴⁴

Retornando à abordagem específica da concretização jurídica tem-se que a mesma não consiste em mera reelaboração de valorações legislativas. A norma

³⁴¹Ibid., p. 65.

³⁴²O escritor uruguaio Eduardo Galeano, em seu Livro dos Abraços, em uma crônica chamada Celebração da Subjetividade diz “[...] Os que fazem da objetividade uma religião, mentem. Eles não querem ser objetivos, mentira: querem ser objetos, para salvar-se da dor humana”. GALEANO, Eduardo. **O Livro dos abraços**. Tradução Eric Nepomuceno. 11. ed. Porto Alegre: L&PM, 2003, p. 118.

³⁴³MÜLLER, 2000a, p. 65.

³⁴⁴Ibid., p. 65-66.

jurídica deve regulamentar uma quintessência indeterminada de casos jurídicos práticos, nem concluída nem suscetível de sê-lo no futuro. Tais casos não podem e não devem ser pré-solucionados pelo legislador. As competências repartidas entre executivo, legislativo e judiciário não são para a explicação, recapitulação de textos de normas, mas competências para a concretização jurídica e a decisão do caso com caráter de obrigatoriedade, em cujo quadro a interpretação como explicação do texto constitui um elemento importante, mas apenas um entre outros.³⁴⁵

Sustenta Uema que “[...] sem uma interpretação adequada da Constituição não pode haver nenhuma Constituição efetiva.” O processo interpretativo, como atividade racional de desvelamento da normatividade, está ligado, obrigatoriamente, à idéia de concretização, que visa à aplicação da norma a um caso concreto. Afirma, na seqüência, que “a interpretação da Constituição realiza sua atualização, entendida a normatividade com sua referência ao futuro, ao adequar a norma, dentro dos limites de possibilidades de seu programa, à nova realidade social.”³⁴⁶

Karl Larenz, abordando Müller, ensina que a norma que está na lei precisa de clarificação e precisão, sendo este, justamente, o trabalho do juiz. Ressalva-se, todavia, que a interpretação da norma não pode ser feita ao seu bel prazer: ele tem de encontrar uma norma para o caso, mas deve aplicar a norma que lhe é dada do modo que reconhecer como correto, a cada um dos casos que lhe caiba julgar. Para Müller, desse modo, todo o direito aplicado por um tribunal é direito judicial, com isso, critica Larenz, a quota da legislação é tratada no processo decisório com menos importância do que merece.³⁴⁷

3.2 Sobre a metódica estruturante

A metódica de Müller, na inteligência de Paulo Bonavides, é concretista, tendo como inspiração principal a tópica³⁴⁸, “a qual ele faz alguns reparos,

³⁴⁵Ibid., p. 66-67.

³⁴⁶UEMA, op. cit., p. 268-269.

³⁴⁷LARENZ, op. cit., p. 184-185. Aparenta-se exagerada a crítica de Larenz, pois Müller insiste sempre, em sua teoria, na importância que tem o texto da norma como elemento estabilizador, inclusive sustentando que os elementos de interpretação diretamente relacionados aos textos de norma devem ter prevalência em caso de conflito.

³⁴⁸Sobre essa afirmação de Bonavides de que a teoria de Müller tem inspiração tópica, pode se levantar a seguinte questão: a metódica estruturante subverteu tanto os pressupostos do método tópico-problemático que se pode perguntar o que restou efetivamente desse método no pensamento de Müller? Mas isso já é assunto para uma outra dissertação.

modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta.”³⁴⁹

Canotilho³⁵⁰ aponta que a metódica normativo-estruturante tem por escopo investigar as várias funções de realização do direito constitucional, pretendendo-se ligada à resolução de problemas práticos, de maneira a captar as transformações das normas e concretizá-las numa decisão prática. Para isso, “deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas.”³⁵¹

Müller, em passagem digna de transcrição literal, lança os contornos da metódica estruturante. A metódica, diz ele:

resume o que foi dito sobre a estrutura de norma e texto da norma, de normatividade e processo de concretização, sobre o nexos entre concretização estruturada da norma e as tarefas das funções individuais da práxis jurídicas, sobre a não-identidade de norma e texto da norma e sobre a não-identidade de concretização e interpretação; resume, outrossim, os enunciados sobre os papéis da pré-compreensão, do ‘sistema’, da ‘axiomática’ e da ‘tópica’. A *metódica estruturante* analisa as questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma. Ela procura

³⁴⁹BONAVIDES, op. cit., p. 456. Para Müller, quando a tópica dá primazia ao problema ela deixa de atender as exigências de controlabilidade e objetividade que devem ser buscadas pelo processo de concretização do direito constitucional. Segundo ele, tendo em consideração a abordagem tópica, não é possível que se proponha exceder, no caso de conflito, o direito vigente em proveito de uma solução mais apropriada ao problema. Esta concepção viola em vários pontos o direito (constitucional) positivo, abstração mesma feita das liberdades tomadas com a prescrição que se impõe em cada caso específico: viola a intangibilidade da Constituição democrática e liberal, a submissão às normas, mesmo as infraconstitucionais, os imperativos de segurança jurídica, igualdade e legibilidade da ordem jurídica e, por último e não menos importante, a determinação constitucional das relações entre as diferentes funções jurídicas. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique**. Traduit de l’Allemand par Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 136. (Collection Leviathan). Paulo Roberto Soares Mendonça, tratando do assunto, sustenta que embora haja uma origem tópica do direito privado e não do direito público, com o advento do Estado de bem-estar social houve profundas alterações no papel do direito constitucional, de modo que as suas normas e princípios passaram a ser aplicáveis a casos concretos, sobretudo em situações que tratem da preservação de direitos fundamentais. Desse modo, a tópica passou a ter grandes possibilidades nesse campo, principalmente com a jurisprudência das cortes constitucionais. Para Mendonça, há aqui um choque entre Müller e Canaris; enquanto Müller vincula o método tópico ao direito privado, justificando com isso a sua dificuldade de aplicação no direito constitucional, Canaris vê no direito constitucional um campo fértil para a tópica, em virtude do trabalho frequente com cláusulas gerais. Segundo Mendonça, com a constitucionalização do direito privado, quando os interesses privados passaram a derivar de uma aplicação direta de princípios constitucionais, as limitações identificadas por Müller para a aplicação da tópica no direito constitucional perdem razão de ser. Penso, contudo, que as críticas de Müller a utilização da tópica no direito constitucional se devem mais aos motivos supra expostos, do que, propriamente, como afirmado por Mendonça, a uma origem histórica civilista da tópica. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 250- 251, 298- 299.

³⁵⁰CANOTILHO, 1999, p. 1177.

³⁵¹Ibid., p. 1177.

desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas. Com isso ela se move na direção da exigência de encontrar graus de interpretação 'à maneira' de Savigny, que sejam conformes ao direito constitucional atual. Diante da necessidade de estruturas normativas relativamente indistintas ela fornece com vistas a demandas futuras de regulamentação às 'instituições de redução da indeterminidade, internas ao sistema', os instrumentos que nem Savigny nem o positivismo legalista tinham oferecido.³⁵² (grifo do autor)

Para Müller, a função da metódica, formulada em termos da teoria do direito, consiste em elaborar regras para a imputação bem-sucedida das normas de decisão estabelecidas no caso individual.

Como fundamentação, a metódica jurídica é uma técnica de decisão, pois a solução de casos jurídicos é uma técnica decisória. Do ponto de vista político, compete à metódica o deslocamento da responsabilidade pela decisão, orientação, distribuição e dominação funcionalmente pessoal no caso individual, para instâncias mais distantes como o legislativo e o judiciário. Por último, a função de racionalidade da metódica consiste na sua instrumentalidade, que oferece calculabilidade à sociedade econômica e comercial burguesa, produzindo efeito legitimador ao basear tanto o *status quo* quanto a sua transformação na anuência, na solução de compromisso e na opinião aceita da maioria: eis o limite da sua instrumentalidade.³⁵³

A instrumentalidade da metódica evidencia-se na possibilidade de ser colocada a serviço de conteúdos políticos distintos. Seus limites estão na necessidade de aceitação, pela maioria dos atingidos, dos conteúdos e modos de procedimento do ordenamento jurídico.³⁵⁴

3.2.1 Pressupostos de uma metódica jurídica científica

De acordo com Friedrich Müller, o estado constitucional da Idade Moderna, à medida que se constitui como estado de direito, exige e permite uma metódica jurídica que opera com a pretensão de controlabilidade e de racionalidade, isto é, de uma metódica científica no sentido definido. O lado técnico disso deve ser assegurado por regras e garantias formais. Dessa maneira, não se elimina a função dominadora e orientadora do ordenamento jurídico.³⁵⁵

³⁵²MÜLLER, 2000a, p. 68-69.

³⁵³MÜLLER, 1995, p. 28.

³⁵⁴Ibid., p.30.

³⁵⁵Ibid., p. 29-30.

Segundo Müller, nas operações da metódica jurídica que avançam entre o programa da norma e o âmbito da norma, a “circularidade da compreensão”, conhecida da discussão tradicional, pode ser comprovada no sentido de indagações e dados parciais que se corrigem reciprocamente. O trabalho decisório, na sua totalidade, não se torna tarefa de outros cientistas sociais, mas sim de juristas de um novo tipo, profissionalizados como especialistas em ciências jurídicas e sociais. No entanto, a tendência previsível da política universitária de exorcizar do estudo tradicional do direito os restos remanescentes de sua cientificidade em prol de uma eficiência economizadora de custos, deixa pouca margem à esperança de uma cientificação considerável da práxis jurídica para o futuro próximo.³⁵⁶

Seguindo em sua argumentação, Müller afirma que a metódica estruturante é uma metódica jurídica, desse modo, sua fundamentação só poderá se basear na análise de técnicas práticas de trabalho nas funções da concretização do direito e da constituição. A metódica estruturante não transfere, inadvertidamente, a hermenêutica filosófica à ciência jurídica.³⁵⁷ Como já mencionado, Müller aponta conceitos análogos da própria metódica estruturante que podem ser utilizados na substituição de elementos típicos da hermenêutica filosófica, são eles:

- a) diante da pré-compreensão geral coloca-se uma pré-compreensão específica jurídica e de teoria jurídica, cujos pontos referenciais

³⁵⁶MÜLLER, 1995, p. 46. Partilha-se dessa preocupação. Constata-se hoje, no Brasil, um ensino jurídico em avançado estado de deterioração, ministrado em mais de mil faculdades, muitas com inúmeras vagas ociosas, preocupadas muita mais com o sucesso e a rentabilidade de seus empreendimentos empresariais do que com o necessário oferecimento de um ensino de qualidade. Formam-se bacharéis acéfalos, leitores exclusivamente de sinopses, resumos, que tem feito com que manuais considerados paupérrimos há alguns anos, sejam hoje encarados como “clássicos” do direito, obras de aprofundamento para “eruditos. Um ensino jurídico como este forma – ou deforma – profissionais do direito com grandes limitações, inaptos a operarem com ferramentas metodológicas sofisticadas, como a teoria da argumentação, metódica estruturante, etc., mas que são fundamentais para a compreensão e aplicação de um modelo de direito como o emergido no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Conferir, sobre ensino jurídico no Brasil: AGUIAR, Roberto A. R. de. **A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas**. São Paulo: Alfa-Omega, 1991; ARRUDA JR., Edmundo Lima de. **Advogado e mercado de trabalho**. Campinas: Julex, 1988a; _____. **Introdução ao idealismo jurídico: uma releitura de San Tiago Dantas**. Campinas: Julex, 1988b; _____. **Ensino jurídico e sociedade: formação, trabalho e ação social**. São Paulo: Acadêmica, 1989; FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Faculdades de Direito ou fábricas de ilusão?** Rio de Janeiro: IDES, Letra Capital, 1999; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico: saber e poder**. São Paulo: Acadêmica, 1988; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino Jurídico e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Por um ensino alternativo do Direito: manifesto preliminar. In ARRUDA JR, Edmundo Lima (Org.). **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992, vol I, p. 143-154; Mais sugestões podem ser encontradas em <<http://www.abedi.org/publicacoes.php>>.

³⁵⁷MÜLLER, 2000a, p. 70.

principais são normas vigentes, isto é, sancionáveis com violência e tentativas de sua sistematização científica ou teórica;

- b) o caráter modelar como marca essencial da atualidade do contexto de tradição ou de compreensão é aqui o caráter modelar de uma validade com caráter vinculativo, é dizer, caráter modelar de uma pretensão a um determinado comportamento, exigida em última instância com ajuda de violência;
- c) a referência à vida e à práxis está aqui inserida precisamente nesse quadro do processo normatividade, cuja integridade é assegurada nas suas fronteiras através do uso da violência legitimada pelo Estado.³⁵⁸

A metódica estruturante, portanto, não fala em graus ou estágios de interpretação, mas de elementos – como momentos de um processo unitário – do processo de concretização. Não há possibilidade, salienta Müller, em virtude da sua não-normatividade, de se estabelecer uma ordem hierárquica vinculante entre os elementos metódicos.³⁵⁹

Na seqüência, serão apresentados os principais elementos do processo de interpretação abordados pela metódica estruturante:

3.2.1.1 Elementos metodológicos *strictiore sensu*³⁶⁰

Os elementos metodológicos em sentido estrito são os que se referem diretamente à interpretação de textos, tais como: interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica, além dos princípios de interpretação constitucional e os problemas da lógica formal e da axiomatização no direito constitucional. Os primeiros elementos são as chamadas regras tradicionais da interpretação, que englobam a interpretação gramatical, genética, histórica, sistemática e teleológica.³⁶¹

Para Müller, as interpretações gramatical, sistemática e genética constituem os elementos de concretização mais próximos, não por algo que lhes sejam substancialmente inerentes, mas por motivos funcionais, em virtude do lugar

³⁵⁸MÜLLER, 1995, p. 40-42.

³⁵⁹MÜLLER, 2000a, p. 69-70.

³⁶⁰Ibid., p. 71.

³⁶¹MÜLLER, 2000a, p. 71. Cf. Também MÜLLER, 1996, op. cit., p. 259-276.

que ocupam num ordenamento jurídico codificado, fixado no seu conteúdo, deliberado, lavrado e promulgado em conformidade com determinados trâmites legislativos.³⁶²

Inicia-se a concretização com a busca do sentido literal do texto da norma. A interpretação gramatical do direito constitucional escrito determina-se segundo os diferentes tipos de normas. As normas da parte organizacional, por exemplo, se comparadas ao elemento gramatical da concretização dos direitos fundamentais, quase não oferecem dificuldades. No entanto, do ponto de vista da linguagem e da gramática, não se pode dizer que as primeiras normas foram formuladas com mais clarezas do que as segundas; a dificuldade mais acentuada na concretização dos direitos fundamentais localiza-se na diferença estrutural das normas jurídicas. Müller ressalta que não é:

Uma diferença lingüística, ('gramatical') dos textos das normas, mas a eficácia da pré-compreensão (jurídica) que demonstra que o texto da norma do art. 4º al.1 da Lei Fundamental ['A liberdade de crença e de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológica são invioláveis'] possa afigurar-se ao jurista 'menos claro', 'mais amplo' ou 'mais indeterminado' do que o texto da norma do artigo 52 al.1 da Lei Fundamental ['O Conselho Federal elege o seu Presidente por um ano'].³⁶³

Para um leigo, talvez ambas fossem suficientemente claras ou não-claras, já o jurista constata diferenças consideráveis entre as estruturas desses dois textos de normas.³⁶⁴

Com tudo isso, "a interpretação gramatical evidencia depender da estrutura da norma". O aspecto gramatical, aparentemente unívoco, freqüentemente obriga a decidir-se entre diferentes significados. Isso só é possível em virtude do método gramatical não dizer respeito ao texto da norma, mas à norma. O possível sentido da norma deve ser interpretado por antecipação. Abandona-se, assim, a interpretação literal de cunho filológico.³⁶⁵

Por razões ligadas ao estado de direito, o possível sentido literal circunscreve o espaço de ação de uma concretização normativamente orientada que respeita a "correlação jusconstitucional das funções. O teor literal demarca as

³⁶²Ibid., p. 71-72.

³⁶³MÜLLER, 2000a, p. 73-74.

³⁶⁴Ibid., p. 74.

³⁶⁵Ibid., p. 74.

fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis.”³⁶⁶

Em caso de conflito entre os elementos de concretização o texto da norma tem precedência hierárquica, pois: “À medida que o texto expressa de forma lingüisticamente confiável o espaço de ação para os enunciados normativos, o resultado não pode contrariar as possibilidades de solução remanescentes nesse espaço de ação.”³⁶⁷

As interpretações genética, histórica e sistemática, ensina, estão intrinsecamente relacionadas à gramatical. Pode-se afirmar que os dois procedimentos referentes a textos não-normativos – genético e histórico – seriam, quanto ao seu objeto, pontos de vista auxiliares no âmbito do aspecto gramatical, já que podem auxiliar a precisar as possíveis variantes de sentido no espaço de ação demarcado pelo teor literal.³⁶⁸

No que tange ao método teleológico, Müller sustenta que

na práxis ele atua como uma bacia de confluência de valorações subjetivas ou ao menos subjetivamente mediadas de natureza referida ou não-referida a normas, na sua totalidade de natureza preponderantemente determinada pela política do direito e da constituição ou pela política em geral.³⁶⁹

Geralmente, continua ele, “a concretização sistemática abrange, ao lado do contexto dos teores literais argumentativamente exposto, ao mesmo tempo o contexto das estruturas materiais dos âmbitos de regulamentação”. A interpretação sistemática dos direitos fundamentais, por exemplo, obriga que as normas infraconstitucionais, em caso de conflito, sejam corrigidas com base no programa e no âmbito das normas dos direitos fundamentais. Segundo Müller,

Os direitos fundamentais estão especialmente reforçados nos seus âmbitos de normas. Em virtude da sua aplicabilidade imediata eles carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias.³⁷⁰

Quanto às interpretações sistemática e teleológica, cumpre-lhes combinar vários – quando não todos – elementos de concretização, sob a designação de sistemáticos ou teleológicos. Conclui Müller que os métodos de Savigny

³⁶⁶Ibid., p. 74-75.

³⁶⁷MÜLLER, 2000a, p. 76.

³⁶⁸Ibid., p. 77.

³⁶⁹Ibid., p. 78-79.

³⁷⁰Ibid., p. 78-79.

desempenham papel na concretização do direito: “Todas as funções jurídicas, da legislação até a interpretação científica, comprovam pela sua práxis que esses elementos não podem ser dispensados na sua totalidade por ocasião da concretização da norma”. Desse modo, reconhece-se a importância dos métodos tradicionais para a interpretação do texto da norma e a conseqüente elaboração do programa normativo, no entanto, como já dito, esses métodos, isoladamente, não dão conta da complexidade do direito constitucional.³⁷¹

3.2.1.2 Elementos da concretização a partir do âmbito da norma e do âmbito do caso

³⁷¹Continuando com a divisão do procedimento de concretização Müller aborda os subcasos das regras tradicionais de interpretação. O primeiro subcaso elencado foi o da praticabilidade, que é a verificação do processo de concretização constitucional com relação ao seu fim. Um segundo subcaso mencionado foi o da ‘interpretação a partir do nexa da história das idéias’. Tem-se a partir desse subcaso o fornecimento de retroinferências valiosas aos teores conceituais do texto da norma, quando se puder comprovar um nexa de tradição histórica normativamente ininterrupto. O critério de aferição do efeito integrante é o próximo tópico desenvolvido. Salienta este subcaso das regras tradicionais da interpretação que na concretização do direito constitucional se deve dar preferência aos pontos de vista instauradores e preservadores da unidade da constituição. O princípio da unidade da constituição provém da República de Weimar. Para Smend, uma constituição é a regulamentação dos aspectos particulares do processo global daquele estado, produzindo permanentemente o seu próprio processo vital. Assim, uma constituição não visa os detalhes, mas a totalidade do seu processo de integração. Kelsen, todavia, observou o que havia de criticável neste holismo. Para ele, a unidade do estado é fundada apenas do ponto de vista normativo, do mesmo modo que a ordem jurídica é uma unidade apenas como ordem lógica, em virtude desta propriedade de poder ser descrita em propostas de direito que não se contradizem umas às outras. Do ponto de vista operacional esse princípio ordena que as normas constitucionais devam ser interpretadas de modo a evitar contradições com outras normas e princípios de igual natureza. O quinto subcaso é o referente ao quadro global de direito pré-constitucional, que nada mais é do que um subcaso da interpretação histórica. Na seqüência Müller trata dos chamados princípios da interpretação da constituição; dentre esses aspectos destacam-se: sistema de direitos fundamentais; constituição como sistema de valores - o autor não aceita nenhum desses dois como princípios da metódica; interpretação conforme a constituição - ele considera argumentativamente defensável, mas com reservas, em virtude de determinadas tendências da jurisprudência. Restringe-se a tratá-lo apenas como um elemento da interpretação, ao lado de outros; aferição da correção funcional: afirma que a concretização não pode modificar a distribuição constitucionalmente normatizada das funções nem pelo modo da concretização nem pelo resultado desta. Possibilita, assim, a diferenciação racional e a controlabilidade dos elementos de concretização. Outro princípio de grande importância é o da concordância prática, principalmente no que tange às colisões de direitos fundamentais. Esse princípio impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de modo a evitar que um se sacrifique totalmente em relação aos outros. É utilizado não só quando há contradições normativas, mas também, por exemplo, quando ocorrem colisões com normas de direitos fundamentais em que o âmbito de vigência de uma norma se sobrepõe parcialmente ao de outra. Nesse caso, tem-se a tarefa de traçar a todos os bens jurídicos envolvidos as linhas de fronteira de modo tão proporcional que eles cofundamentem também no resultado a decisão sobre o caso. Müller, com essa abordagem, posiciona-se de modo contrário às técnicas de ponderação de valores e de bens. Tem-se, por último, a força normativa da constituição. Na solução de conflitos constitucionais, destaca Müller, deve-se primar pela solução que promova a maior eficácia da constituição normativa. Cf. MÜLLER, 2000a, op. cit., pp.80 a 87; MÜLLER, 1996, passim. p. 280, 284 ; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1224 a 1226; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. rev. e atual. 2. reimp. São Paulo: Saraiva, 2002, p.193; ALEXY, 1993, p. 73-75; HESSE, 1991, passim.

Trabalhar com o âmbito normativo da decisão exige do jurista formação interdisciplinar, em razão da necessidade de manuseio de ferramentas oriundas da sociologia, da ciência política, da economia, etc. Para trabalhar os novos contornos da norma jurídica delineados pela teoria estruturante o profissional do direito deverá se aperfeiçoar nas disciplinas básicas – as chamadas propedêuticas. Somente com base em sólida fundamentação teórica e em uma irrecusável cooperação interdisciplinar é que se formarão juristas dignos dessa alcunha e aptos a lidar com essas novas demandas.³⁷²

Sustenta Müller que os resultados da concretização continuada constituem o fundamento da teoria da norma. A teoria constitucional que queira ser teoria de uma constituição normativamente vigente deve elaborar as estruturas materiais dos âmbitos das normas constitucionais. No entanto, isso deve ser feito de forma refletida. A análise do âmbito das normas de direitos fundamentais provou ser de grande serventia não só para a elaboração de uma dogmática dos direitos fundamentais, como também para a própria teoria constitucional. “Evidencia-se aqui uma combinação, hermeneuticamente fundamentada e metodicamente controlada, de elementos da concretização da constituição e conteúdos da teoria constitucional.” Essa combinação, enfatiza, pode beneficiar o trabalho na constituição.³⁷³

Ao englobar elementos do âmbito do caso e do âmbito da norma a metódica estruturante desponta como importante ferramenta de trabalho para os alternativistas, por permitir que a realidade, sempre escamoteada do direito, ressurgja com força total, como parte integrante da própria normatividade jurídica.

3.2.1.3 Elementos dogmáticos

Valem-se os juristas na resolução de casos concretos não somente dos textos de normas e históricos sobre eles, mas também de materiais doutrinários e jurisprudenciais. Estas fontes de conhecimento estão estruturadas linguisticamente

³⁷²MÜLLER, 2000a, p. 89-90. No entanto, não é nessa direção que tem apontado o ensino jurídico brasileiro. A maioria esmagadora das faculdades e, conseqüentemente, dos estudantes de direito, seguem repetindo uma formação bestializante, pautada na leitura acéfala de extensas codificações, formadora dos já denominados ventríloquos de todo e qualquer poder instituídos. Os estudantes entram nesse engodo procurando o caminho mais fácil que leva ao paraíso, isto é, à aprovação num concurso público, possibilitador de regalias songadas aos reles mortais – salário muito acima da média, estabilidade, etc.. Não percebem, contudo, que ao assim agirem se distanciam de qualquer possibilidade concreta de compreensão e manuseio do direito e de suas intrincadas ferramentas.

³⁷³Ibid., p. 90- 91.

e, ainda, inacabadas, isto é, indisponíveis para aplicação imediata, carecendo de interpretação.³⁷⁴ É nessa atividade interpretativa que o jurista dá sentido à norma jurídica, construindo-a da maneira mais adequada para atender as nuances do caso concreto, respeitando, porém, as balizas que lhes são impostas pelos textos de normas e demais critérios limitadores anteriormente mencionados.

Ressalta Müller que os enunciados dogmáticos expressam quase sempre a opinião dos seus autores acerca de determinadas normas. Com relação à proximidade com os teores normativos, os elementos dogmáticos só estão atrás dos elementos metodológicos em sentido estrito e dos elementos do âmbito da norma.³⁷⁵

Dessa maneira, a dogmática jurídica³⁷⁶ apresenta-se como um subsistema de técnicas de comunicação no universo jurídico. Ao abordar esse tema Müller cita diversas possibilidades de discussão dogmática de problemas jurídicos, quais sejam: tradição, comunicação, formação de escolas, crítica e controle, tentativas de construção que interligam diferentes tendências, tentativas de sistematização expansiva, conversão em técnicas de solução e reflexão teórica.³⁷⁷

Afirma Müller que conteúdos dogmáticos, teóricos e de política jurídica, como modos técnicos de trabalho, influenciam fortemente na solução de casos jurídicos. Ressalta, no entanto, que isso ainda não gera o caráter vinculante da normatividade de normas jurídicas. O resultado exigido pelo caso não deve ser justificado de qualquer modo subjetivo, mas sim pela comprovação mentalmente recapitulável, e com isso criticável, da orientação segundo a norma. Assevera o referido autor que

³⁷⁴Ibid., p. 91.

³⁷⁵Ibid., p. 92.

³⁷⁶Sobre dogmática jurídica manifestou-se o jurista espanhol Manuel Atienza: “A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico” Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p.19. Segundo Vera Regina Pereira Andrade “a Dogmática Jurídica, globalmente considerada, convive desde sua gênese com uma marcada problematização, em cujo universo é possível individualizar, sem prejuízo de outros, três grandes argumentos dominantes e recorrentes: a) o de sua falta de cientificidade, que interpela sua promessa e identidade epistemológica; b) o de sua separação da realidade social decorrente de seu excessivo formalismo, que interpela sua identidade metodológica; e c) o de seu conservadorismo ou de sua instrumentalização política conservadora do *status quo* social, que confronta sua identidade funcional. ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática e sistema penal**: em busca da segurança jurídica prometida, 1994. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994, p. 29-31. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Andrade-DogmáticaSPBSJP.pdf>>.

³⁷⁷MÜLLER, 2000a, p. 92.

à medida que normas de decisão concretizadas com referência ao caso sempre são registradas e transmitidas por enunciados ‘dogmáticos’ da práxis e da ciência, a dogmática tem, portanto, o seu lugar também entre os elementos orientados *stricto sensu* segundo as normas.³⁷⁸

3.2.1.4 Elementos da técnica de solução

Segundo Müller, os elementos da técnica de solução são verdadeiros manuais de orientação, que elaboram perguntas direcionadas ao conjunto de fatos, tais como: a imbricação dogmática de fundamentos de pretensões do nexo de problemas de direito material e processual determinado pelo direito vigente, a admissibilidade de suposições de conjuntos de fatos e de coisas similares na perspectiva dos enfoques indagativos centrais para tais nexos como, por exemplo, ‘o que se pede?’ ‘O que importa?’.³⁷⁹

Esses manuais apresentam propostas para a estratégia e tática de uma técnica de solução de casos e um modo de apresentação exitosos, porque convencionalmente aceitos e desejados, conforme ensina a experiência. Como aspectos teóricos, os pontos de vista por eles oferecidos devem funcionar como fatores auxiliares. Não devem, portanto, conduzir a suposições e resultados independentes da norma ou contrários a elas.³⁸⁰

Portanto, os elementos de técnica de solução propiciam os delineamentos fundamentais por meio dos quais se procurará formular e examinar as hipóteses sobre a norma, isto é, “pontos de vista para soluções orientadas segundo problemas e com os quais se pretende encontrar a espécie de estruturação e argumentação no texto da decisão que parece mais útil segundo a respectiva função”.³⁸¹

3.2.1.5 Elementos de teoria

Segundo Friedrich Müller, os elementos de teoria contribuem, sobretudo, para a pré-compreensão em teoria da constituição, contudo, nem sempre são introduzidos de forma consciente na concretização: “As concepções de Estado e as compreensões da constituição atuam como processamento e fundamentação de

³⁷⁸MÜLLER, 2000a, p. 92-93.

³⁷⁹Ibid., p. 94.

³⁸⁰Ibid., p. 94.

³⁸¹Ibid., p. 93.

determinados tipos de pré-compreensões”. No que tange ao método, afirma que positivismo, decisionismo, normologismo e teoria da integração devem ser submetidos às seguintes perguntas: qual o espaço que eles deixam para argumentos ideológicos? “Até onde eles exigem, admitem ou impedem uma fundamentação do processo de concretização que seja independente deles mesmos e em vez deles se oriente segundo as normas?”³⁸²

Müller sustenta que essas concepções não conseguem apreender a peculiaridade da ciência jurídica como ciência normativa. As ciências humanas, de outro lado, esbarram na generalidade do seu enfoque jusfilosófico ou sociológico quando tentam intermediar a relação entre norma e realidade. Em síntese, o sociologismo descuida demais do programa da norma; o normologismo faz o mesmo com o âmbito da norma; o decisionismo, por sua vez, faz desaparecer ambos sob o prisma da decisão soberana.³⁸³

Conclui Müller que

a norma jurídica deve ser compreendida, diferenciada e tipificada como esboço com caráter de obrigatoriedade, que abrange por igual o que ordena e o que deve ser ordenado; deve-se passar da metódica da interpretação lingüística para uma metódica do processo efetivo do tratamento da norma.³⁸⁴

3.2.1.6 Elementos de política constitucional

Defende Müller que “O estilo de raciocínio da política constitucional refere-se à ponderação das conseqüências, à consideração valorativa de conteúdos.” Os elementos de política constitucional fornecem pontos de vista valiosos para a compreensão e implementação das normas constitucionais. Porém, os aspectos por eles abordados só podem ser utilizados como comparação, delimitação e clarificação, não podendo ser introduzidos como premissas normativas.³⁸⁵

Para Müller, os pontos de vista da política constitucional permeiam todo o trabalho constitucional. Todavia, ressalta:

nem o caráter vinculante do direito constitucional, lá onde ocorreu uma pré-decisão normativa, nem a racionalidade e objetividade exigidas pelo Estado de Direito, até onde ela é em princípio possível na ciência jurídica, devem ser questionadas.³⁸⁶

³⁸²MÜLLER, 2000a, p. 95-96.

³⁸³Ibid., p. 96.

³⁸⁴Ibid.

³⁸⁵Ibid., p.97.

³⁸⁶Ibid.

Encerrando, o autor traça o que chama de hierarquia dos elementos de concretização. Para ele, são dois os pressupostos de onde devem partir os elementos de concretização e a seqüência hierárquica entre eles: em primeiro lugar, os pontos de vista auxiliares da concretização, de natureza hermenêutica e metodológica, não são normativamente vinculantes; em segundo lugar, “a metódica jurídica é em parte afetada diretamente por imperativos do direito (constitucional) vigente.” Caso haja resultados parciais contraditórios, prevalecem os elementos diretamente relacionados às normas – elementos metodológicos e do âmbito da norma, bem como uma parte dos aspectos dogmáticos. Dentre os aspectos diretamente referidos às normas, em caso de conflito, prevalecem os que dizem respeito às interpretações gramatical e sistemática, por dizerem respeito à interpretação de textos de normas. “A função limitadora do teor literal da prescrição concretizanda [...], própria do Estado de Direito, vale também diante de resultados empíricos a partir do âmbito da norma.”³⁸⁷

Diante de tudo o que foi exposto, salta aos olhos o importante papel que teorias concretistas como a de Müller podem ter para o direito alternativo. Por meio dela, como já dito alhures, a realidade, que sempre fora escamoteada pelos mecanismos jurídicos tradicionais, pode ser inserida na própria estrutura normativa, afigurando-se, ao lado do texto, como componente da própria norma jurídica. Desse modo, abre-se um amplo leque de possibilidades de trabalho para os juristas orgânicos na concretização dos valores emancipatórios contidos no Texto Constitucional de 1988. Além disso, também permite a amplificação das possibilidades de controle do processo de concretização das normas jurídicas, restringindo o arbítrio das decisões judiciais e afastando do direito alternativo as críticas de que ele afrontaria a segurança jurídica e a própria legalidade.

4 A COMUNIDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: a hermenêutica constitucional de Peter Häberle

Dando seqüência ao trabalho, as próximas páginas serão dedicadas à apreciação de alguns aspectos da densa obra do jurista alemão Peter Häberle³⁸⁸,

³⁸⁷MÜLLER, 2000, passim. p. 112.

³⁸⁸O constitucionalista alemão Peter Häberle nasceu em 1934 em Göppingen, Alemanha. Fez seus estudos universitários nas universidades de Tübingen, Bonn, Freiburg – na Alemanha – e também na

considerados importantes para os fins desta dissertação. O seu livro de maior divulgação no Brasil, e que será o fio condutor desta análise, é o **Hermenêutica Constitucional**,³⁸⁹ traduzido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes. Esse breve texto de Häberle carrega em seu bojo importantes balizamentos para se repensar o jusconstitucionalismo brasileiro, sob o viés da democracia participativa. Os seus aportes teóricos têm saído do campo meramente acadêmico, ganhando materialidade no cotidiano constitucional pátrio.

A utilização do presente referencial teórico neste trabalho deve-se às perspectivas descortinadas por ele para a hermenêutica constitucional, auxiliando na consolidação de um efetivo estado constitucional e democrático de direito, não somente numa perspectiva retórica, mas, principalmente, do ponto de vista da sua concretização. Faz isso ao colaborar para a criação de uma esfera pública ampliada dos intérpretes da constituição, retirando essa atividade do monopólio do intérprete autêntico kelseniano.

4.1 Tese fundamental, estágio do problema

Häberle inicia a obra em apreço traçando um panorama da situação da teoria da constituição e da interpretação constitucional. Segundo ele, “A teoria da Constituição esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada.’”³⁹⁰ Esse âmbito é ainda mais reduzido em função da concentração da interpretação constitucional nos juízes e nos procedimentos formalizados.³⁹¹

De acordo com Häberle, para se enfrentar seriamente o tema constituição e realidade constitucional, faz-se necessário a incorporação de elementos das

universidade francesa de Montpellier. Em sua tese de doutorado, fez uma análise dos direitos essenciais na Lei Fundamental de Bonn. Atualmente é professor titular aposentado de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade de Bayreuth (Alemanha). Também é diretor do Instituto de Direito Europeu e Cultura Jurídica Européia na mesma instituição. Tem tido importante acolhida do público jurídico brasileiro. Essas informações foram extraídas do seguinte sítio: <<http://www.unb.br/acs/unbagencia/ag0905-31.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2006.

³⁸⁹HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 11-55.

³⁹⁰HÄBERLE, op. cit., p. 11.

³⁹¹Ibid., p. 12.

ciências sociais e das teorias jurídico-funcionais, bem como os métodos de interpretação voltados para o interesse público e o bem-estar geral.³⁹²

O núcleo central da tese defendida por Häberle ancora-se na existência de um processo de interpretação constitucional realizado pela sociedade aberta³⁹³ e em proveito dela própria.³⁹⁴ Sustenta que no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elenco fechado de intérpretes da constituição. Desse modo, o processo de interpretação constitucional aparece como mais um elemento da sociedade aberta. Quanto mais pluralista for a sociedade em questão, mais abertos deverão ser os critérios de interpretação.³⁹⁵

Para o constitucionalista alemão quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la. Todo aquele que vive sob a égide de uma norma, isto é, que vive no contexto regulado por uma norma, é – indireta ou diretamente – um intérprete dessa norma. Nesse caso, o destinatário da norma é um participante ativo do processo hermenêutico. Como a norma não é vivida apenas pelos intérpretes jurídicos da constituição, eles não detêm o monopólio da interpretação constitucional.³⁹⁶

Conclui-se, tendo por base o exposto, que uma teoria da constituição e da hermenêutica propiciam uma mediação específica entre estado e sociedade.³⁹⁷

4.2 Os participantes do processo de interpretação constitucional

A investigação sobre os participantes do processo de interpretação é consequência do conceito republicano de interpretação aberta que deve ser considerada como objetivo da interpretação constitucional. Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público, o tipo de

³⁹²Ibid., p.12.

³⁹³Häberle retira a expressão “sociedade aberta” da obra de Karl Popper intitulada “A Sociedade Aberta e seus Antípodas” Cf. POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 3. ed. São Paulo: Itatiaia, 1987. t.1.

³⁹⁴HÄBERLE, op. cit., p. 12-13.

³⁹⁵Ibid., p. 12-13.

³⁹⁶Ibid., p. 15.

³⁹⁷Ibid., p. 17.

realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes.³⁹⁸

Häberle afirma, sem prejuízo da precedência que atribui à jurisdição constitucional – até porque reconhece que a ela compete dar a *última palavra* sobre a interpretação –, que devem ser reconhecidos como igualmente legitimados a interpretar a constituição os seguintes indivíduos e grupos sociais.³⁹⁹

- a) o recorrente e o recorrido, no *recurso constitucional*, como agentes que justificam a sua pretensão e obrigam o tribunal constitucional a tomar uma posição ou a assumir um *diálogo jurídico*;
- b) outros participantes do processo, que têm direito de manifestação ou de integração à lide, ou que são convocados, eventualmente, pela própria corte;
- c) os órgãos e entidades estatais, assim como os funcionários públicos, agentes políticos ou não, na suas esferas de decisão;
- d) os pareceristas ou *experts*;
- e) os peritos e representantes de interesses, que atuam nos tribunais;
- f) os partidos políticos e frações parlamentares, no processo de escolha dos juízes das cortes constitucionais;
- g) os grupos de pressão organizados;

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 19.

³⁹⁹ Omar Serva Maciel, ao abordar em um texto de sua lavra quem são os intérpretes da constituição na obra *Hermenêutica Constitucional*, de Häberle, traça as seguintes considerações críticas, cuja transcrição literal reproduzo: “A propósito, permitimo-nos a seguinte crítica pontual ao raciocínio de HÄBERLE. É que este prestigiado Autor aparentemente retira do seu rol de intérpretes (*idem*, p. 20-23) a maioria silenciosa, representativa da comunidade como um todo, e que também vive a constituição. Poder-se-ia abonar esse esquecimento caso se retenham as considerações preliminares (*ibidem*, p. 19) encarecidas pelo próprio Häberle a respeito da mencionada catalogação, no sentido de que o método empregado no seu discurso e os conceitos que o informam se ressentem de uma definitividade, como que justificando, por corolário, a natureza *in fieri* da classificação realizada. Igualmente, conjectura-se que o respeitável publicista alemão purga-se da mencionada omissão ao afirmar que a “interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos” (*ibidem*, p. 24). De qualquer modo, é de se causar espécie que essa exclusão tenha recaído numa categoria que desempenha papel tão importante no concerto pluralístico da contemporaneidade. Conquanto marginalizada pelo processo de exclusão socioeconômica, essa massa disforme e inorganizada compõe um pano de fundo decisivo para a construção dos canais de comunicação constitucionais que necessariamente haverão de existir em uma sociedade aberta de intérpretes. Aliás, precisamente por que pretende ser incluído no alvo das políticas redistributivistas - até para que não restem desacreditadas as promessas que soem serem feitas no âmbito das Constituições Dirigentes, tais como “erradicação da pobreza”, “equitativa distribuição de renda”, “solidariedade social”, “dignidade da pessoa humana” e etc. -, esse “oceano de esquecidos” deve se fazer ouvir, posto que atua (e é essa a parcela de cidadania pró-ativa que lhe cabe), quando nada, como um inconsciente coletivo hermenêutico”. MACIEL, Omar Serva. **A interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional**. Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_IV_marco_2004/Omar%2020A%20intepretacao%20pluralista.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2006.

- h) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;
- i) a mídia, em geral, imprensa, rádio e televisão;
- j) a opinião pública democrática e pluralista, e o processo político;
- k) os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada;
- l) as escolas da comunidade e as associações de pais;
- m) as igrejas e as organizações religiosas;
- n) os jornalistas, professores, cientistas e artistas;
- o) a doutrina constitucional, por sua própria atuação e por tematizar a participação de outras forças produtoras de interpretação.

Atesta Häberle que até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Todavia, a interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito a todos, já que a conformação da realidade da constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.⁴⁰⁰ Também nas funções estatais, reforça ele, não se pode perder de vista as pessoas concretas, os parlamentares, os funcionários públicos, os juízes.⁴⁰¹

No mesmo sentido é a afirmação feita por Inocêncio Mártires Coelho, segundo a qual num estado de direito a leitura da constituição deve ser feita “em voz alta e à luz do dia”, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, do qual participem os diversos atores sociais, agentes políticos ou não, pois todos os membros da sociedade, e não apenas os dirigentes, fundamentam na constituição os seus direitos e obrigações.⁴⁰²

Em Häberle, a interpretação é um processo aberto. A ampliação do círculo dos intérpretes é apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade ao processo de interpretação.⁴⁰³ O juiz interpreta a constituição na esfera pública e na realidade. Essas influências que ele recebe não podem ser

⁴⁰⁰HÄBERLE, op. cit., p. 23-25.

⁴⁰¹Ibid., p. 23-25.

⁴⁰²COELHO, 2001, passim.

⁴⁰³HÄBERLE, op. cit., p. 30.

vistas apenas como ameaça à sua independência, mas também como parte da sua legitimação, evitando o livre arbítrio da interpretação judicial.⁴⁰⁴

Assim, se de um lado não se deseja em uma sociedade aberta o isolamento do juiz em sua torre de marfim, inacessível aos cidadãos, alheio à realidade que o circunda, de outro, não se permite um juiz que julgue apenas de acordo com a vontade da maioria. Como assevera Ferrajoli, em um estado constitucional e democrático de direito a legitimidade do juiz não deriva da vontade da maioria, mas da defesa dos direitos fundamentais do cidadão contra qualquer maioria⁴⁰⁵. O papel que o juiz exerce no estado constitucional é, portanto, um papel contramajoritário.

Do ponto de vista teórico-constitucional a legitimação das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da constituição.⁴⁰⁶ Numa sociedade aberta, reforça Häberle, a democracia se desenvolve também por meio de refinadas formas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais. A democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, possibilidades e necessidades da realidade e, também, no “concerto” científico sobre questões constitucionais.⁴⁰⁷

Nessa perspectiva, a democracia deve ser vista como o domínio do cidadão e não do povo, no sentido *rosseauniano* do termo. A democracia do cidadão é mais realista do que a democracia popular. Assim, é a liberdade fundamental – pluralismo – e não “o povo” que se converte em ponto de referência para a constituição democrática. A sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos intérpretes da constituição em sentido amplo.⁴⁰⁸ Segundo Omar Maciel,

A lucidez da abordagem feita por HÄBERLE radica no fato de que o conceito “povo” refere-se a uma dessas expressões “gordas” que podem ser facilmente manipuláveis, as mais das vezes pelas maiorias eventuais, descomprometidas com um sentimento de pertença e com a abolição de toda sorte de exclusões ou discriminações.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴Uma possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional pode dissolver-se num grande número de interpretações e de intérpretes. Porém, uma vinculação limitada à constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita. *Ibid.*, p. 29-32.

⁴⁰⁵FERRAJOLI, 2001, *passim*.

⁴⁰⁶HÄBERLE, *op. cit.* p. 33.

⁴⁰⁷*Ibid.*, p. 36-37.

⁴⁰⁸*Ibid.*, p. 38-40.

⁴⁰⁹MACIEL, *op. cit.*, p. 6.

Friedrich Müller, no mesmo sentido, afirma que o núcleo da democracia está ancorado na idéia de uma determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo próprio povo. Segundo ele, diante da impossibilidade material do autogoverno, ambiciona-se ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base no debate amplo e aberto entre opiniões e interesses, com alternativas palpáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político.⁴¹⁰

4.3 Conseqüências para a hermenêutica constitucional jurídica

Na esteira do processo de ampliação dos intérpretes da constituição o juiz constitucional já não interpreta de forma isolada. A esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora. Desse modo, posteriormente, a corte constitucional haverá de interpretar a constituição em correspondência com a sua atualização pública.⁴¹¹ O processo constitucional formal, assevera Häberle, não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional. O raio da interpretação normativa amplia-se graças aos intérpretes da constituição da sociedade aberta. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potenciais e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.⁴¹²

A interpretação constitucional jurídica traduz a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade que constam do texto da constituição, que o antecedem ou subjazem a ele. A teoria de Häberle se propõe a alterar uma tendência existente na teoria da interpretação de sempre superestimar o significado do texto⁴¹³.

Com a ampliação do rol de intérpretes da constituição compete à corte constitucional controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da constituição, de forma que, na sua decisão, se leve em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo⁴¹⁴. Um *minus* de efetiva

⁴¹⁰MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000b. p. 57. Conferir também MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (Sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: RT, 2004.

⁴¹¹HÄBERLE, op. cit., p. 41.

⁴¹²Ibid., p. 41.

⁴¹³Essa discussão foi, *mutatis mutandi*, como já abordado neste trabalho, feita por Müller quando este questionou a confusão feita pelo positivismo jurídico ao tratar o texto da norma como sinônimo da própria norma. Ibid., p. 42-43.

⁴¹⁴Na Constituição brasileira de 1988, ampliou-se, sobremaneira, o rol de intérpretes da Constituição. Observa-se isso analisando, principalmente, o disposto no artigo 103 da Constituição Federal. Essa discussão será retomada, com mais vagar, no último capítulo. Enquanto na ordem constitucional

participação, salienta Häberle, deve levar a um *plus* de controle constitucional. Desse modo, a intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação⁴¹⁵.

Com a tese de Häberle da sociedade aberta amplia-se a própria comunidade de intérpretes da constituição. De um modo geral, as decisões constitucionais ocorrem dentro de um vasto espectro normativo, abrindo-se a uma multiplicidade de possibilidades interpretativas. Com isso, a ampliação da possibilidade de participação dos cidadãos no processo de interpretação da constituição tem a função de racionalizar e legitimar as decisões da corte constitucional. Conforme assevera Souza Neto, a necessidade de justificar as decisões judiciais “perante os demais participantes da interação comunicativa exige que se argumente com razoabilidade e reciprocidade.”⁴¹⁶ No último capítulo esse tema será retomado com mais atenção.

A teoria constitucional, para Häberle, não tem uma função exclusivamente harmonizadora: consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Dessa forma, o direito constitucional é um direito de conflito e compromisso. Com isso, coloca-se para a teoria constitucional a questão fundamental sobre a possibilidade de vincular normativamente as diferentes forças políticas, isto é, de apresentar-lhes bons métodos de interpretação.⁴¹⁷

Respondendo a questão atinente à pertinência ou não da constitucionalização de outros participantes do processo constitucional, Häberle sustenta que constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional procedimental. O processo político precisa ser aberto, devendo uma interpretação divergente ter oportunidade de ser sustentada em algum momento. O processo político é um processo de comunicação

anterior apenas o Procurador-Geral da República era legitimado para propositura da Ação Direita de Inconstitucionalidade, na nova Constituição, vários outros são os legitimados. Cf. PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2005, p.22.

⁴¹⁵HÄBERLE, op. cit. p. 46.

⁴¹⁶SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: _____ et al; **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 55-56.

⁴¹⁷HÄBERLE, op. cit., p. 51-53.

de todos para com todos, no qual a teoria constitucional deve tentar ser ouvida, encontrando um espaço próprio e assumindo sua função como instância crítica.⁴¹⁸

Em síntese, Häberle afirma que uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de democracia.⁴¹⁹

Uma jurisdição constitucional democrática e participativa é de grande valia para o direito alternativo, pois possibilita a concretização constitucional, fiscalizando e protegendo os valores constitucionalmente inscritos no texto da constituição, frutos, muitas vezes, de intensas lutas das camadas populares da sociedade. Com a ampliação da participação social no processo de interpretação constitucional aumentam-se as chances de que a Constituição tenha normatividade integral, de que ganhe concretude, condição necessária para a consolidação e amplificação do Estado Constitucional e Democrático de Direito no Brasil.

Reforça-se, ao final do presente capítulo, o que já foi mencionado anteriormente, isto é, que não se objetivou aqui uma abordagem exaustiva das teorias apresentadas, muito menos se defendeu que são apenas essas as possibilidades teóricas descortinadas pela teoria constitucional contemporânea ao direito alternativo. Não há como negar, por exemplo, a grande importância que a teoria dos princípios tem para a construção de uma dogmática jurídica emancipatória: o reconhecimento do caráter normativo dos princípios possibilitou um grande avanço à teoria constitucional, abrindo inúmeras possibilidades de trabalho aos juristas orgânicos.

Em um sistema constitucional de alta densidade principiológica como o brasileiro, trabalhar com teorias que sustentam o caráter normativo dos princípios é salutar. E para isso muito bem servem teorias como as desenvolvidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Embora haja inúmeras diferenças teóricas entre eles, defendem, grosso modo, que princípios e regras são espécies do gênero norma jurídica. Atesta-se, assim, o caráter normativo dos princípios, uma vez que, tanto quanto as regras, também são exemplos de normas jurídicas.

Apesar de não se ignorar a importância da normatividade dos princípios no cenário constitucional pátrio, optou-se por não abordá-la neste trabalho. Em

⁴¹⁸Ibid., p. 55.

⁴¹⁹Ibid., p. 49.

primeiro lugar, em virtude do recorte teórico escolhido; em segundo, pelo fato do tema já ser desenvolvido com bastante profundidade em muitos trabalhos acadêmicos. Para os interessados em aprofundar-se nessa discussão segue, em nota de roda-pé, algumas indicações que podem auxiliar no início dessa empreitada.⁴²⁰

Quanto às teorias aqui apresentadas, todas elas comportam possibilidades emancipatórias passíveis de exploração por um jurista orgânico, comprometido com a superação do estado de coisas vigente. É esse estado de coisas que naturaliza o enorme fosso social que separa as elites, inseridas em um frenético e insustentável padrão de consumo, da gama incomensurável de marginalizados, excluídos de qualquer direito de cidadania e que, geralmente, encontram na repressão policial o único contato com o aparato estatal.

Valer-se de um arcabouço teórico como o proposto, que traz elementos da realidade para dentro da interpretação constitucional, permite a utilização do espaço jurídico como concretizador das conquistas sociais, além de assegurar os preceitos mínimos de controlabilidade das decisões judiciais, exigência imperiosa em um estado constitucional de direito. Esvazia-se, por outro lado, parcela significativa das críticas feitas aos juristas orgânicos de serem contrários à lei, pois ancora o direito alternativo dentro do que há de mais elevado em termos legais e de dogmática jurídica: a Constituição Federal e a dogmática constitucional concretista.

⁴²⁰ALEXY, 1993, passim; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; CANOTILHO, 2006, passim; DWORKIN, 2002, passim; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo, (Orgs.). **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002; SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005b; SILVA, 2004, passim; SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, Principios, Derechos**. Madrid: Dykinson, 1998; TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003.

CAPITULO III - O JURISTA ORGÂNICO/ALTERNATIVISTA

Neste tópico inaugural do capítulo que fecha este trabalho serão abordados alguns aspectos da rica obra do pensador sardo Antonio Gramsci,⁴²¹ especialmente em suas conexões com o direito. Como mencionado no primeiro capítulo, Gramsci não se ocupa especificamente do direito, porém, há em seus trabalhos inúmeras passagens que podem auxiliar na ampliação da potencialidade emancipadora da crítica jurídica.

No primeiro capítulo, já foram exploradas as possibilidades emancipatórias abertas pelos conceitos gramscianos de hegemonia e bloco histórico. Vez agora de se reconstruir, sinteticamente, o conceito de intelectual orgânico, adaptando-o ao direito, o que permitirá tratar o jurista comprometido com a superação de um determinado bloco histórico como jurista orgânico.

1 O INTELLECTUAL TRADICIONAL E O INTELLECTUAL ORGÂNICO

Uma afirmação chave feita por Antonio Gramsci em sua obra é a de que todos os homens são intelectuais, embora nem todos ocupem funções intelectuais na sociedade. Desse modo, a distinção entre intelectuais e não-intelectuais não leva em consideração uma aptidão especial do sujeito, mas sim a função que a pessoa desempenha preponderantemente na sociedade. Não existem não-intelectuais, mas existem graus diversos de atividades intelectuais:

Em suma, todo homem, fora de sua profissão, desenvolve uma atividade intelectual qualquer, ou seja, é um 'filósofo, um artista, um homem de gosto, participa de uma concepção do mundo, possui uma linha consciente de conduta moral, contribui assim para manter ou para modificar uma concepção do mundo, isto é, para promover novas maneiras de pensar.'⁴²²

Rafael Damasceno sustenta que Gramsci amplia o conceito de intelectual para além da idéia geral, que normalmente só se refere aos 'grandes intelectuais'.

Intelectual aqui é qualquer elemento pensante e organizador de idéias, concepções, enfim, de cultura em sentido amplo. Gramsci denomina como '*intelectuais*' os agentes da superestrutura encarregados da difusão de ideologia; não constituem uma classe, mas um grupo ligado a diversas classes sociais.⁴²³ (grifo do autor).

⁴²¹Cf. CAUBET, op. cit., p. 349-377; COUTINHO, 1989, passim; MAESTRI, 2001, passim; PORTELLI, 1983, passim.

⁴²²GRAMSCI, Antonio. **Os Intelectuais e a organização da cultura**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989, p. 7-8.

⁴²³SILVA, 1995, passim.

No modelo defendido por Gramsci o intelectual não pode mais ser aquele cujas habilidades residam na eloqüência, chamada por ele de 'motor exterior e momentâneo dos afetos e das paixões', mas alguém que se suje da poeira da vida prática, atuando ativamente como construtor, organizador, 'persuasor permanente'. Deve ser também superior ao espírito matemático abstrato, elevando-se da técnica trabalho à técnica ciência e à concepção humanista histórica, condição obrigatória para que deixe o *status* de mero 'especialista' e chegue a 'dirigente', que é um especialista mais político.⁴²⁴

É com grande maestria que Gramsci aborda o papel do intelectual na organização cultural da sociedade. Uma de suas primeiras indagações é se os intelectuais constituem um grupo social autônomo e independente ou se cada grupo social possui sua categoria especializada de intelectuais?⁴²⁵ Para ele, o grupo social nascido em um determinado contexto de produção econômica necessita criar para si, de maneira orgânica, uma ou mais camadas de intelectuais que lhe darão homogeneidade e consciência de sua própria função nos planos econômico, social e político: os intelectuais orgânicos⁴²⁶.

Luciano Gruppi é enfático ao afirmar que os intelectuais não constituem um grupo social autônomo, pois são vinculados aos grupos sociais existentes, que os formam para se tornarem técnicos da produção. Além disso, eles emprestam à classe dominante economicamente a consciência de si mesma e de sua própria função social e política. Atribuem, dessa maneira, homogeneidade à classe dominante e à sua direção.⁴²⁷

Nesse diapasão, intelectual orgânico – no sentido de organismo que nasce numa nova circunstância – é aquele intelectual que surge a partir da perspectiva de nascimento desse novo grupo social, na maioria das vezes, como “pessoas especializadas em determinados setores”. Cada grupo social essencial, surgido a partir de uma estrutura econômica anterior e como expressão do

⁴²⁴GRAMSCI, 1989, p. 8.

⁴²⁵Para Rafael Damasceno “cada grupo social *essencial*, contudo, surgindo na história a partir da estrutura econômica anterior’ isto é, no caso, a burguesia, grupo *essencial* do bloco histórico capitalista, ‘(...) encontrou - pelo menos na história que se desenrolou até nossos dias - categorias intelectuais preexistentes”. É o que Gramsci denomina “intelectuais tradicionais”. Estes intelectuais são provenientes de diversos extratos sociais, mas tendem a ser cooptados às ideologias das classes fundamentais do modo de produção” SILVA, op. cit., 1995.

⁴²⁶GRAMSCI, op. cit., p. 7-9.

⁴²⁷GRUPPI, op. cit., p. 80.

desenvolvimento dessa estrutura, encontrou categorias intelectuais preexistentes, que continuaram no tempo, mesmo com todo o curso natural da história, moldada por ruptura, modificações e transformações. Esses intelectuais preexistentes, geralmente chamados de intelectuais *tradicionais*, se dizem independentes e autônomos do grupo social dominante,⁴²⁸ embora essa independência seja questionável.

Dessa maneira, a classificação de um intelectual como orgânico ou tradicional é feita considerando-se o bloco histórico ao qual está vinculado. Existem diversas categorias intelectuais formadas em conexão com todos os grupos sociais, principalmente com os grupos sociais mais importantes. Todo o grupo que almeja assumir o domínio tem como uma de suas mais marcantes características a luta pela assimilação e conquista ideológica dos intelectuais tradicionais, que será potencializada pela elaboração de seus próprios intelectuais orgânicos.⁴²⁹

Atesta Gruppi que em Gramsci os intelectuais são os quadros da classe dominante, cabendo-lhes a elaboração da ideologia. Atuam como os persuasores da classe dominante, os funcionários da hegemonia desta classe, os mediadores de consenso.⁴³⁰

Gramsci levanta a discussão acerca dos limites máximos da aceção do termo intelectual. A distinção entre intelectuais ancora-se no próprio sistema de relações em que as atividades se encontram, isto é, no próprio conjunto geral das relações sociais. Conforme mencionado no início, um operário, por exemplo, não se caracteriza apenas pelo trabalho manual ou instrumental, mas por exercer esse trabalho em determinadas condições e relações sociais; contudo, também há nele um mínimo de qualificação técnica, isto é, um mínimo de atividade intelectual criadora.

Para Antonio Gramsci, o ponto central da questão ora em apreço continua a ser a distinção entre intelectual como categoria orgânica de cada grupo social fundamental e intelectual como categoria tradicional.⁴³¹

Segundo Gruppi, no capitalismo industrial os intelectuais orgânicos são os técnicos e os cientistas ligados à produção, ou seja, à função central da economia capitalista. Todo grupo social ao se firmar no campo econômico deve elaborar a sua

⁴²⁸GRAMSCI, 1989, p. 7-9.

⁴²⁹Ibid, p. 8-9.

⁴³⁰GRUPPI, op. cit., p. 80.

⁴³¹GRAMSCI, op. cit., p. 16-17.

hegemonia política e cultural por meio de seus próprios quadros, de seus próprios intelectuais. Encontram, no entanto, simultaneamente, intelectuais formados pela estrutura econômica anterior, pela sociedade precedente: são os intelectuais tradicionais.⁴³²

A nova classe dominante, ao mesmo passo em que tenta formar seus próprios intelectuais orgânicos, esforça-se para assimilar os tradicionais, uma vez que o êxito dessa assimilação influencia na eficácia da expressão dos seus próprios intelectuais orgânicos. No capitalismo, os intelectuais orgânicos têm uma relação mais estreita com a produção, enquanto os tradicionais têm uma relação mais mediatizada, possuindo, contudo, mais do que os orgânicos, uma função de mediação política.⁴³³

A escola é o instrumento de trabalho utilizado para a formação de intelectuais de diferentes níveis. Formam-se, desse modo, categorias intelectuais em conexão com todos os grupos sociais, em especial com os grupos sociais mais importantes. Todo o grupo que assumir o domínio tem como uma de suas mais marcantes características a luta pela assimilação e conquista ideológica dos intelectuais tradicionais, que será potencializada pela elaboração de seus próprios intelectuais orgânicos.⁴³⁴

Segundo Gramsci,

“a relação entre os intelectuais e o mundo da produção não é imediata, como é o caso nos grupos sociais fundamentais, mas é 'mediatizada', em diversos graus, por todo o contexto social, pelo conjunto das superestruturas, do qual os intelectuais são precisamente os funcionários.”⁴³⁵

Nesse sentido, continua, é possível fixar dois planos superestruturais: o primeiro deles é a sociedade civil – conjunto dos organismos privados –, que corresponde à função de hegemonia exercida pelo grupo dominante em toda a sociedade; o segundo é a sociedade política – ou Estado –, que corresponde à função de domínio direto ou de comando que se expressa no Estado ou no governo jurídico. Os intelectuais são os comissários do grupo dominante que exercerão as funções subalternas de hegemonia social e governo político, isto é, são os responsáveis pelo consenso espontâneo dado pelas grandes massas ao grupo

⁴³²GRUPPI, op. cit., p. 80-81.

⁴³³Ibid., p. 80-81.

⁴³⁴GRAMSCI, op. cit., p. 8-9.

⁴³⁵Ibid., p. 10.

dominante, em virtude do prestígio que obtém como reflexo de sua posição e função no mundo produtivo. Além disso, cuidam do aparato de coerção que assegura 'legalmente' a disciplina dos grupos que não consentem.⁴³⁶

Gramsci era consciente de que essa definição amplia muito o conceito de intelectual, no entanto, defendia a sua necessidade, por ser a que mais se aproxima da realidade concreta. Para ele, a atividade intelectual deve ser diferenciada em graus: estão no mais alto grau os criadores da ciência, da filosofia e da arte; no mais baixo encontram-se os 'administradores' e divulgadores mais modestos da riqueza intelectual já existente, tradicional, acumulada.⁴³⁷

Segundo Gramsci, em todo país em que houve câmbio do bloco histórico existiram tendências que entraram em consonância e outras que se sobrepuseram. Como exemplo, cita-se a França, onde graças à prevalência dos intelectuais orgânicos que surgiram da Revolução de 1789 se buscou transcender os valores anteriores e criar subsídios para a construção de uma sólida base nacional. Diverso, no entanto, é o caso da Inglaterra e da Alemanha, países em que se verificou a sobreposição dos intelectuais tradicionais, contribuindo para uma onda de conservadorismo e monopólio. Na Rússia, por sua vez, as forças intelectuais eram inertes, passivas e apáticas, verdadeiros empecilhos ao avanço e mobilização do conhecimento. Nos Estados Unidos, em certa medida, percebia-se a ausência de intelectuais tradicionais, a existência de intelectualidade ativa e um número surpreendente de intelectuais negros. Estes poderiam exercer até uma influência sobre as massas atrasadas na África, no sentido de fortalecer o sentimento de identidade e reforçar os laços contestatórios e reivindicatórios do povo negro africano.⁴³⁸

Gramsci, em suas análises, detectou o abismo existente entre o povo e o discurso intelectual, *in verbis*:

De qualquer modo, existe uma fratura entre o povo e os intelectuais, entre o povo e a cultura. Os livros religiosos (também) são escritos em latim médio, de modo que mesmo as discussões religiosas escapam ao povo, se bem que a religião seja o elemento cultural que prevalece: da religião o povo real vê os ritos e sente as prédicas exortativas, mas não pode acompanhar as discussões e os desenvolvimentos ideológicos, que são monopólio de uma casta.⁴³⁹

⁴³⁶GRAMSCI, op. cit., p. 10-11.

⁴³⁷Ibid., p. 10-12.

⁴³⁸Ibid., p. 19-22.

⁴³⁹Ibid., p. 26.

Há nessa passagem uma nítida crítica do pensador sardo ao distanciamento entre os intelectuais e o povo, bem como do monopólio do saber exercido por aqueles.⁴⁴⁰ Até 1250 a população italiana não compreendia os livros e não tinha subsídios para participar do mundo da cultura, mas depois desse ano o povo ganhou importância e, conseqüentemente, as línguas vulgares tiveram um período ascendente com forte resistência dos doutos italianos, chegando até a ter uma vitória sobre o latim.⁴⁴¹

Fica patente, portanto, que para o autor em comento o intelectual deve se impregnar de mundanidade, sair da clausura de seu gabinete, de sua torre de marfim e se aproximar do povo e de seus problemas concretos.

Levando a discussão para uma seara mais revolucionária, Gramsci ressalta o valor do movimento socialista como grupo de intelectuais inteiros e sua forte influência junto à juventude. Havia uma grande simpatia entre a juventude e o operariado, chegando esse a ser liderado por parcelas da juventude; contudo, nos momentos de crises históricas os jovens retornavam às suas origens.⁴⁴²

Para Maliska, o intelectual orgânico tem na relação com a classe revolucionária a fonte de um pensamento comum. É uma relação que visa melhor defender a nova concepção do mundo de que é portadora a classe revolucionária ascendente. A missão do intelectual orgânico é empreender e realizar a reforma intelectual e moral que leva toda a massa a ascender ao *status* de intelectual, rompendo com a subordinação do povo à cultura tradicional e reconciliando-o com a sua própria cultura. A filosofia da práxis só pode ser concebida como um combate permanente, que torne ideologicamente homogêneo o senso comum.⁴⁴³

Ainda fazendo um resgate histórico do papel do intelectual, tem-se que a importância dos intelectuais não se deu somente na ciência política, mas em toda concepção de vida espiritual e cultural. Uma breve síntese das modificações

⁴⁴⁰Ainda em sua análise sobre o papel dos intelectuais na cultura, Antonio Gramsci nos brinda com interessante análise sobre a relação do clero com os intelectuais. A Igreja Católica sempre quis manter seu domínio, mas para isso teve que usar mecanismos que dessem sustentabilidade a esse domínio e, de certo modo, o perpetuassem. Contudo, com o *Risorgimento* deu-se uma intensa luta entre Estado e Igreja; esta, na necessidade de defesa de sua independência, buscou a Itália cada vez mais como base de sua supremacia, e os italianos como o pessoal de seu aparelho organizativo. Na Itália, a Igreja busca sempre o universalismo, nacionalizando seu pessoal dirigente e assim reforça a função histórica da Itália como sede do papado. *Ibid.*, p. 46-47.

⁴⁴¹*Ibid.*, p. 26-27.

⁴⁴²GRAMSCI, op. cit., p. 49.

⁴⁴³MALISKA, Marcos Augusto. Os operadores jurídicos enquanto intelectuais orgânicos. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.). **Gramsci**: Estado, Direito e Sociedade. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995, p. 85-86.

propiciadas no pensamento a partir das contribuições de Hegel, trazida à colação por Gramsci, ajuda a esclarecer melhor o assunto:

Com Hegel, começa-se a não mais pensar segundo as castas ou os 'estados', mas segundo o 'Estado', cuja 'aristocracia' são precisamente os intelectuais. A concepção "patrimonial" do Estado (que é o modo de pensar por 'castas') é, de imediato, a concepção que Hegel deve destruir (polêmicas irônicas e sarcásticas contra Von Haller). Sem essa 'valorização' dos intelectuais feita por Hegel não se compreende nada (historicamente) do idealismo moderno e de suas raízes sociais.⁴⁴⁴

Ao analisar as modificações orgânicas que estavam ocorrendo na cultura inglesa Gramsci detectou, já em seu tempo, um fenômeno que ganhou muita força na contemporaneidade, que é o da priorização na formação educacional de uma orientação eminentemente técnica e científica, em detrimento de uma cultura humanística.⁴⁴⁵ A modificação foi tão intensa que os próprios jovens das classes cultas consideraram os estudos clássicos como uma estérea perda de tempo. Essa tendência de esvaziamento humanístico é um fenômeno mundial.⁴⁴⁶

Na civilização moderna, todas as atividades práticas se tornaram complexas a ponto de estarem sempre necessitando da criação de escolas para formar intelectuais de nível mais elevado para lecionarem nessas mesmas escolas.⁴⁴⁷

A proposta de Gramsci para a superação dessa crise seria a implantação de uma escola única, de cultura geral, humanista, formativa, que estivesse num equilíbrio correto entre o trabalho manual e o trabalho intelectual. Vislumbra-se aqui uma quebra na mitológica cisão entre teoria e prática, muito presente no discurso jurídico dominante.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴GRAMSCI, op. cit., p. 53.

⁴⁴⁵"Na Inglaterra, até todo o século passado, poder-se-ia quase dizer que, até a Guerra Mundial, a finalidade educativa mais alta que as melhores escolas se propunham era a de formar o *gentleman*; indica uma pessoa que tenha não só boas maneiras, mas que possua um sentido de equilíbrio, um domínio seguro de si mesma, uma disciplina moral que lhe permita subordinar voluntariamente seu próprio interesse egoísta aos interesses mais vastos da sociedade em que vive. O gentleman, portanto, é a pessoa culta, no significado mais nobre do termo, se por cultura entendermos não simplesmente riqueza de conhecimentos intelectuais, mas capacidade de realizar o próprio dever e de compreender seus semelhantes, respeitando todo princípio, toda opinião, toda fé que seja sinceramente professada". GRAMSCI, op. cit., p. 83.

⁴⁴⁶Esse fascínio pela formação técnica em detrimento de uma formação humanística pode ser explicado, em parte, pelos próprios avanços vislumbrados nas ciências da natureza nessa época. É um momento histórico de avanços científicos notáveis, o que, sem dúvidas, influenciou todo o processo de produção cultural. Ibid., p. 84-85.

⁴⁴⁷Ibid., p. 109.

⁴⁴⁸Em Gramsci, a escola unitária ou de formação humanista (num sentido amplo), tem como proposta inserir os jovens na atividade social (depois de certo grau de maturidade e capacidade), levá-los a serem seres pensantes e dotados de autonomia na orientação e na iniciativa de suas ações. O Estado, nessa escola unitária, se faria presente na função educacional como meio de torná-la pública

Para Gramsci, sem dúvidas, o papel que deveria ser desempenhado pela escola é o de formadora de sujeitos autônomos, capazes de pensar por si:

Descobrir por si mesmo uma verdade, sem sugestões e ajudas exteriores, é criação (mesmo que a verdade seja velha) e demonstra a posse do método; indica que, de qualquer modo, entrou-se na fase de maturidade intelectual na qual se podem descobrir verdades novas.⁴⁴⁹

As academias, símbolos da divisão entre a alta cultura e a vida, entre os intelectuais e o povo, deveriam ser a organização cultural dos elementos que, após passarem pela escola unitária, galgariam o trabalho profissional, firmando-se como um espaço de interação entre estes e os universitários⁴⁵⁰.

Nesse contexto profissional, seus trabalhadores abandonariam a passividade intelectual e buscariam maior engajamento coletivo, por meio de institutos especializados em todos os ramos de investigação e trabalho científico, dando ensejo à difusão e concretização de qualquer forma de atividade cultural que pretendam empreender. Deve-se também criar mecanismos para selecionar e desenvolver as capacidades individuais da massa popular, que hoje são sacrificadas, negligenciadas e se perdem em erros e tentativas que não surtem efeito.⁴⁵¹

Ao tratar do estudo, Gramsci enfatiza ser este um trabalho árduo e fatigante, não só muscular-nervoso, como também intelectual, recheado de esforço, adaptação, aborrecimento e sofrimento. Analisando o papel das universidades ressaltou que em virtude de serem centros de irradiação de pensamentos, elas têm

e acessível a todas as gerações, sem divisão de grupos ou castas. A última fase da escola unitária seria prioritária e decisiva porque se daria ênfase à criação dos valores fundamentais do humanismo, autodisciplina intelectual e a autonomia moral necessárias a uma posterior especialização, seja ela de cunho científico ou prático-produtivo. Nessa fase se daria o estudo e o aprendizado dos métodos criativos na ciência e na vida, deixando de ser monopólio das universidades ou deixados ao acaso. Desse modo se alimenta tanto a idéia de escola ativa como de escola criadora. Aquela como elemento contrastante e repudiante da escola mecânica e passiva; já a escola criadora, não no sentido de ser uma escola de “inventores e descobridores” com um “programa” predeterminado que obrigue à inovação e à originalidade a todo custo, mas que tenha em seu bojo um método de investigação e de conhecimento concisos. *Ibid.*, p. 110-113.

⁴⁴⁹GRAMSCI, op. cit., p. 115-116.

⁴⁵⁰Lembra-se aqui que para Gramsci academia e universidade não são palavras sinônimas, ambas representando instituições distintas.

⁴⁵¹A consciência da criança não é algo “individual”, mas é o reflexo das relações sociais nas quais está inserida. Portanto ela não pode ser um mero recipiente mecânico que absorva os ensinamentos passados pelo corpo docente. Um professor medíocre pode conseguir que os alunos se tornem mais instruídos, mas não conseguirá que sejam mais cultos; esse tipo de docente só passara a parte mecânica da escola – as datas, as definições, etc. –, ignorando a parte problematizadora – um julgamento, uma análise estética, filosófica. O discente não pode cair na passividade, pelo contrário, a escola e a vida têm que estar em plena conexão e interação, e umbilicalmente ligadas de maneira que a consciência ativa seja a mola propulsora para o desenvolvimento moral e intelectual do aluno. *Ibid.*, p. 116-122.

a tarefa de educar seus cérebros para pensarem de modo claro, seguro e pessoal, libertando-os de toda influência tendenciosa, aparente e camuflada de idéias obscuras e falsas. A universidade deve prezar por uma disciplina que norteie a formação intelectual no sentido de relacionar todo conhecimento novo com os que já possuem e integrá-los em conjunto, aceitando os princípios como centro de pensamento. É partindo desses pressupostos que se construirá uma faculdade crítica, que dê sustentabilidade a não recepção de argumentos e idéias falaciosas e enganadoras.⁴⁵²

Em suma, para bem cumprir o seu papel de defesa da nova concepção de mundo apresentada pela classe revolucionária, faz-se necessário que o intelectual orgânico empreenda e realize a reforma intelectual e moral que leva toda a massa a ascender ao status de intelectual, rompendo com a subordinação do povo à cultura tradicional e reconciliando-o com a sua própria cultura. Para isso, são imprescindíveis as escolas e as universidades, formadoras de um senso crítico capaz de abrir caminhos para essa reconciliação. A filosofia da práxis só pode ser concebida como um combate permanente, que torne ideologicamente homogêneo o senso comum.⁴⁵³

1.1 O jurista orgânico e o jurista tradicional

Feitas as considerações iniciais acerca do conceito *gramsciano* de intelectual orgânico, parte-se agora para uma tentativa de transposição deste conceito para o ambiente jurídico, mais especificamente para o jurista comprometido com a superação do *status quo*. Com isso, chega-se à idéia de jurista orgânico, que será estudado neste tópico, em especial por meio de sua distinção do chamado jurista tradicional.

Em regra, o jurista tradicional é o jurista normativista, que trabalha o direito tendo como pano de fundo as mitologias jurídicas criadas na modernidade pelo positivismo, tais como: a idéia de que é possível a neutralidade axiológica do método e do intérprete; a redução do direito à lei; a transposição do método de trabalho das ciências da natureza para as ciências humanas; a separação completa

⁴⁵²GRAMSCI, op. cit., p.116-122.

⁴⁵³MALISKA, Marcos Augusto. Os operadores jurídicos enquanto intelectuais orgânicos. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.). **Gramsci**: Estado, Direito e Sociedade. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995, p. 85-86.

entre direito e moral, bem como um deturpado apego à segurança jurídica, desculpa de última hora para sustentar qualquer decisão conservadora, negadora de direitos às classes espoliadas, mesmo que constitucionalmente positivados.

Barroso, ao tratar do modelo positivista, teceu considerações merecedoras de literal transcrição:

Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um *dever-se* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se.⁴⁵⁴

Azevedo, ao tratar do jurista tradicional, destacou:

Preso a uma camisa-de-força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que neles se exprime, esse juiz servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica.⁴⁵⁵

No mesmo sentido são as palavras de Alexandre Rosa:

O jurista tradicional, vinculado que está ao positivismo rasteiro, informado por apropriação aparentemente despolitizada de Max Weber, acaba manifestando-se como um jurista 'autista', longe do mundo da vida, agarrado na segurança do mundo lógico e crente – porque só pode ser fé – que cumpre o seu papel de dizer o Direito. Esse *jurista* (sic) geléia geral acaba, portanto não dizendo o Direito, mas o que mandam que diga: é incapaz de pensar, pasteurizado de valores, é o *jurista papagueador*.⁴⁵⁶ (grifo do autor).

Em síntese, o jurista tradicional orgulha-se de ser um cumpridor eficaz das leis, porém, em muitos casos, dá primazia a textos de normas infranconstitucionais em detrimento de textos de normas constitucionais; apresenta-se como neutro, quando há muito já foi superada no plano gnoseológico a possibilidade de neutralidade axiológica do método e do intérprete. Desse modo, quando se propagandeia neutro, mostra-se como eficaz agente mantenedor do *status quo*. Como bem assevera Amilton Carvalho

[...] a justiça neutra, aquela que procura colocar o conflito na conceituação do justo já preexistente e não a que é buscada em função do litígio, só

⁴⁵⁴BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 1, n. 1, 2001.

⁴⁵⁵AZEVEDO, op. cit., p. 25.

⁴⁵⁶ROSA, op. cit., p. 70-71.

serve para favorecer os fortes, os que são intelectualmente donos da definição pré-concebida do que é ou não justo, é a justiça dos dominadores que pretende colocar o mundo a seu serviço. Esconde, pois, a opção pelos fortes.⁴⁵⁷

Essa crítica, já detalhada no primeiro capítulo, é reforçada por Dalmo Dallari, que rechaça a possibilidade de neutralidade axiológica do intérprete, sustentando que

a neutralidade jurídica é uma quimera. Todo Direito, por sua própria condição, está inspirado numa ideologia política, à qual serve, como ferramenta jurídica do sistema. Mesmo os intentos jurídicos 'puristas' teorizados em abstrato se inserem num contexto estatal determinado, onde a racionalidade normativa fica à mercê da circunstancialidade política.⁴⁵⁸

Na mesma esteira, Griffith defende que o juiz não pode ser neutro, pois não há neutralidade ideológica, exceto quando ela se manifesta como apatia, irracionalismo ou decadência do pensamento. Posturas como essas são reprováveis quando assumidas pelos cidadãos em geral e mais fortemente ainda quando adotadas por juízes. Nem a imparcialidade nem a independência pressupõem a neutralidade. "Os juízes são parte do sistema de autoridade dentro do Estado e como tais não podem evitar serem parte do processo de decisão política. O que importa é saber sobre quês bases são tomadas essas decisões."⁴⁵⁹

Bastante diversa é a atuação do jurista orgânico. Segundo Maliska, os trabalhadores jurídicos preocupados com a negação do bloco histórico dominante e com a construção de uma alternativa democrática não são meros técnicos, mas agentes conscientes do seu papel na sociedade⁴⁶⁰.

Ainda de acordo com ele, Gramsci pode auxiliar muito no estudo crítico do direito. O jurista não deve ser mero reproduzidor do saber, mas romper com as tradições e auxiliar o seu povo na busca pela emancipação social, política e econômica, fazendo do direito um instrumento de justiça e progresso social⁴⁶¹.

Edmundo Arruda, tratando dos possíveis locais de luta na sociedade, afirma residir na sociedade civil o principal *locus* organizador das lutas políticas das classes espoliadas, pois constitui

⁴⁵⁷CARVALHO, Amilton Bueno. **Magistratura e Direito Alternativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 41.

⁴⁵⁸DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 96.

⁴⁵⁹GRIFFITH, J.A.G. **Giudici e política**, p. 191 apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: RT, 1995, p. 92.

⁴⁶⁰MALISKA, op. cit., p. 74.

⁴⁶¹Ibid., p.94.

[...] terreno fértil à intervenção ampla dos operadores jurídicos, considerados enquanto técnicos e cidadãos. Ressaltamos também residir no terreno do estado (sociedade política num sentido mais restrito) um espaço sensível à luta política, como bem completou Poulantzas a Gramsci.⁴⁶²

O alternativista é um jurista orgânico, pois se vale do direito como *front* na guerra de posição travada em prol da construção de um bloco histórico comprometido com a concretização dos direitos sonegados às classes espoliadas e com a construção de uma sociedade mais fraterna e solidária, na qual o “ser” prevaleça sobre o “ter”.

Para Andrade, sob o viés da guerra de posição, a atuação alternativista leva à politização do cotidiano jurídico, não permitindo que a prática jurídica se distancie dos problemas sociais. Desse modo, mesclam-se o mundo jurídico com o da sociedade civil, propiciando a salutar interação dialética entre ser e dever ser, entre faticidade e normatividade.⁴⁶³

Andrade assevera que os juristas alternativos estão tentando transformar um dos mais eficazes aparelhos ideológicos e repressivos do Estado, o Judiciário, num mecanismo que contribua com a construção da emancipação e da democracia. Com isso, tenta-se retirar o direito do isolamento em que foi colocado pelo normativismo, *sujando-o* novamente, devolvendo-lhe as *impurezas* que foram retiradas pela teoria pura. A articulação entre o direito alternativo e outros movimentos sociais é uma forma de mundanizar o direito e acentuar o seu caráter emancipador, objetivando-se a construção de uma hegemonia alternativa mais estruturada.⁴⁶⁴

Essa articulação, que já esteve mais consolidada, precisa ser retomada, superando-se as suas deficiências. De um lado, é importante que os alternativistas compreendam que o direito deve ser utilizado para potencializar as lutas sociais e não como forma de contê-las; de outra parte, é necessário que alguns movimentos sociais superem a visão da ortodoxia marxista, já abordada no primeiro capítulo, que considera o direito tão-somente como um instrumento de dominação, não vislumbrando nele qualquer possibilidade emancipatória.

⁴⁶²ARRUDA JR, Edmundo Lima. Operadores jurídicos e mudança social: sentidos comuns, novo sentido e outros consensos (Gramsci e o Direito Alternativo), In. **Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidade Autónoma de México, 1995, p. 4.

⁴⁶³ANDRADE, 1995, p. 130-131.

⁴⁶⁴Ibid., 132-133.

Ledio Andrade salienta que a luta alternativista é pela construção de um novo bloco histórico, não em termos dogmáticos, doutrinários, mas num processo dialético, imprevisível e cheio de incógnitas, no qual “os cidadãos possam fazer sua própria história.”⁴⁶⁵

Dialogando com os alternativistas sobre a própria práxis alternativista, Edmundo Arruda Junior sustenta que:

Diferentemente dos operadores jurídicos que se filiam mais ortodoxamente aos postulados teóricos da análise sistêmica, calando-se sobre seus *lugares da fala*, bem como sobre *as conseqüências de seus discursos*, ou melhor, de seus “silêncios”, *devemos deixar claro nosso propósito. Não havendo fala inocente, nem tampouco rigor analítico que legitime uma presumida verdade encontrada no alto do mirante da ciência, nosso discurso, como todo discurso expressa dado saber com implicações imediatas e mediatas com o poder (negado ou a se conquistar).*⁴⁶⁶ (grifo do autor).

Para Arruda, a construção de um novo senso crítico acontece

no choque desconstrutivo com os sentidos comuns que dão organicidade ao status quo jurídico e reforçam a hegemonia dominante. Este primeiro movimento, imprescindível, todavia restará insuficiente se, paralelamente à desconstrução do velho não se der a construção (teórica) do novo (segundo momento).⁴⁶⁷

Na hercúlea tarefa de construção deste novo senso crítico, a primeira parte já foi muito bem desenvolvida pela crítica jurídica; compete agora ao direito alternativo ir além, auxiliando na construção de uma dogmática jurídica emancipatória, pautada na prática heterodoxa de diversas teorias, que não são fins em si mesmas, mas instrumentos para a concretização do novo bloco histórico e para a implementação dos conteúdos emancipatórios já positivados no direito vigente.

Existem vários questionamentos e dúvidas sobre o real alcance da guerra de posição no judiciário, em especial sobre a possibilidade de se alcançar hegemonia crítica entre os juristas, tradicionalmente mais conservadores. Contudo, como salienta Andrade, esse é um debate estéril, pois, independentemente das dúvidas e questionamentos, não é possível ignorar que há juristas críticos atuando efetivamente no cenário jurídico brasileiro. Esses trabalhadores, por sua vez, necessitam não só compreender as mudanças, como ter ferramentas teóricas para agir em suas atividades laborais. Trata-se, sustenta Andrade, “da inserção dos

⁴⁶⁵ ANDRADE, 1995, p.132.

⁴⁶⁶ ARRUDA JUNIOR, 1995, p. 3.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 4.

juristas nas práticas de cidadania, cuja colaboração com o povo possibilitará a reconstrução de outra direção de seu destino, transformando-o em autor de sua história”.⁴⁶⁸

Segundo Edmundo Arruda Jr., “[...] a construção da juridicidade alternativa passa pela ampliação dos níveis de participação democrática”. Essa participação deve envolver os movimentos sociais, magistrados, promotores de justiça⁴⁶⁹, procuradores da república, defensores públicos, professores, estudantes, assessorias jurídicas populares⁴⁷⁰, movimento estudantil, sindical, etc.⁴⁷¹

Para Arruda Jr., a julgar pela repulsa dos juristas tradicionais ao direito alternativo, algo acontece na seara jurídica, “[...] tribuna dos ventríloquos de todo poder estabelecido, revoltados com o fim de seus discursos monológicos e com suas verdades absolutas, a começar pela simples e fácil identificação de Direito e Lei.”⁴⁷²

Resgatando a célebre passagem da obra de Gramsci, já abordada neste trabalho, na qual o pensador sardo sustenta que todos os homens são filósofos, embora nem todos pratiquem a filosofia, Ledio Andrade sustenta, citando Valentino Guerratana, que

“os juristas alternativos procuram praticá-la, e de maneira democrática, pois ‘filósofo democrático é o filósofo que quer modificar o *ambiente cultural* do qual forma parte, mas aceita, ao mesmo tempo, ser modificado por este ambiente que *atua como maestro* porque lhe obriga a uma contínua autocrítica.”⁴⁷³ (grifo do autor).

O jurista orgânico, portanto, afigura-se como um jurista comprometido

⁴⁶⁸ ANDRADE, 1995, p. 133.

⁴⁶⁹ Sobre o papel de orgânico que pode ser desempenhado pelos membros do Ministério Público, Antonio Alberto Machado e Marcelo Pedroso Goulart, enfatizam com maestria: “Atuar comunitariamente na organização e conscientização da sociedade civil, colaborando na formação de organismos de base e difundindo os valores democráticos, sobretudo no que tange ao campo dos direitos humanos e sociais. Questionar os padrões de efetividade do ordenamento jurídico, denunciando a distância existente entre a igualdade jurídico-formal e as desigualdades sócio-econômicas. Utilizar o novo instrumental jurídico que está à sua disposição para, na defesa dos interesses coletivos e difusos, abrir espaços de participação no Judiciário, órgão do aparelho repressivo do Estado, reproduzidor da ideologia da classe dominante, transformando-o ‘num *locus* político privilegiado como arena de luta, confronto e negociação de interesses’, contribuindo, dessa forma, para a gradativa absorção do Judiciário pela sociedade civil e alargando o acesso à justiça”. (grifo do autor). MACHADO, Antonio Alberto; GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 34-35.

⁴⁷⁰ Sobre assessoria jurídica popular, conferir: LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. 2005. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

⁴⁷¹ ARRUDA JR, Edmundo Lima de. Gramsci e o Direito: reflexões sobre novas juridicidades. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.). **Gramsci: Estado, Direito e Sociedade**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995, p. 38.

⁴⁷² Ibid., p. 38.

⁴⁷³ ANDRADE, op. cit. p. 133.

com a transformação do estado de coisas que relega as classes sociais espoliadas a condições subumanas. É um profissional do direito de outra estirpe, que utiliza o conhecimento jurídico como arma em favor da emancipação das classes oprimidas.

A formação desse profissional exige um ensino jurídico diferenciado, que transcenda o reducionismo simplista do normativismo legalista, um ensino que reaproxime o direito da justiça e da realidade, potencializando as possibilidades emancipatórias latentes no direito positivo. O jurista orgânico faz de sua profissão uma trincheira de lutas em prol da superação do bloco histórico atual e aponta, utopicamente, para a construção de um novo bloco histórico.

2 O DIREITO ALTERNATIVO COMO PRÁTICA JURÍDICA CONSTITUINTE

2.1 Direito alternativo: a retomada crítica da dogmática jurídica

Como já mencionado, defende-se neste trabalho que o direito alternativo se caracteriza pela prática de diversas teorias. No capítulo anterior destacou-se, dentre as diferentes teorias utilizadas pelos alternativistas em suas lides cotidianas, alguns elementos da teoria constitucional. Em um Estado como o brasileiro, no qual as promessas da modernidade, nos dizeres de Streck, ainda não foram cumpridas, estruturado por uma Constituição compromissória, analítica e principiológica, a utilização de ferramentas constitucionais como as assinaladas é imprescindível. Em virtude disso, no presente tópico, o direito alternativo será abordado como uma prática jurídica constituinte, como um resgate crítico da dogmática do direito constitucional, com vistas à concretização integral da Constituição Federal de 1988.

Clèmerson Clève sustenta que o direito alternativo se diferencia da teoria crítica do direito na medida em que esta, eminentemente acadêmica, ocupava-se em desmistificar o fenômeno jurídico através de novos deslocamentos epistemológicos, ou seja, preocupava-se com a desconstrução. O direito alternativo, por sua vez, vale-se dessa experiência, mas quer ir além. Não lhe basta a crítica ao direito posto, nem tampouco o título de baluarte do discurso denúncia; almeja, isso sim, colaborar efetivamente para a construção de um novo direito. Por tudo isso é que ele representa um *plus* em relação à teoria crítica. O jurista crítico acreditava na mudança social unicamente por meio da política, quadro que começa a se alterar

quando se reconhece que o trabalhador jurídico desempenha importante papel na consolidação de posições renovadas das classes populares.⁴⁷⁴

Avançando, Clève distingue dogmatismo de dogmática jurídica, sustentando ser esta a ferramenta de trabalho do jurista para intervenção no mundo jurídico, enquanto aquele representa o apego preconceituoso e irrefletido a dogmas.⁴⁷⁵

Dessa maneira, a dogmática jurídica configura-se como “o resultado da práxis jurídica contemporânea, sendo a manifestação instrumental necessária e indispensável para a atividade de aplicação do direito ao caso concreto⁴⁷⁶”.

Afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior que:

Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. Nesse sentido, ela, ao mesmo tempo, funciona como um agente pedagógico – junto a estudantes, advogados, juízes, etc. – que institucionaliza a tradição jurídica, e como um agente social que cria uma ‘realidade’ consensual a respeito do direito, na medida em que seus corpos doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção.⁴⁷⁷

Nessa esteira de construção de uma dogmática jurídica crítica, Clève delinea o conceito de dogmática constitucional emancipatória, afirmando que:

Na moderna concepção do direito constitucional desenvolveu-se uma renovada linha doutrinária conhecida como *dogmática constitucional emancipatória*, tendo, esta vertente, o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira. O foco desta dogmática não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. Esta dogmática distingue-se da primeira, pois não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, em alto e bom som, que o direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na

⁴⁷⁴CLÈVE, 1995, p. 37.

⁴⁷⁵Ibid., p. 37. Segundo Manuel Atienza, “A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”. ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. 3. ed. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p. 19.

⁴⁷⁶CLÈVE, Clèmerson Merlin. Uso alternativo do Direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima. **Lições de Direito alternativo**. Volume I, São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 111.

⁴⁷⁷FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. Sao Paulo: Atlas, 2003. p. 85.

transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial.⁴⁷⁸

Dentro dessa perspectiva, Clève provoca os juristas críticos, enfatizando não bastar o discurso denúncia de amigo das classes populares: é necessário sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, colaborando para a construção de uma dogmática emancipatória, que permita lutar ombro a ombro com as forças conservadoras, no lugar em que elas imperam.⁴⁷⁹

É nesse contexto que o citado autor critica o uso do termo “positivismo de combate”, já que a retomada da dogmática pressupõe um pensamento novo, distante dos mitológicos postulados do positivismo – neutralidade, imparcialidade, etc.. Para a nova dogmática o direito positivo é um fenômeno datado, processual e relacional, em constante evolução, que não é dado, mas construído a partir do movimento dialético da história e cuja concretização sofre a importante contribuição do jurista. “O jurista participa do processo de recriação do direito, assim como o cientista, ensina Bachelard, participa do processo de construção do seu objeto”. A construção desta nova dogmática jurídica, de viés emancipador, desafia um esforço interdisciplinar, no qual a redescoberta da constituição pode representar um significativo avanço.⁴⁸⁰

Assevera Clève que o direito não é um dado, mas um processo. O jurista participa ativamente desse processo de criação do direito, pois quando apreende o direito ele o faz a partir de suas perspectivas ideológicas, políticas e científicas. Até Kelsen admitia isso, mas os positivistas brasileiros são mais *kelsenianos* que o próprio Kelsen.⁴⁸¹

Em virtude da baixa densidade normativa e do elevado grau de abstração de seus preceitos, é grande a criatividade permitida no direito constitucional. Vista como um sistema aberto, a constituição comunica-se com o mundo fático,

⁴⁷⁸CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, jul/dez 2003, p.18. Disponível em: <www.unibrasil.com.br>. Acesso em: 23 jan. 2005.

⁴⁷⁹CLÈVE, 1995, p. 37-38.

⁴⁸⁰Ibid., p. 38.

⁴⁸¹Ibid., p. 50. Sobre a Interpretação na Teoria Pura do Direito conferir: KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, especialmente o capítulo VIII; REIS, Isaac. **Interpretação na Teoria Pura do Direito**. Seqüência, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, n.45, p.11-30, dez.2002; LUZ, Vladimir de Carvalho. **A Invisibilidade da Crítica Kelseniana Sobre os Limites da Dogmática Jurídica: Um Senso Comum Teórico Ainda Não Desvelado?** Cadernos UNDB, Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, São Luís, n.1, p. 11-37, 2006.

aprendendo com ele e interagindo com os signos mutacionais oferecidos pela realidade. Por isso a constituição comporta a mutação constitucional, que permite a alteração na correlação de forças dinamizadora das várias instâncias da formação social. Essa é, para Clève, a válvula de oxigenação do direito positivo e o canal legitimador da atuação do jurista criador e criativo.⁴⁸²

Também conectando o discurso alternativista com o constitucionalista, Modesto Saavedra, professor da Universidade de Granada, na Espanha, compara o uso alternativo do direito europeu com o direito alternativo latino-americano, tendo como pano de fundo o Estado Constitucional. O autor aponta como causa principal do declínio do uso alternativo do direito (UAD) a “modificação do clima ideológico produzido pela crise da esquerda marxista, e o abandono e marginalização do projeto político baseado na luta de classes e tendente à transformação radical da sociedade capitalista.” Contudo, afirma que os pressupostos do UAD não só continuam válidos, como também já fazem parte do patrimônio comum de quase toda a cultura jurídica, são eles: o antiformalismo, o abandono do legalismo e a ampliação dos limites da dogmática jurídica.⁴⁸³

No bojo da mudança de perspectiva apontada, o papel do jurista crítico é o de contribuir para uma manipulação ótima do direito, realizando uma política jurídica de afiançamento e desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Assevera Saavedra que para o direito alternativo o direito não se circunscreve aos juízes, como sustentava o uso alternativo do direito; é de interesse de toda a sociedade civil, que demanda reconhecimento por parte da magistratura. Nesse sentido, o direito alternativo é mais amplo, mais aberto do que o uso alternativo do direito, já que este é um trabalho basicamente hermenêutico, restrito, em grande parte, aos titulares de função.⁴⁸⁴

O jurista espanhol aponta que a desestruturação das fontes do direito presente em todas as sociedades complexas é agravada nos países da América Latina, por estarem situados na periferia do capitalismo global, por comportarem um alto grau de exclusão social e, também, por albergarem distintas culturas e etnias.

⁴⁸²Ibid., p. 50-51. A historicidade do processo de construção do direito positivo e, principalmente, a participação decisiva e criativa do intérprete no processo de concretização do direito foram temas abordados nos capítulos iniciais deste trabalho. A participação do jurista na construção da decisão, por meio do processo de concretização normativa, justifica plenamente a escolha aqui feita, dentre as diversas possibilidades constantes da teoria constitucional, do marco teórico concretista, apresentado, em linhas gerais, no segundo capítulo.

⁴⁸³LOPEZ, 2004, p. 34-35.

⁴⁸⁴Ibid., p. 36-37.

Essa diversidade de fontes tem recebido o nome de pluralismo jurídico. Esse direito alternativo – insurgente – tem um caráter jurídico na medida em que possui um significado normativo e uma pretensão de legitimidade⁴⁸⁵.

Saavedra analisa o movimento alternativo brasileiro do ponto de vista da legalidade e da legitimidade. Para ele, quando o direito alternativo se opõe marcadamente ao direito estabelecido pelo Estado ocorre um déficit objetivo de legalidade e o questionamento de sua legitimidade. Contudo, não vislumbra problemas quando a prática alternativista colide-se com as leis vigentes, desde que essa colisão possa ser escusada com base na Constituição⁴⁸⁶.

Na verdade, quando os alternativistas recusam-se a aplicar uma norma jurídica contrária à Constituição estão atuando em perfeita sintonia com as idéias de legalidade e de legitimidade. Partindo disso, o autor distingue uma versão fraca de uma versão forte do direito alternativo. A versão fraca seria próxima ao uso alternativo do direito, ou seja, pode encontrar acomodação via interpretação inovadora ou via uma integração *praeter legem* das lacunas. Já na versão forte, estar-se-ia mesmo diante de uma afronta ao princípio da legalidade⁴⁸⁷.

Modesto Saavedra afirma ser muito difícil responder se o juiz tem legitimidade para ser o mediador entre interesses setoriais, passando por cima de tomadas de decisão estabelecidas constitucionalmente. De um lado, a lei é uma conquista histórica, mas de outro, não se pode paralisar a sociedade diante da ineficácia do legislativo⁴⁸⁸. Com isso, a jurisdição constitucional ganha importância, provocando a substituição do princípio da legalidade, que reinou absoluto desde a Revolução Francesa, pelo da constitucionalidade⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵Ibid., p. 39. Sobre o pluralismo jurídico, como já citado, o mais completo trabalho é o de Antonio Carlos Wolkmer, que desenvolveu em obra homônima, fruto do seu profícuo doutoramento na Universidade Federal de Santa Catarina, profundo estudo sobre o assunto: Cf. WOLKMER, 2001, passim.

⁴⁸⁶LOPEZ, 2004, p. 42, 44-45.

⁴⁸⁷Ibid., p. 44-45.

⁴⁸⁸ A dificuldade aqui é grande em se tentar equacionar os limites da atuação judicial na política. Muito se tem escrito sobre a judicialização da política e da politização do jurídico. De um lado, não se pode esvaziar o espaço político, remetendo todas as decisões para o judiciário, de outro, o modelo constitucional vigente exige um judiciário atuante na concretização dos valores plasmados na constituição.

⁴⁸⁹Ibid., p. 46-47. Há um grande debate em torno do alcance da jurisdição constitucional, em virtude do conflito entre princípio democrático e princípio da constitucionalidade. Para aprofundar-se mais no assunto, conferir, entre outros: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 27-41; SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, pp.137 e ss.

Como assevera Clèmerson Merlin Clève, com o iluminismo houve um endeusamento da lei, que não podia atentar contra a justiça e a liberdade por ser obra dos representantes da nação – questão de forma – e orientada pela razão – questão de fundo. O culto da lei pelo liberalismo produziu como uma de suas conseqüências a idéia de que a lei contém todo o direito. A lei era vista como a expressão da vontade geral, mas como o Parlamento era composto exclusivamente por burgueses, essa vontade era a vontade burguesa⁴⁹⁰.

Com o sufrágio universal a lei passou a ser a expressão da vontade política do grupo majoritário no seio do parlamento. Paradoxalmente, o processo de democratização oriundo do sufrágio universal gerou um direito formalizado, destituído de conteúdo: se a lei expressa uma vontade política, cada vez menos interessa aos juristas o seu conteúdo, mas, tão-somente, o procedimento.⁴⁹¹

Clève atesta que

“Com efeito, se a Constituição instrumentalizou, num primeiro momento, os ideais burgueses herdados do contratualismo e do idealismo, hoje constitui 'espaço de mediação de conflitos e condensação da relação de forças travadas entre as classes e frações de classes sociais', mesmo em sociedades periféricas como a brasileira”. “As *Constituições doutrinárias* (fiéis a um único postulado ideológico, doutrinário ou filosófico) passam a ceder espaço para as *Constituições compromissórias*, condensadoras do conflito emergente e desenvolvido no seio da sociedade.”⁴⁹² (grifo do autor).

Essas constituições compromissórias, segundo Vieira, criam compromissos na esfera econômica e social. Surgiram num ambiente social e político bem mais complexo do que aquele que produziu as constituições liberais, sendo textos contraditórios, pois conciliam interesses conflitantes dos diferentes grupos sociais.⁴⁹³

Com tudo isso, democratiza-se o ambiente constitucional, alargando as possibilidades de debate. Para Clève, no entanto, há um preço a ser pago por isso: “O questionamento permanente da legitimidade da Constituição”⁴⁹⁴.

Paradoxalmente, no fato de a constituição compromissória não pertencer a ninguém reside tanto a sua fraqueza quanto a sua força: como não é de ninguém, não há quem a abone integralmente; por outro lado, por não ser de ninguém, é de

⁴⁹⁰CLÈVE, 1995, p. 34-36.

⁴⁹¹Ibid., p. 34-36.

⁴⁹²Ibid., p. 36.

⁴⁹³VIEIRA, op. cit., p 38.

⁴⁹⁴CLÈVE, op. cit. p.36.

todos, não havendo quem não defenda ao menos uma parte dela. Aproveitar isso é um dos maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo.⁴⁹⁵

Com a ampliação da inserção constitucional “a legalidade, deste modo, fazia-se constitucionalidade”⁴⁹⁶, isto é, o princípio da legalidade era substituído pelo princípio da constitucionalidade, o que permitiu maior abertura do direito, tratada nas seguintes palavras de Modesto Saavedra:

A Constituição é uma lei, mas é de uma qualidade diferente devido ao forte caráter ético-político de seus conteúdos e à imprecisão de sua formulação. Por isto passou a converter-se em algo assim como a porta por onde entra a moralidade em direção ao direito, uma porta que pode ser administrada pelos Tribunais a fim de abrir ou fechar a comunicação entre ambos os espaços através da argumentação jurídica.⁴⁹⁷

Com a utilização do princípio da constitucionalidade o jurista não precisa mais, diante de um caso concreto, ao negar aplicação a um texto de norma que afronta os valores constitucionais, apelar para formulações jusnaturalistas ou para critérios subjetivos de justiça na busca de soluções adequadas ao problema. O acesso à constituição, compreendida como norma e como *hard law*, substitui com vantagens essas tentativas, permitindo ao juiz não aplicar uma lei que, mesmo amparada constitucionalmente, seja injusta.⁴⁹⁸

Em qualquer caso, insiste Saavedra, o juiz tem ao seu dispor todos os recursos oferecidos pela teoria da argumentação jurídica. O problema, atesta, é quando se ultrapassa os limites de uma argumentação jurídica correta, de modo a resgatar o fantasma da aplicação do direito *contra legem*. No entanto, dentro dos limites discricionários apresentados pela argumentação jurídica, o juiz possui um amplo espectro de fundamentação, não precisando ficar preso aos ditames da argumentação tradicional. Ao mesmo tempo, uma perspectiva como essa mantém dentro de limites controláveis o ímpeto de alguns juristas de aplicar o direito de acordo, exclusivamente, com as suas próprias convicções⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵Ibid., p.36.

⁴⁹⁶FERRAZ JR., 1998, p. 194.

⁴⁹⁷LOPEZ, 2004, p. 47.

⁴⁹⁸Ibid., p.51; LOPEZ, 2004, op. cit., p. 48-49. Alguns desses mecanismos que permitem ao juiz negar aplicação a uma lei injusta, fazem parte do sistema constitucional, sem estarem, necessariamente, expressos na constituição. Exemplo disso é a idéia de desobediência civil, sustentada pelo próprio Saavedra, bem como por Luigi Ferrajoli, quando este afirma em sua obra mais célebre, que o juiz tem o dever de não adesão e de desobediência civil quando está diante de uma lei injusta. Cf. FERRAJOLI, 2001, passim. Um dos tradutores da citada obra de Ferrajoli para o português, inverteu o sentido dado pelo autor, afirmando que o juiz tem o dever de não adesão a desobediência civil. FERRAJOLI, 2002, passim.

⁴⁹⁹LOPEZ, op. cit., p. 48-49.

Nesse contexto, é possível resgatar o que já fora defendido por Müller, quando enfatizou a necessidade da busca de uma racionalidade possível para o direito, colocando-o no meio do caminho entre o mitológico discurso da racionalidade plena defendido pelo normativismo e a irracionalidade absoluta de algumas correntes sociológicas.

Na compreensão de Saavedra, a luta pela objetividade no campo do direito alternativo será longa. Para superação desse desafio deve-se explorar a constituição, em toda a sua potencialidade. Em virtude disso, arremata, é que o “UAD deve fincar-se no marco de uma teoria da Constituição (especialmente da jurisdição constitucional) e de uma teoria da argumentação jurídica.”⁵⁰⁰

Em virtude do sistema misto de controle de constitucionalidade das leis adotado no Brasil a utilização da jurisdição constitucional pelos alternativistas ganha maior relevo, pois, no controle difuso, todo juiz, em certa medida, é um juiz constitucional. Nos países europeus que se valiam do uso alternativo do direito os intérpretes não podiam contar com esse mecanismo, limitando-se às possibilidades oferecidas pela hermenêutica. Assim, os juristas brasileiros gozam de alternativas mais alentadoras no processo de definição do direito aplicável à solução dos casos concretos.⁵⁰¹

Como bem define Clève:

As Constituições, hoje, são documentos normativos do Estado e da Sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. [...] A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positivamente ou negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm,

⁵⁰⁰LOPEZ, 2004, p. 48-49. Sobre teoria da argumentação jurídica, importante reforçar a importância da obra de Alexy e da síntese das principais teorias da argumentação feita por Manuel Atienza. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2004; ATIENZA, 2003, passim.

⁵⁰¹CLÈVE, 1995, p. 51. Chama-se a atenção, contudo, para um processo de alteração, por via da jurisdição constitucional, do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro. Trata-se do fenômeno, que na falta de melhor nomenclatura, pode-se denominar de abstrativização do controle de constitucionalidade. A inserção da Ação Declaratória de Constitucionalidade foi um passo desse processo, seguido pela Lei da Repercussão Geral e, no âmbito do STF, pelo embate travado em torno da Reclamação 4335-5, do Acre, na qual o Ministro Gilmar Mendes defendeu haver ocorrido mutação constitucional no Artigo 52, X, da Constituição Federal, de modo que a eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo em sede de controle difuso, não mais dependem de resolução do Senado Federal, servindo esta, tão-somente, para dar publicidade à decisão. Há, com isso, uma clara tendência à concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, em detrimento da jurisdição difusa. Tal alteração pode ser perigosa, ainda mais diante da reduzida discussão social em torno da composição da Corte. Cf: LEAL, Roger S. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006; MENDES, Gilmar Ferreira. **O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa 162 (2004): 149-168;

hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do legislador.⁵⁰²

A Constituição é, portanto, o grande espaço onde se opera a luta jurídico-política. A luta que se travava no seio da Assembléia Constituinte transferiu-se para o campo da prática constitucional – aplicação e interpretação. Afirmar esta ou aquela interpretação de uma norma constitucional constitui comportamento dotado de compromisso ideológico irrefutável.⁵⁰³

O alternativista deve definir claramente o seu compromisso ideológico. Os juristas, em geral, e os juízes, em especial, procuram esconder as suas preferências por detrás do mistificador discurso da neutralidade axiológica. É como se prolatassem uma não-decisão, aplicando tão-somente a vontade da lei. “O controle da decisão judicial deve aqui incidir sobre o silêncio e não apenas sobre o texto da decisão.”⁵⁰⁴

Deve-se assumir a dimensão ideológica do direito, clarificando a motivação ideológica da sentença, como forma de se conseguir a transparência exigida pelo Estado Democrático de Direito. Segundo Clève, “Pior, todavia, do que o que pretende decidir ocultando a ideologia é aquele que decide ideologicamente imaginando que age de modo neutro, imparcial e coerente com a verdade.”⁵⁰⁵

No entanto, Clève ressalta que a clara definição ideológica, por si só, é insuficiente. Faz-se necessário que o direito alternativo elabore, de maneira clara e objetiva, os pressupostos teóricos do conhecimento jurídico que pretende operar.

[...] o discurso alternativo precisa superar o voluntarismo e o subjetivismo, alcançando um padrão objetivo de juridicidade. Os argumentos dos juristas alternativos devem ser sólidos e objetivos o suficiente para colocar em xeque as leituras conservadoras do direito e da Constituição. O rigor quanto à concepção do direito que os alternativos querem fazer triunfar constitui dimensão necessária para construção de uma nova ordem.

É preciso, segundo o citado autor, utilizar a crítica conservadora de maneira antropofágica, aos moldes de Oswald de Andrade, isto é, “como absorção do inimigo sacro para transformá-lo em totem.”⁵⁰⁶

Neste contexto, afirma Clève, o juiz não pode ser um mero aplicador de códigos: precisa fazer a filtragem constitucional, porém, muitos ainda não estão

⁵⁰²CLÈVE, 1995, p. 39.

⁵⁰³Ibid., p. 40.

⁵⁰⁴Ibid., p. 46.

⁵⁰⁵Ibid., p. 46.

⁵⁰⁶Ibid., p. 47.

preparados para isso. A escola de direito precisa mudar, para formar um novo profissional, apto a dar respostas a essas demandas, pois:

Um juiz perdido no cipoal normativo do direito positivo, que se pretende mero aplicador da lei, será um juiz corporativo ou individualista ou social conforme o texto que pretenda aplicar. O juiz não pode ser prisioneiro das concepções que presidiram a elaboração dos textos normativos individualmente considerados. O juiz deve entender a dimensão axiológica que preside, hoje, na atualidade, no momento da realização da justiça, o sistema jurídico.⁵⁰⁷

A mudança no judiciário passa por alterações profundas no ensino jurídico, formador do outrora mencionado bacharel anticidadão, ventríloquo de todo e qualquer poder estabelecido.

Afirma Clève que na sociedade liberal o direito dependia do legislador. Atualmente, na sociedade técnica e de massas, com a superação dos postulados individualistas, com o nascimento de conflitos sem uma pronta resposta normativa, com o caráter de provisoriedade das leis, o direito não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui e nem se realiza sem o jurista.⁵⁰⁸

Para lidar com essas novas demandas, exige-se do jurista “uma imensa dose de criatividade”. Ferraz Jr. lembra Gramsci ao abordar a “necessidade de se modificar o tipo tradicional do dirigente político, este preparado só para atividade jurídico formal, integrando a sua cultura segundo as novas necessidades que exigem uma competência técnica muito mais ampla”.⁵⁰⁹

Uma Constituição como a brasileira de 1988 pode oferecer não só um aporte para a atualização do direito – construção de uma dogmática atualizada –, mas também para a arquitetura dos parâmetros objetivos definidores do direito que os alternativistas pretendem aplicar⁵¹⁰.

Para López, “O direito alternativo consiste na luta para ampliar a eficácia e o reconhecimento de determinadas opções ideológico-políticas, uma luta que ambiciona a conversão dessas opções em direito plenamente válido.” Nesse sentido, perquirir a aceitação jurídica do direito alternativo só faz sentido a partir de um ponto de vista interno da ordem jurídica; do ponto de vista externo⁵¹¹ a preocupação não

⁵⁰⁷ CLÈVE, 1995, p. 48-49.

⁵⁰⁸ Ibid., p. 47-48.

⁵⁰⁹ FERRAZ JR, 1998, p.195.

⁵¹⁰ Ibid., p. 49.

⁵¹¹ Cf.: HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

está relacionada com o grau de alternatividade que a ordem oficial pode conviver, mas com o grau de eficácia que essa prática tem em termos de luta pelo poder.⁵¹²

Do ponto de vista interno, pode-se entender o direito alternativo como uma prática jurídica constituinte. É daí também que cabe julgar sua justificação mais profunda e os seus limites morais. Segundo López, o horizonte do direito alternativo é estabelecido pelos valores e princípios do sistema democrático que ainda não foram desenvolvidos em toda a sua potencialidade ou que tenham sido desenvolvidos de maneira contrária aos seus postulados.

Visto sob este ângulo, o direito alternativo contribui para a (re) fundação do Estado Constitucional, pois tem como um de seus objetivos evitar que a liberdade e a igualdade sejam meras declarações formais. Para tal, apela às forças sociais e interpela os juízes para que colaborem nesta tarefa e supram as deficiências do legislador⁵¹³. Com isso, aprofunda-se na constituição, que deve ser entendida como garantia do processo de participação eqüitativa de todos nas tomadas de decisões coletivas. Compete aos juízes manter abertos os canais de participação e deliberação formalmente consagrados no texto constitucional.⁵¹⁴

A atuação alternativista deve compreender ações no plano jurisprudencial, pedagógico, organizativo e da opinião pública. É essa ampla frente de atuação que caracteriza o direito alternativo latino-americano como um verdadeiro movimento.⁵¹⁵

Uma questão que Saavedra reputa fundamental é saber se o Estado Constitucional é uma aspiração suficiente para resolver os problemas da América Latina. Segundo ele, inúmeros conflitos e contradições presentes no Continente poderiam encontrar solução satisfatória no marco do Estado Constitucional. Em primeiro lugar, aponta as contradições próprias do capitalismo dependente, que geram desigualdades sociais insuportáveis. Em segundo lugar, está o multiculturalismo, isto é, a existência num mesmo espaço de grupos distintos que exigem direitos diferentes e reconhecimento. Por último, estão as contradições existentes entre estado e sociedade ou sociedade e indivíduo: o estado tentando expandir sua autoridade e a sociedade tentando impor uma mesma forma de vida a

⁵¹²LOPEZ, 2004, p. 49-50.

⁵¹³No Brasil, para suprir as omissões legislativas podem ser utilizadas, dentre outras ferramentas, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

⁵¹⁴LOPEZ, op. cit., p. 49-51.

⁵¹⁵Ibid., p. 51.

todos os seus membros. Afirma Saavedra que o Estado Constitucional, desde que visto como estado democrático, social e multicultural, oferece uma plataforma de solução para esses tipos de contradições.⁵¹⁶

Na luta por esse Estado pode-se inscrever uma prática jurídico-política que promova, por exemplo, uma leitura das normas trabalhistas favoráveis ao empregado; uma leitura não-delitiva das ocupações de terra; uma interpretação extensiva do furto famélico. O reconhecimento dos direitos dos índios, a discriminação positiva de alguns coletivos – como mulheres e negros – prejudicados pela igualdade formal de direitos; o reconhecimento dos direitos dos homossexuais, entre inúmeros outros.⁵¹⁷

Na compreensão de Saavedra López os problemas mais graves do direito alternativo não são jurídicos, mas políticos. Em primeiro lugar, necessita-se de uma reforma das instituições para que as práticas jurídicas encontrem trabalhadores que as levem adiante – juízes independentes, governos representativos, controle de constitucionalidade das leis, incentivo às organizações cidadãs capazes de contribuir para o fortalecimento do espaço público. Em segundo lugar, é preciso atacar o condicionamento imposto às sociedades periféricas pelo processo de globalização da economia. Este segundo problema, para ele, parece o mais difícil de resolver.⁵¹⁸

Neste contexto, salienta Saavedra:

“As práticas jurídicas alternativas são um componente a mais na luta social para libertação de forças que são extraordinariamente resistentes, tão resistentes como as forças de produção econômica e as instituições, agora de âmbito global, que cresceram a seu serviço.”⁵¹⁹

Partilha-se aqui com López do entendimento de que a teoria constitucional é uma importante ferramenta de trabalho para os alternativistas, possibilitadora de uma racionalidade efetiva para o direito, livrando o direito alternativo de parte significativa das críticas que recebe. A teoria constitucional não deve ser vista, no entanto, como um dogma, o que contrariaria a própria essência alternativista, mas,

⁵¹⁶Ibid., p. 51-52.

⁵¹⁷Ibid., p. 52-53. No Brasil este debate tem sido travado, por exemplo, em torno da política de cotas nas universidades públicas e da união homoafetiva.

⁵¹⁸Ibid., p. 53-54.

⁵¹⁹Ibid., p. 54.

como um instrumental, como uma importante ferramenta de trabalho para a concretização de valores potencializadores da emancipação humana.⁵²⁰

Como bem sustenta Clève, “[...] a criação de um direito comprometido com os valores libertários depende basicamente de um sujeito histórico: as classes populares.” As classes populares devem se organizar para influir na dialética da história. Contudo, a luta no plano jurídico é inevitável, exigindo a aproximação entre os juristas orgânicos e os movimentos sociais, somando forças para fazerem com que a Constituição seja concretizada em sua integralidade e não apenas no que diz respeito aos interesses das classes dominantes.⁵²¹

Diante do exposto, não há dúvida de que o jurista pode ser um importante aliado na luta democrática, ao procurar, dentro dos limites do discurso jurídico – que mesmo politizado possui limites –, criar categorias e conceitos, consolidar posições alcançadas nos embates políticos, bem como dar efetividade aos comandos constitucionais condensados na Constituinte.⁵²²

Encerra-se este tópico com Streck, para quem a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos sociais e pressupõe uma valorização do jurídico. O Judiciário passa a fazer parte da arena política, como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, deslocando-se a esfera de tensão dos procedimentos políticos para os judiciais⁵²³.

2.2 A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo

No Brasil, o discurso pós-moderno chegou antes do cumprimento das próprias promessas da modernidade. Para Streck, o direito é um importante instrumento de luta para a efetivação dessas promessas. Uma das alternativas para tentar equacionar o enorme *déficit* social existente no país é defender as instituições da modernidade contra o neoliberalismo pós-moderno. As benesses da

⁵²⁰Sobre a discussão da racionalidade no direito, importante leitura é a de Enrique Haba, Cf. HABA, Enrique P. **¿Una Discusión: Quiénes son los ‘Irracionalistas’ en la Teoría del Derecho?** **Revista Doxa**, n. 19, 1996.

⁵²¹CLÈVE, 1995, p. 50.

⁵²²Ibid., p. 50.

⁵²³STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: perspectivas e possibilidades de concretização de direitos fundamentais-sociais no Brasil. In: *Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados*: cidadania, ética e Estado. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2003, v. 02, p. 1363-1364.

modernidade ainda são privilégios da minoria rica, o que resulta na existência de duas categorias de cidadãos: os subcidadãos e os sobrecidadãos⁵²⁴.

Nesse cenário, segundo Clève, o desafio posto aos juristas alternativos é a construção de uma dogmática jurídica – vista como tecnologia da ação jurídica – não positivista e não dogmática. Essa tarefa pode encontrar importante aporte na Constituição. Um direito constitucional alternativo constituirá sempre, em face da Constituição de 1988, uma teoria constitucional da efetividade integral do Texto Constitucional⁵²⁵.

Na atualidade, a defesa da Constituição brasileira de 1988 deve ser uma tarefa incessante do jurista alternativo, visto que encontrará nela “[...] um reservatório impressionante de *topois* argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica e da defesa dos interesses que cumpre, para o direito alternativo, defender”⁵²⁶.

Adeodato descreve a transição dos alternativistas para o discurso constitucionalista. Segundo ele, “no início dos anos 90, os juristas mais progressistas buscavam um discurso mais alternativo, em alguns casos até anti-estatal”. No entanto, “os acontecimentos posteriores os fizeram agarrar-se à Constituição, que se tornou uma espécie de âncora das novas esperanças bem-intencionadas”⁵²⁷.

Para Clèmerson Clève, a construção dessa dogmática constitucional emancipatória exige: i) uma ética da responsabilidade; ii) uma política da criatividade e, também, iii) um compromisso ideológico definido, isto é, uma crítica da neutralidade. A somatória disso autorizará uma filtragem constitucional que fará incidir sobre o direito infraconstitucional os valores substanciais emancipatórios adotados pela constituição. Em virtude da comunicação entre a constituição e a realidade é natural que a atualização constitucional signifique a oxigenação constante do direito infraconstitucional, já que este só pode ser compreendido à luz da constituição⁵²⁸.

⁵²⁴STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 26-29.

⁵²⁵CLÈVE, 1995, p.53.

⁵²⁶Ibid., p. 40; FONSECA, Edson Pires da. **A Teoria Constitucional e os Juristas Orgânicos**. In: Congresso Nacional do CONPEDI (14. : 2005 : Fortaleza, CE) Anais do / XIV Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Edson%20Pires%20da%20Fonseca.pdf>

⁵²⁷ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição Constitucional à Brasileira**: situação e limites. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, n.2, 2004, p.179.

⁵²⁸CLÈVE, op. cit., p. 53.

A Constituição brasileira é democrática, compromissória e analítica. Sustenta uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro. Esses dados normativos trazidos pela Constituição devem ser potencializados por uma dogmática constitucional emancipatória. Nas palavras de Clève:

Se a Constituição condensa normativamente valores caros às classes populares, nada mais importante do que a busca (política sim, mas também jurídica) de sua afirmação, realização, aplicação. O como fazer isso juridicamente é obra da nova dogmática, cujo desafio é fazer desta Constituição uma *Constituição normativa integral*. Porque hoje corremos o risco de fazer dela uma Constituição normativa na parte que toca aos interesses da classe hegemônica e uma *Constituição nominal* na parte que toca aos interesses das classes que buscam a emancipação.⁵²⁹ (grifo do autor).

Essa busca pela efetividade integral da Constituição deve ser cotidiana, obrigando o jurista a adotar, como já dito, uma ética da responsabilidade e da criatividade, que possibilite a reconstrução de todo o arcabouço jurídico, de modo a dar concretude – e não mera programaticidade⁵³⁰ – aos direitos das classes espoliadas.

A luta pela efetivação integral da Constituição comporta vários *fronts* no âmbito da teoria do direito constitucional. Inúmeras são as possibilidades de trabalho abertas por essa perspectiva, não havendo espaço na seara alternativista para dogmatismos de qualquer matiz.

No estado contemporâneo as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais são aplicadas graças à utilização da nova hermenêutica e dos métodos concretistas de interpretação. Ocorre ainda a concretização constitucional de valores como a igualdade e a liberdade. A estrutura constitucional aberta e a estabilidade institucional oriundas desse modelo estatal permitem a equalização dos interesses políticos e sociais, absorvendo as freqüentes crises do capitalismo e mantendo abertos e diversificados os sistemas jurídico e político⁵³¹.

⁵²⁹CLÈVE, 1995, p. 41-43.

⁵³⁰Sobre a necessidade de releitura das normas programáticas no constitucionalismo atual, conferir: CANOTILHO, 2001, op. cit., p. 297-301; Marcelo Neves, com maestria, trata da questão das normas programáticas no âmbito da constitucionalização simbólica. Segundo ele, a vigência da norma programática depende da existência de possibilidades estruturais de sua realização, porém, no caso da constitucionalização simbólica “as disposições programáticas não respondem, então, a tendências presentes nas relações de poder que estruturam a realidade constitucional”. Encobre-se, dessa maneira, o problema da constitucionalização simbólica “através da deformação do conceito jurídico-dogmático de normas constitucionais programáticas”. NEVES, 1994, op. cit., p.102-104.

⁵³¹SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.28.

Com a Revolução Francesa, o modelo constitucional emergente, de base liberal, representava uma ruptura com o paradigma anterior, no entanto, teve de se metamorfosear para dar conta das novas demandas oriundas das reivindicações socialistas que culminaram no estado social. Para dar conta dessa nova configuração estatal, fez-se necessário desenvolver um novo constitucionalismo, que trabalhasse a superação da dicotomia norma constitucional/realidade, tão a gosto dos positivistas.⁵³² O constitucionalismo da República de Weimar, principalmente com Heller e Smend, é precursor desta nova perspectiva constitucional e superador das limitações liberais.

Após o término da segunda guerra mundial, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, desenvolveu-se, como visto no capítulo anterior, a segunda geração da teoria constitucional, conhecida como constitucionalismo tópico-concretista. Continuando nas linhas traçadas em torno da Constituição de Weimar, buscou-se a superação da separação entre os sentidos formal e material da constituição, trabalhando a vinculação da norma com a realidade. Na atualidade, esse esforço visa à racionalização metodológica, imunizante do enfraquecedor decisionismo voluntarista. Dessa maneira, os concretistas procuram fugir dos parâmetros artificiais traçados pela jurisprudência tradicional que:

- i) ou concretiza-se por meios voluntaristas, creditando tal intervenção aos métodos clássicos de interpretação; ou,
- j) frustra a efetividade de normas constitucionais, ao empregar *topoi* argumentativos retrógrados.⁵³³

O processo de concretização de normas compromissórias, como as presentes na Constituição de 1988, representa um espaço importante de luta político-jurídica, podendo auxiliar na necessária construção de consenso social em torno do conteúdo das normas constitucionais. A concretização é um dos veículos para o embate entre grupos sociais opostos, porém, salienta Silva, a frustração da concretização gera a constitucionalização simbólica⁵³⁴ e o conseqüente enfraquecimento do sistema jurídico, que perde espaço para o poder político e

⁵³²SILVA, 2005, p. 32.

⁵³³Ibid., p. 34-35.

⁵³⁴Sobre o tema da constitucionalização simbólica, conferir: NEVES, 1994, op. cit. passim.

econômico, que passam longe da argumentação e da racionalidade necessárias ao direito.⁵³⁵

Textos de normas abertos como os da Constituição brasileira fomentam um fenômeno presente na maioria dos países ocidentais: a judicialização do discurso político, responsável por fazer com que as reivindicações políticas se expressem com maior facilidade em termos jurídicos do que em termos ideológicos. Com isso, desafia-se o jurista a enfrentar a complexidade do fenômeno examinando suas categorias, compreendendo sua especificidade e revisando suas premissas⁵³⁶.

Segundo Anabelle Silva, a dogmática emancipatória empenha-se em subsidiar com instrumental teórico os lidadores do direito para o desempenho de suas novas funções decorrente do processo de judicialização da vida política.

Todavia, desaconselha-se o depósito de todas as fichas da disputa política na esfera jurídica. A concretização do direito só é favorável aos interesses das classes espoliadas caso haja, paralelo à luta travada na instância judiciária, forte mobilização popular e a conseqüente ocupação dos espaços existentes na sociedade civil e política. É perigoso para a luta social depositar todas as suas esperanças no direito e, com isso, esvaziar as arenas de lutas políticas na sociedade; ambos devem ser complementares, nunca excludentes.

Em outras palavras: embora na atualidade o caminho da luta constitucional seja imprescindível para o direito alternativo, concorda-se aqui com Adeodato, para quem é um equívoco atribuir caráter messiânico às possibilidades aventadas pela jurisdição constitucional e pelas atividades legislativas, “pois o subdesenvolvimento brasileiro é fenômeno social de raízes muito mais profundas”.⁵³⁷

2.2.1. A sociedade aberta dos intérpretes e a jurisdição constitucional brasileira.

Um ponto importante que a nova dogmática possibilita é a própria participação social nos debates jurídicos, antes travados em tribunais herméticos, ao arrepio de qualquer protagonismo social. Construções teóricas como a do alemão Peter Häberle, trabalhada no segundo capítulo, possibilitam essa abertura concreta

⁵³⁵SILVA, op. cit, p. 39-42.

⁵³⁶Ibid., p. 56-59.

⁵³⁷ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição Constitucional à Brasileira**: situação e limites. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, n.2, 2004, p.179.

da atividade de interpretação constitucional. A formulação teórica segundo a qual todos os que vivem sob a égide de determinada constituição são seus intérpretes autorizados parece muito abstrata e de difícil implantação, especialmente em um país periférico como o Brasil. Mas é somente uma aparência. A própria jurisdição constitucional brasileira já adotou, como se verá adiante, ao menos em parte, esta abertura procedimental. Quando se aborda a ampliação do *rol* de intérpretes da constituição, se quer dizer que o juiz constitucional já não pode interpretar de forma isolada, solipsista, pois a esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora. A corte constitucional, desse modo, deverá interpretar a constituição em consonância com a sua atualização pública⁵³⁸.

Assevera Häberle que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional, pois o raio da interpretação normativa, graças aos intérpretes da constituição da sociedade aberta, se amplia sensivelmente. A sociedade torna-se aberta e livre porque todos estão potencialmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. Kant já asseverava que o cidadão se torna livre quando obedece a leis que ele próprio criou. Como na teoria concretista a norma jurídica só existe na concretização, para que possa ser livre é necessário que o cidadão participe também da interpretação/concretização constitucional⁵³⁹.

Nesse sentido, a interpretação constitucional jurídica deve traduzir a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade que constam do texto constitucional, que o antecedem ou subjazem a eles. Há uma tendência da teoria da interpretação de sempre superestimar o significado do texto, mas a teoria apresentada por Häberle vem modificar isso⁵⁴⁰.

Cláudio Pereira Souza Neto, voltando-se para a jurisdição constitucional brasileira, afirma que a ampliação do rol de legitimados à propositura das ações constitucionais do controle concentrado – ADI, ADC, ADO e ADPF – trazida pelo artigo 103 da Constituição Federal é exemplo da maior abertura da interpretação constitucional à sociedade. Com isso, inúmeros segmentos da sociedade organizada

⁵³⁸HÄBERLE, 1997, p. 41.

⁵³⁹Ibid., p. 42-43; tratando do tema Adeodato lembra que em países periféricos como o Brasil, inúmeros conflitos sociais são resolvidos à margem do Judiciário, colocando os cidadãos, portanto, como verdadeiros protagonistas da interpretação constitucional. ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição Constitucional à Brasileira: situação e limites**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, n.2, 2004, p.184.

⁵⁴⁰HÄBERLE, op. cit., p. 42-43.

estão autorizados a levar demandas sobre a inconstitucionalidade de leis e atos normativos diretamente ao Supremo Tribunal Federal, num autêntico processo objetivo atinente à defesa da ordem constitucional vigente. Não há dúvidas que disso resulta maior participação social na tarefa de dizer a Constituição.

Sob a regência da ordem constitucional pretérita havia no Brasil um único legitimado à propositura de ação de inconstitucionalidade diretamente no STF: o Procurador-Geral da República. No entanto, como ele podia ser demitido por ato discricionário do Presidente da República, o manejo da ação de inconstitucionalidade, na prática, obedecia exclusivamente à vontade deste, sob pena de gerar a demissão do Procurador-Geral.

No mesmo sentido de abertura procedimental da interpretação constitucional encontra-se o *amicus curiae*⁵⁴¹, previsto no artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99, que detalha o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Salienta Souza Neto que a mesma lei também prevê a hipótese de pronunciamento de perito ou comissão deles, além da possibilidade de realização de audiência pública sobre o assunto⁵⁴². Todos esses dispositivos direcionam-se a ampliar e pluralizar a participação social no processo de decisão constitucional⁵⁴³.

⁵⁴¹Tratando da figura do *amicus curiae* o hoje Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, asseverou o seguinte: “Da mesma forma, afigura-se digno de realce o dispositivo (§ 2º do art. 6º) constante da Lei 9882 que permite que o relator, segundo critérios seus, admita a manifestação de interessados no processo. Trata-se de figura assemelhada à contida na Lei 9868 (art. 7º, § 2º). Em ambos os casos, o que se pretendeu foi introduzir em nosso direito positivo a figura do "amicus curiae" no processo de controle de constitucionalidade. O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa a um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira. Para além disso, o dispositivo em questão acaba por ensejar a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões”. MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 maio 2006.

⁵⁴²“Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançara o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas

O Ministro Marco Aurélio Mello, Relator no STF da arguição de descumprimento de preceito fundamental 54, que trata da possibilidade de aborto ou interrupção da gravidez no caso de anencefalia fetal, após indeferir o pedido da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e de outras entidades que queriam atuar no processo como *amici curiae*, convidou-os, em conjunto com diversos segmentos da sociedade civil, para participarem de uma audiência pública no Supremo, com o fito de trazer ao Tribunal os diferentes pontos de vista existentes sobre o tema⁵⁴⁴.

Contudo, foi somente em 2007, sob a batuta do Ministro Carlos Brito, que o STF realizou a sua primeira audiência pública em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Com isso, a Suprema Corte abriu à sociedade a possibilidade de apresentar argumentos acerca da constitucionalidade ou não de pesquisas com células-tronco embrionárias, em face do direito à vida, assegurado por cláusula pétrea constitucional. Essa discussão foi provocada pela ADI 3510, na qual a Procuradoria Geral da República questionou a constitucionalidade do artigo 5º, da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que permite, sob determinadas condições, pesquisas com embriões humanos. Novamente, a mais alta Corte do Judiciário brasileiro abriu as suas portas aos diferentes segmentos da sociedade que podem auxiliá-la em sua tomada de decisão nesse controvertido caso. Dessa maneira, a sociedade ocupa cada vez mais o seu lugar como protagonista da interpretação constitucional.

com experiência e autoridade na matéria. § 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator”.

⁵⁴³SOUZA NETO, 2003, p. 56.

⁵⁴⁴Em decisão proferida em 28 de Setembro de 2004 o Ministro Marco Aurélio convocou audiência pública para tratar da ADPF 54, nos seguintes termos: “Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas – CEMICAMP”. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=107822&tip=UN>. Acesso em 29 maio 2006. Embora esta tenha sido a primeira convocação de uma audiência pública feita pela mais alta Corte do Judiciário brasileiro, a primeira audiência aconteceu somente em 2007, no polêmico caso das pesquisas com células tronco-embrionárias.

Essa ampliação da interpretação constitucional poderia ser ainda mais efetiva caso o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso não tivesse vetado o inciso II, do Artigo 2º, da Lei nº. 9.882/99, que delineou os contornos da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF. O citado inciso facultava aos cidadãos acesso direto à jurisdição constitucional concentrada no caso de violação de preceito fundamental. Com o veto, somente os legitimados do Artigo 103 da Constituição Federal podem propor a ADPF.

Assenta-se no mesmo viés restritivo a construção jurisprudencial do STF que dividiu os legitimados à provocação do controle concentrado em temáticos e universais⁵⁴⁵. Os legitimados universais podem questionar a constitucionalidade de qualquer norma jurídica passível de controle, independentemente do tema sobre o qual versem, enquanto os legitimados temáticos só podem atuar se houver pertinência entre o tema abordado pelo dispositivo normativo que será atacado e a atividade do legitimado⁵⁴⁶.

Essa criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal está na contramão da ampliação da participação social na jurisdição constitucional criada pela Constituição brasileira vigente. Movido pelo pragmatismo que muitas vezes o marca, o STF não só restringiu a participação social no controle de constitucionalidade ao arrepio do que foi expressamente manifestado pelo constituinte de 1988, como também aviltou os pressupostos básicos do processo objetivo, no qual, por princípio, inexistente qualquer interesse subjetivo a ser defendido.

O acesso amplo à jurisdição constitucional afigura-se como importante ferramenta para o direito alternativo, haja vista possibilitar que os grandes temas constitucionais não sejam tratados isoladamente pelo Judiciário, mas sim debatidos com toda a sociedade, principalmente por meio de seus segmentos organizados.

No controle difuso, em face de sua característica descentralização, que faz de todo o juiz, em qualquer grau de jurisdição e em qualquer parte do território brasileiro, um juiz constitucional para o caso concreto, tem-se valioso aliado aos propósitos alternativistas. Porém, nos últimos anos, houve encolhimento desse modelo, ao mesmo passo em que foi ampliada a esfera de incidência do controle

⁵⁴⁵Sobre a construção jurisprudencial do STF acerca dos legitimados temáticos e universais, conferir: ADI 396-DF; ADI 138-RJ; ADI 893-PR; ADI 1.114-DF; ADI 1.096-RS.

⁵⁴⁶As entidades de classe de âmbito nacional, as confederações sindicais, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, compõem o rol de legitimados temáticos, segundo a jurisprudência do STF. Todos os demais legitimados do artigo 103 são legitimados universais.

concentrado. Esse processo, que tem sido chamado de abstrativização do controle de constitucionalidade, inicia-se com o próprio advento da Constituição de 1988, acentuando-se com a implantação da ação declaratória de constitucionalidade. Na mesma toada estão a súmula vinculante, a repercussão geral e a recente possibilidade discutida pelo STF, em voto do Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação 4335-5 do Acre, de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante nas decisões do Supremo em controle difuso, dispensando-se a Resolução Senatorial prevista no Artigo 52, X, da Constituição.

Apesar dos citados entraves à ampliação da participação social na interpretação constitucional, não se pode negar, como demonstrado, a existência de significativos avanços nesta seara sob os auspícios da Constituição Federal vigente. Cumpre agora aos alternativistas ocuparem esse importante espaço de interlocução, dando mais um passo à frente em busca da almejada concretização integral da Constituição.

2.2.2. A metodologia jurídica concretista e a racionalização do direito

Mantendo o foco nas contribuições das teorias concretistas para o direito alternativo, volta-se a se destacar a importância da perspectiva hermenêutica adotada pela segunda geração da teoria material, em razão da relevância atribuída à atividade concretizadora, momento em que o trabalhador do direito fará a mediação entre a textual previsão normativa e a realidade social. Além disso, contribui significativamente para a melhoria da controlabilidade das decisões judiciais, por meio de sofisticadas técnicas metodológicas.

A busca pela racionalidade possível para o direito, como já dito, tem sido uma preocupação freqüente das teorias jurídicas, sobretudo a partir da segunda metade do século XX. Não se pode negar, como fizeram os positivistas, que existem fatores irracionais inevitáveis permeando toda decisão judicial. Eles são oriundos da própria vagueza da linguagem ordinária e da impossibilidade de neutralidade axiológica do método e do intérprete. Negar esses fatores é legitimar, silenciosamente, uma decisão ideologicamente comprometida. Assim, a explicitação de toda questão decidida aparece como requisito de honestidade metodológica e

como pressuposto da busca de uma racionalidade possível para as decisões judiciais⁵⁴⁷.

Boa parte das críticas que os alternativistas sofrem com relação a um suposto desrespeito à lei e a um endeusamento do arbítrio do juiz deriva exatamente do apego ainda exacerbado de parte dos juristas brasileiros às já mencionadas mitologias jurídicas da modernidade, como neutralidade axiológica do método e do intérprete, redução do direito à lei, entre outros.

Na verdade, o que o direito alternativo propõe, ancorado em sólida concepção dogmática já abordada e agora ainda mais evidenciada, é o reconhecimento da impossibilidade de neutralidade no direito e, em face disso, a premente necessidade de o julgador deixar absolutamente claro os seus pontos de partida, isto é, os pressupostos ideológicos, políticos, econômicos e jurídicos em que se baseou para lastrear a sua decisão.

Nesse contexto, nada mais preciso do que a compreensão e utilização de algumas perspectivas metodológicas desenvolvidas pelas teorias concretistas, em especial, a metódica estruturante. Num cenário pós-positivista, sustenta Silva que a metodologia “deixa de ser a arte da justificação para se tornar uma reflexão sobre a produção do direito”, tendo como função, nos dizeres de Müller, explicitar a estrutura concretizadora da norma no caso particular e a análise estrutural do método para a concretização. É também por meio da metodologia que o trabalho cotidiano do jurista é conceituado, servindo como técnica de decisão e formação de normas para casos concretos, de maneira a garantir a sindicabilidade ampla da decisão e o respeito à segurança jurídica, utilizando-se honestamente dos métodos, principalmente ao lidar com textos de normas jurídicas mais abstratos e de textura aberta⁵⁴⁸.

A hermenêutica tradicional pauta-se unicamente no exame do dado lingüístico, enquanto a metódica estruturante busca superar esse reducionismo, comprometendo-se também com a apreensão da realidade. Esse compromisso com a inclusão da realidade no fenômeno jurídico é de grande importância para a concretização/efetivação dos direitos sociais, como se verá no próximo tópico.

⁵⁴⁷SILVA, 2005, p. 62.

⁵⁴⁸Ibid., p. 63-64.

2.2.3. A concretização dos direitos fundamentais sociais: perspectivas e desafios

Como bem assevera Jorge Miranda, num sistema pluralista as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber as diversas concretizações consoantes às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado.⁵⁴⁹ Desse modo, o trabalho com os textos destina-se a legitimar as conseqüências dos mesmos na realidade social, comprometendo-se o constitucionalismo concretista com a igualdade e com a justiça das normas e com a guarda do valor segurança,⁵⁵⁰ instrumentalizado através da tecnologia metodológica.⁵⁵¹

A judicialização das relações sociais implica na ampliação da função jurisdicional, fazendo com que o direito se distancie das premissas positivistas, voltando-se contra o formalismo encobridor do elemento voluntarístico das decisões. As teorias que se colocaram contrárias ao positivismo, tais como o realismo jurídico estadunidense⁵⁵² e a jurisprudência dos interesses alemã, conduziram ao redimensionamento da função jurisdicional, reconhecendo-a como ato volitivo e portador de inevitável margem de discricionariedade.⁵⁵³

Salienta Canotilho que o discurso constitucional “sempre é um discurso codificador da realização de interesses pragmáticos e da legitimação de pretensões de domínio político. A ‘verdade discursiva’ é a codificação de uma luta por posições constitucionais.”⁵⁵⁴ Assevera-se, no entanto, que o poder de integração de um texto constitucional depende, decisivamente, de sua realização e concretização na vida cotidiana, o que pressupõe um mínimo de exeqüibilidade jurídica⁵⁵⁵.

A concretização dos direitos sociais tem desafiado os juristas orgânicos. É de fundamental importância para a efetividade integral da Constituição Federal de 1988 que os direitos sociais nela esculpidos ganhem concretude. Em que pese o §1º

⁵⁴⁹MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1993. p.105ss-348ss.

⁵⁵⁰Ressalva-se que o valor “segurança jurídica” defendido pela metódica, como já dito, é de uma segurança oriunda de uma racionalidade possível do direito, e não aquela mitológica segurança jurídica do positivismo normativista.

⁵⁵¹SILVA, 2005, p.65.

⁵⁵²Sobre o realismo jurídico estadunidense, conferir: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao movimento *critical legal studies***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

⁵⁵³SILVA, op.cit., p. 64-65.

⁵⁵⁴CANOTILHO, 1994, p. 460.

⁵⁵⁵KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 29.

do artigo 5º da Constituição Federal ser categórico ao afirmar que as normas sobre direitos fundamentais têm aplicação imediata, não é isso o que, geralmente, ocorre com os direitos fundamentais sociais⁵⁵⁶.

Bonavides chama a atenção para os ataques que o Estado Social, plasmado na Constituição Federal de 1988, vem sofrendo. Para ele,

Poderosas forças coligadas numa conspiração política contra o regime constitucional de 1988 intentam apoderar-se do aparelho estatal para introduzir retrocessos na lei maior e revogar importantes avanços sociais, fazendo assim inevitável um antagonismo fatal entre o Estado e a Sociedade.

Não resta dúvida que em determinados círculos das elites vinculadas a lideranças reacionárias está sendo programada a destruição do Estado social brasileiro.

Se isso acontecer será a perda de mais de cinquenta anos de esforços constitucionais para mitigar o quadro de injustiça provocado por uma desigualdade social que assombra o mundo e humilha a consciência desta Nação. Mas não acontecerá, se o Estado social for a própria Sociedade brasileira concentrada num pensamento de união e apoio a valores igualitários e humanistas que legitimam a presente Constituição do Brasil⁵⁵⁷.

Leciona Sampaio que os direitos sociais são frutos da “superação do individualismo possessivo e do darwinismo social, decorrente das transformações econômicas e sociais ocorridas no final do Século XIX e início do Século XX”. Deve-se isso, continua, à crise das relações sociais decorrentes dos modos liberais de produção, acelerada pela Revolução Industrial e pela conseqüente organização do operariado, guiado pelo ideário marxiano⁵⁵⁸.

A inefetividade dos direitos sociais não é fenômeno recente, acompanhando-os desde a sua positivação. Os sofisticados artigos da Constituição de Weimar⁵⁵⁹ que tratavam dos direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema-direita e extrema-esquerda políticas, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de fada”. Como conseqüência, o legislador fundamental alemão de 1949 renunciou, deliberadamente, à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações estatais positivas. Desse modo, os

⁵⁵⁶Sobre os direitos sociais como direitos fundamentais, conferir: KRELL, op. cit., p.19-23.

⁵⁵⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.336.

⁵⁵⁸SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 261.

⁵⁵⁹Vale aqui lembrar, com Sampaio, que as bases para a construção de um Estado de Bem-Estar Social já estavam dadas antes da primeira guerra mundial, contudo, faltava ainda aos direitos sociais a estatura constitucional, que só lhes seria assegurada pelas Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. SAMPAIO, op. cit., p. 218.

direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de complexos fatores econômicos e políticos, não integraram o texto da Lei Fundamental.⁵⁶⁰

Em sua maioria, os constitucionalistas alemães criticam a inclusão dos direitos fundamentais sociais na constituição, em virtude da sua não realização imediata por parte do estado, provocando a impressão no cidadão de que todo o texto constitucional nada mais seria do que uma “construção de frases” ou um “catecismo popular, cheio de utopias”, que resultaria na perda de normatividade da constituição e da sua força de estabelecer valores.⁵⁶¹

Sanchís relembra a posição de Forsthoff, para quem a intenção de vivificar os direitos sociais tinha de fracassar, pois formulações desse tipo não são aptas para fundamentar direitos e deveres concretos. De maneira ainda mais incisiva, aborda Braud, que afirma não gozarem os direitos sociais de aptidão para a efetividade, estando situados fora do direito⁵⁶².

Esses posicionamentos, todavia, ressalta o próprio Sanchís, parecem, na atualidade, majoritariamente abandonados. Não se pode mais aceitar a tese do período de Weimar, segundo a qual a própria indeterminação dos direitos sociais impossibilitava a sua aplicação imediata. O fato das normas materiais da constituição serem geralmente esquemáticas, abstratas, indeterminadas e elásticas, assevera, não afeta o seu caráter vinculante⁵⁶³.

Retornando ao tratamento dispensado pela Lei Fundamental alemã aos direitos sociais, Dieter Grimm esclarece que embora não haja direitos fundamentais sociais expressos na Lei Fundamental, a doutrina publicista alemã adotou a perspectiva segundo a qual a realização de inúmeros direitos de liberdade tem pressupostos materiais⁵⁶⁴. Diante disso, salienta, “o Tribunal Constitucional Federal impôs obrigações sociais ao Estado, derivadas dos clássicos direitos de liberdade”⁵⁶⁵. Reforça-se essa posição com Sanchís, ao asseverar que para a

⁵⁶⁰KRELL, op. cit., p. 46. Krell menciona que uma exceção é o direito da mãe à proteção e assistência por parte da comunidade, que consta do artigo 6º, IV, da Lei Fundamental.

⁵⁶¹Ibid., p. 46.

⁵⁶²SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998, p.98.

⁵⁶³Ibid., p.98.

⁵⁶⁴Para Habermas, os direitos fundamentais sociais servem para garantir os “verdadeiros pressupostos para desfrutar em condições de igualdade de chances aqueles direitos individuais e políticos fundamentais”. HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos**. [Trad. Claudio Molz]. in MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz [Orgs.]. **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p.78-79.

⁵⁶⁵GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. [Trad. Geraldo de Carvalho]. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.251.

jurisprudência do Tribunal Constitucional os direitos prestacionais, como normas objetivas, não são meramente retóricos⁵⁶⁶.

Na mesma direção, Alexy lembra uma decisão do Tribunal Constitucional de 1975, na qual se disse que “certamente, a assistência social aos necessitados de ajuda é um dos deveres óbvios do Estado social”. Afirma ainda o Tribunal que a comunidade deve assegurar aos necessitados as condições mínimas para uma existência digna. Diante disso, enfatiza, “não pode haver nenhuma dúvida de que o Tribunal Constitucional Federal parte de um direito fundamental a um mínimo vital”⁵⁶⁷.

Alexy reforça esse entendimento ao sustentar que há diversos pontos de apoio na Lei Fundamental para a reivindicação de direitos prestacionais, como, por exemplo, a própria questão da igualdade, que pode ser interpretada como igualdade fática, material. Contudo, ressalva, do ponto de vista do seu texto, não há como negar à Lei Fundamental o caráter primário de constituição burguesa, orientada à tutela dos direitos de defesa.⁵⁶⁸

O paradoxal disso tudo, acentua Grimm, é que embora no plano do direito constitucional a República Federal alemã seja menos marcada como Estado social, na prática, ela é um Estado social em grau mais intenso do que a República de Weimar, que tinha um direito constitucional socialmente mais forte⁵⁶⁹.

Trazendo o debate para o Brasil, Andreas Krell aponta juristas que, apoiando-se em autores norte-americanos e alemães, deixam entender que os direitos sociais contidos na Constituição brasileira não seriam propriamente direitos fundamentais. Essa afirmação, segundo ele, vai ao encontro da ultrapassada abordagem feita por Carl Schmitt, que negava a qualidade de verdadeiros direitos fundamentais aos direitos sociais consagrados no Texto Constitucional de Weimar, por serem completamente sujeitos à vontade do legislador ordinário.⁵⁷⁰

Sampaio, ao tratar do tema, aborda a concepção comum a alguns constitucionalistas brasileiros, que defendem que os direitos sociais podem ser retirados do texto constitucional, por possuírem fundamentalidade de segundo nível,

⁵⁶⁶SANCHÍS, 1998, p.99. Conferir ainda:MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução Beatriz Henning et al. Montevideo, Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p.827-829.

⁵⁶⁷ALEXY, 1993, p. 422.

⁵⁶⁸Ibid., p. 421.

⁵⁶⁹GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. [Trad. Geraldo de Carvalho]. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.251.

⁵⁷⁰KRELL, 2002, p. 48-49.

isto é, meramente formal-procedimental. Em outras palavras, os direitos sociais contidos na Constituição de 1988 não seriam cláusulas pétreas. Contudo, rebate o citado autor, “a tese não resiste a indagações hermenêuticas mais superficiais”⁵⁷¹. Diante de todas as regras de interpretação os direitos sociais contidos na Constituição do Brasil são também *fundamentais*, com todas as conseqüências daí advindas. A tentativa de relativizá-los e de retirar-lhes a qualidade da “fundamentalidade” é perigosa, além de não trazer nenhuma vantagem.⁵⁷²

Efetivar os direitos sociais é exigência básica da própria essência do Estado Democrático de Direito, pois são eles condições imprescindíveis para a fruição dos demais direitos, inclusive os de liberdade. Não há que se falar em liberdade humana quando as condições mínimas de subsistência não estão garantidas. Como lembra Sarmento, “diante da desigualdade de fato existente no meio social, se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se lastreia o constitucionalismo seguramente vão se frustrar”.⁵⁷³

Neste sentido, José Afonso da Silva afirma que

um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta, a miséria. Ora, o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumento de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a efetividade necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas.⁵⁷⁴

Grande é a celeuma existente no direito acerca dos limites de efetivação dos direitos sociais. A reserva do possível, segundo a qual a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais está condicionada à disponibilidade estatal de recursos econômicos, encontra-se sempre presente neste tipo de argumentação. De acordo com esse ponto de vista a limitação dos recursos públicos apresenta-se como verdadeira barreira fática à efetivação dos direitos sociais prestacionais.⁵⁷⁵ Canotilho esclarece que “os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de

⁵⁷¹SAMPAIO, 2002, p.265.

⁵⁷²KRELL, 2002, p. 48-49.

⁵⁷³SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional.** in QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coords.) **Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.325-326.

⁵⁷⁴SILVA, José Afonso. **O Estado Democrático de Direito.** in QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coords.) **Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.7-25.

⁵⁷⁵Ibid., p.51.

ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos”⁵⁷⁶.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão o direito às prestações positivas está subordinado à reserva do possível, encontrando como limite aquilo que o indivíduo, razoavelmente, pode esperar da sociedade⁵⁷⁷. Esta concepção tem o condão de impossibilitar exigências acima de um determinado limite básico social.⁵⁷⁸ Segundo Grimm, “em virtude da abundância das tarefas e da escassez dos meios, não há garantias de existência acima de um mínimo social”.⁵⁷⁹

A temática da reserva do possível também já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 45, ocasião em que o Ministro Celso de Mello afirmou que os direitos sociais estão subordinados à cláusula da reserva do possível. O Ministro Eros Grau, em análise doutrinária sobre o tema, ressalva que essa 'reserva' “não pode ser reduzida a *limite posto pelo orçamento*”, ou seja, não se pode confundi-la com disponibilidade financeira do Estado. Deve-se compreender a reserva do possível a partir dos próprios limites materiais – econômicos – que condicionam a ação estatal. Grau critica duas posturas extremadas: de um lado, o que chama, ancorado em Oliveira Vianna, de idealistas utópicos, que, ignorando a realidade, “imaginam possa a Constituição em um passe de mágica instalar as condições materiais indispensáveis à concretização de todos os direitos [...]”; de outro lado, estão os que subordinam a força normativa da Constituição à força normativa do orçamento público⁵⁸⁰.

Para Anabelle Silva, o argumento da escassez de recursos econômicos é frágil, pois a Constituição defere à União e aos Estados-membros competências tributárias e financeiras que possibilitariam a arrecadação de recursos destinados à implantação das políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais prestacionais. Porém, eles permanecem inertes diante do não pagamento dos seus créditos⁵⁸¹. Outro obstáculo aparece em situações em que há dependência somente

⁵⁷⁶CANOTILHO, 2001, p.368.

⁵⁷⁷ALEXY, 1993, p. 425; [*BverfGE*33, 303 (333). *numerus clausus*]; MARTINS, 2005, op. cit., 656-667.

⁵⁷⁸KRELL, 2002, p. 52.

⁵⁷⁹GRIMM, op. cit., p.252.

⁵⁸⁰GRAU, Eros Roberto. Realismo e Utopia Constitucional. *in* ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno (Coords.). **Direito Constitucional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.124-125.

⁵⁸¹Aliás, o próprio direito penal brasileiro é bastante condescendente com os sonegadores de impostos, excluindo-se a existência de crime desde que o pagamento dos tributos devidos seja efetuado antes do oferecimento da denúncia criminal.

do remanejamento de recursos já existentes para o atendimento de determinado direito prestacional, não cabendo nesse caso a reserva do possível. Mesmo em hipóteses mais complexas, em que se postulem soluções definitivas e profundas, a cláusula de escassez ainda permanece relativa, pois há a possibilidade de fixação de obrigação orçamentária para o exercício subsequente.⁵⁸²

É forte o debate no Brasil sobre o papel do Judiciário na implementação de políticas públicas concernentes à concretização dos direitos sociais positivados na Magna Carta. Alguns autores criticam o ativismo judicial, defendendo que deveria ficar ao alvitre do Executivo escolher, por exemplo, se o Estado brasileiro tratará com os recursos disponíveis para a saúde milhares de doentes vítimas de moléstias comuns à pobreza ou um grupo pequeno de doentes terminais, vitimados por doenças raras ou de cura improvável. Concorde-se aqui com Krell quando este sustenta que a resposta coerente a essa questão, tendo por base a principiologia contida na Constituição Federal de 1988, seria: tratar todos! Não sendo suficientes os recursos, deve-se retirá-los de outras áreas – transporte, fomento econômico, serviço de dívida – onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais da pessoa humana: sua vida, integridade física e saúde. O uso de relativismo nessa área pode levar a “ponderações” perigosas e anti-humanistas, tais como, “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”, etc.⁵⁸³

Para Krell, esta posição não quer, como sustentam alguns, “conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional”, mas simplesmente fazer aquilo que já fora apregoado por Dworkin: levar o direito a sério. Andreas Krell corrobora as palavras de Lenio Streck, para quem o debate europeu sobre a superação e limitação do estado social, com a contenção dos respectivos direitos subjetivos, não pode ser transferida para o Brasil, país em que o estado providência nunca foi implantado e as promessas da modernidade não foram ainda cumpridas.⁵⁸⁴

Argumentou-se na Alemanha para a não inclusão dos direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn que eles representam uma categoria diferente de valores fundamentais ou fins de estado; assim, não faria sentido inserir direitos fundamentais “ao trabalho” ou “à moradia” na Lei alemã enquanto estes não fossem exigíveis diretamente pelos indivíduos em juízo. Para Krell, a questão aqui parece ser muito

⁵⁸²SILVA, 2005, p. 183-186.

⁵⁸³KRELL, 2002, p. 53.

⁵⁸⁴DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. apud KRELL, op. cit., p. 53-54.

mais de vontade política e organização administrativa. Poucos países foram capazes de direcionar as verbas necessárias para atender a todos os necessitados. Nessas áreas, a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes por parte de municípios, dos estados e da união deve ser compelida e corrigida pelos tribunais.⁵⁸⁵

Dentro de todo esse contexto, bastante oportuna é a advertência feita por Krell, segundo a qual fica nítido que uma transferência mal refletida do conceito da “reserva do possível” e do entendimento dos direitos sociais como mandados de otimização⁵⁸⁶ – e não legítimos direitos fundamentais – constituiria uma importação acrítica de soluções alienígenas, nem sempre aptas a proporcionarem respostas coerentes às verdadeiras necessidades materiais do povo brasileiro. Infelizmente, há décadas o país sofre com essa visão colonizada, que adere a modismos, pautada na premissa de que tudo o que é bom para o primeiro mundo também é bom para o Brasil. Deixa-se, com isso, de se desenvolver soluções que dêem conta, efetivamente, dos problemas do país.⁵⁸⁷

Para a teoria do estado social, enfatiza Krell, o poder público tem o dever de transpor as liberdades presentes na constituição para a *realidade constitucional*. Na vida moderna, regida pela tecnologia e indústria, a prestação dos serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício dos direitos sociais – escolas, hospitais, eventos culturais, comunicações, fornecimento de energia, água, transportes. É obrigação de um estado social controlar os riscos resultantes da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais.⁵⁸⁸

A dignidade humana e os direitos humanos de liberdade e igualdade exigem uma ação estatal que assegure esses valores além das garantias formais da lei, por meio de oportunidades sociais reais. Questiona-se então se não deriva disso uma obrigação do estado de proporcionar reformas estruturais na sociedade⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵KRELL, 2002, p. 55-56.

⁵⁸⁶Para Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das condições fáticas e normativas existentes. Em suma, os princípios são normas que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo a medida do seu cumprimento tanto das condições fáticas quanto das jurídicas. ALEXY, 1993, op. cit., p. 86; Para conferir a crítica de Habermas a conceituação dos princípios como mandato de otimização, consultar: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I [Trad. Flavio Beno Siebenichler] Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.315 e ss.

⁵⁸⁷Ibid., p. 56.

⁵⁸⁸Ibid., p. 59-60.

⁵⁸⁹KRELL, 2002, p. 61.

Segundo Krell, a teoria do “mínimo existencial”, que atribui direito subjetivo aos cidadãos contra o poder público em casos de diminuição de prestação dos serviços sociais básicos que sejam essenciais à garantia de uma existência digna, até hoje foi pouco discutida na doutrina e na jurisprudência brasileiras. O referido “padrão mínimo social” para sobrevivência engloba, dentre outros elementos, o atendimento básico de saúde, a compra de vestimentas, educação fundamental e moradia; o conteúdo concreto desse *mínimo*⁵⁹⁰, no entanto, variará de país para país.⁵⁹¹

A ordenação do cumprimento deste “padrão mínimo”⁵⁹² pelo estado poderia ser feita, sem maiores traumas, pelo judiciário; os problemas que aparecem são ideológicos e não jurídicos. Os argumentos freqüentes de falta de verbas e de ausência de competência do judiciário não são suficientes para justificar que o estado não preste os serviços sociais básicos. Sarlet, citado por Krell, afirma que o não cumprimento estatal dos serviços sociais básicos pode ser equiparado à pena de morte.⁵⁹³

Anabelle Silva leciona que tradicionalmente a execução dos direitos fundamentais prestacionais necessita da intervenção ativa do estado. A elevação desses direitos à categoria de textos de norma não esgota sua função normativa, exigindo atos executórios que transcendem à intervenção legislativa. Exige-se, com isso, um redimensionamento da função legislativa e judicial; a função judicial clama uma nova postura dos juízes, que supere a visão tradicional, negadora de normatividade aos direitos sociais por considerá-los meramente programáticos, e aceite a realidade da transformação da concepção do direito e das funções estatais, que coloca a concretização da norma jurídica nas mãos do judiciário.⁵⁹⁴

A tripartição de funções do estado, aos moldes de Montesquieu, sempre foi um tipo ideal, nunca tendo existido uma divisão exata e estanque entre elas⁵⁹⁵. Krell afirma que

⁵⁹⁰Sobre a existência de um mínimo ético, conferir: ARRUDA JR; GONÇALVES, op. cit., passim.

⁵⁹¹Ibid., p.63. Para Krell, alguns autores entendem que a garantia da dignidade humana inclui também o “direito ao trabalho”.

⁵⁹²A discussão sobre um mínimo ético é feita com bastante propriedade em: ARRUDA JR, 2002.

⁵⁹³KRELL, op. cit., p. 63-64. Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 155s.

⁵⁹⁴SILVA, 2005, op. cit., p. 67-68. Sobre a questão dos direitos sociais como normas programáticas, conferir: KRELL, op. cit., p. 25-29.

⁵⁹⁵Para uma análise crítica da visão que coloca a tripartição de poderes como um verdadeiro dogma, conferir, dentre outros: KRELL, 2002, p. 85 e ss; Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.1021-1029.

o Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de *freios e contrapesos*, para que “a separação dos poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito”⁵⁹⁶.

Com o encolhimento da função legislativa houve a repartição de suas atribuições com os demais poderes; a utilização de conceitos indeterminados e normas-princípios são exemplos da partilha de poder com o judiciário, que aparece como aperfeiçoador da atividade reguladora, a partir da análise de casos concretos. Amplifica-se, dessa maneira, a intervenção do judiciário nas relações sociais decorrentes de leis e direitos fundamentais cuja catalogação funcionou como propulsor da expansão da justiça constitucional, permanecendo a concretização dos direitos fundamentais prestacionais como desafio constante. Desse modo, cumpre ao judiciário optar entre conferir aos direitos fundamentais sociais eficácia meramente programática ou adotar um padrão de intervenção que prestigie a força normativa da constituição, concretizando os direitos prestacionais vinculados ao mínimo existencial.⁵⁹⁷

Nesse processo de reconfiguração do judiciário não há usurpação da função legislativa, pois a concretização da norma-decisão pelo juiz se reporta a um texto normativo vigente, ao contrário da função legislativa. O processo judicial caracteriza-se pela inércia do julgador, exaltando-se o valor segurança, enquanto o processo legislativo demanda ação do legislador, submetendo-se ao valor participação. A nota distintiva da jurisdição das demais funções estatais são os limites processuais, caracterizadores das suas “virtudes passivas”.⁵⁹⁸

Para Anabelle Silva, o judiciário aparece na realidade do *Welfare State* como mediador das relações sociais. Com isso, o processo judicial assume novas funções na ordem política e social, o que resulta na intensificação da juridicização das relações sociais. As temáticas da constitucionalização dos princípios fundamentais e do dirigismo constitucional se ajustam à judicialização dos conflitos sociais, fazendo com que o direito assumira um padrão prospectivo de atuação, que o compromete com o futuro e com intervenções promocionais e dirigentes⁵⁹⁹.

⁵⁹⁶KRELL, 2002, p. 90.

⁵⁹⁷SILVA, 2005, p. 69-72.

⁵⁹⁸Ibid., p. 69-72.

⁵⁹⁹Ibid., p. 72-73.

Desse modo, a atuação jurisdicional do estado nos processos judiciais deverá se conformar aos novos paradigmas do estado social, repleto ainda de potencialidades aptas a impulsionar a superação de desigualdades na realidade brasileira.⁶⁰⁰

Segundo Silva, Engisch identifica uma tendência à concreção no direito contemporâneo, o que exige da teoria geral do direito iniciativas variadas e mecanismos jurídicos voltados ao concreto e à distinção concreto/abstrato. A concretização traz em seu bojo uma atividade de determinação e especificação. A idéia de determinabilidade no direito está em sintonia com o valor segurança jurídica, sendo garantidora da máxima objetividade das leis; contudo, pode também importar em mácula à equidade. A indeterminação, por um lado, permitiria a conversão do juiz em criador do direito, contrariando o princípio da separação dos poderes, mas proporcionando ganhos em termos de justiça individualizada e de igualdade social, já que as cláusulas gerais exigem valoração de circunstâncias, sendo abstratas, indeterminadas e amplas, permitindo que decisões sejam válidas em direito por mais distintas e contraditórias que sejam. Os textos de normas são gerais e abstratos, e isso implica em variabilidade e indeterminação, coisas que o positivismo, como já mencionado, reluta em aceitar. As normas constitucionais, por suas citadas características, são mais abstratas, permitindo uma variedade maior de possibilidades de sentido, que permanecem até o momento da concretização.⁶⁰¹

Engisch, continua Anabelle Silva, defende que lutar por um ordenamento concreto significa lutar pelas formas existenciais de um direito perceptível, pois concretização implica em percepção e determinação. Esquadrinhar o processo de concretização de uma norma jurídica é examinar a relação direito e vida, no momento exato em que surge um direito vivo. A concretização, nesse contexto, afigura-se como orientação do direito ao mundo da vida.⁶⁰²

Concretizar as disposições normativas de cunho emancipatórias contidas na Constituição de 1988: eis o desafio imposto aos juristas orgânicos! Para que essa almejada concretização dos direitos sociais realmente se efetive, imprescindível que os alternativistas se armem das ferramentas dogmáticas.

⁶⁰⁰Ibid., p. 72-73.

⁶⁰¹Ibid., p. 79-80.

⁶⁰²Ibid., p. 81.

As teorias escolhidas por este trabalho para nortear o atuar alternativista já foram tratadas no segundo capítulo, com alguns pontos retomados neste. Não se pode deixar de abordar com mais vagar, porém, a importância da teoria do dirigismo constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição vigente, em face da própria influência que exerceu nos trabalhos do Constituinte de 1988.

2.2.3.1. Constitucionalismo dirigente, ativismo judicial e a concretização dos direitos sociais

Como já mencionado, a teoria da constituição dirigente, que tem no constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho seu principal expoente, influenciou, e ainda influencia, sobremaneira, não somente o processo constituinte que culminou na Constituição Federal vigente, como também boa parte da própria dogmática constitucional pátria. Este modelo de constitucionalismo espera uma atuação criativa do judiciário, que permita a inclusão dos excluídos, de modo a eliminar a iníqua desigualdade que assola a sociedade brasileira.⁶⁰³

Desde que a expressão constituição dirigente foi utilizada por Peter Lerche, em 1961, traz-nos a idéia de vinculação do legislador. Enquanto Lerche ocupou-se em distinguir quais normas vinculariam ou não o legislador, Canotilho atribuía o caráter dirigente a todo o texto constitucional.⁶⁰⁴

Na perspectiva dirigente adotada por Canotilho vislumbra-se a possibilidade de mudança social por meio do direito. Afirma o Mestre lusitano que “as constituições dirigentes, na formulação das suas normas de acção, tanto podem

⁶⁰³KRELL, 2002, p. 67. Cf. CITTADINO, 2000, *passim*. Esta obra apresenta um interessante histórico do processo constituinte que culminou na atual Constituição brasileira, além de desenvolver importantes categorias da atual filosofia política, como o comunitarismo.

⁶⁰⁴Vale destacar que, nos últimos anos, Canotilho revisou o seu posicionamento, principalmente após a publicação do texto “Romper ou Rever com a Constituição Dirigente?”. Essa nova postura do mestre português, pautada na idéia de um “constitucionalismo moralmente reflexivo”, causou intensos debates no ambiente constitucional brasileiro, tendo motivado a publicação de uma obra organizada por Jacinto Coutinho, em que alguns dos principais constitucionalistas brasileiros dialogam com Canotilho sobre o assunto. De qualquer sorte, o próprio autor tem admitido que a sua mudança de paradigma tem por pressuposto a realidade dos países europeus que já passaram por um efetivo estado social, não sendo as suas premissas aplicáveis a um país como o Brasil, que ainda não cumpriu as promessas da modernidade. Conferir, sobre o tema : CANOTILHO, 2001, p. V a XXX; BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de e LIMA, Martônio Mont’alverne B. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o Lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

corresponder a um programa do 'liberalismo socialmente activista' (uma 'teoria de alcance médio') como a um programa centrado numa *praxis* emancipatória ou reconstrutiva⁶⁰⁵.

Sustenta Canotilho que “os princípios dirigentes constituem 'medidas de decisões críticas', de acordo com as quais o mundo político-social se deve projectar e conformar”. Não se ignora, contudo, que o processo de mediação legislativa está inserido nas relações sociais concretas e nos domínios particulares de atuação e também não se “furta às exigências funcionais e racionais do processo económico, social e político”⁶⁰⁶.

Afirma o referido autor que a política constitucional – o processo público de decisão, investigação e concretização dos princípios normativo-constitucionais – não se reduz a uma “*tecnologia incremental*” indiferente aos 'princípios de justiça'. “O processo da estratégia da política de justiça concebe-se, em parte, como um *processo para a realização dos princípios normativo constitucional*”. Lembra ainda que o discurso constitucional é sempre “codificador' da realização de interesses pragmáticos e da legitimação de pretensões de domínio político”. A 'verdade discursiva', arremata, “é a codificação de uma *luta por posições constitucionais*”.⁶⁰⁷

Krell afirma que num cenário de constituição dirigente os direitos sociais devem ser encarados como verdadeiras imposições constitucionais, legitimadoras, como sustenta Canotilho, de transformações económicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos. A inconstitucionalidade por omissão pode alcançar o estado quando este, por inércia, não criar as condições materiais para a efetivação dos direitos sociais.⁶⁰⁸

Como já enfatizado, a constituição não pode ser vista apenas como expressão mecânica da esfera do *ser*, conforme apontava Lassale, mas como documento do *dever ser*, que norteia os rumos que a sociedade e o estado devem tomar. Ela não pode ser o mero reflexo das condições fáticas de sua vigência, devendo servir de horizonte utópico que guiará a sociedade em sua caminhada.

Adotar, como fez o Brasil, um modelo constitucional dirigente não significa retirar a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo, prescrevendo uma única linha de atuação para a política, mas sim, estabelecer um fundamento

⁶⁰⁵CANOTILHO, 2001, p. 458.

⁶⁰⁶Ibid., p. 459.

⁶⁰⁷Ibid., p. 459-460.

⁶⁰⁸KRELL, 2002, p. 67.

constitucional para a política, tornando-se sua *premissa material*.⁶⁰⁹ Ressalta Canotilho que a sociedade é um palco de controvérsias políticas e de lutas de interesses, porém essa realidade é dialética.⁶¹⁰

Krell defende que as condições culturais, políticas e sócio-econômicas vigentes no Brasil no início deste novo século, não apontam para uma exaltação das teorias liberais e internacionais, mas para um desenvolvimento firme e contínuo em direção ao estado social, preconizado pela Constituição de 1988, com todas as suas conseqüências. Nesse processo, o poder público brasileiro tem necessariamente um papel diverso ao da Europa unificada, onde o nível de organização e atuação da sociedade civil é incomparavelmente mais alto⁶¹¹.

O processo de efetivação de uma constituição dirigente exige, ao lado da vontade de constituição, um adequado ferramental dogmático, de maneira a que os seus inúmeros dispositivos transcendam o texto e ganhem concretude. O reconhecimento do caráter normativo dos princípios, por exemplo, é uma importante arma na luta para a concretização de uma ordem constitucional principiológica, como a brasileira, pois tiram os importantes direitos albergados nos princípios do *status* de meros programas, vistos tão-somente como obrigação moral ou política, colocando-os na posição de verdadeiros direitos. Com o reconhecimento de seu caráter normativo, os princípios passam a ser considerados espécies do gênero norma jurídica, pois são formulados com os mesmos modais deônticos – proibição, obrigação e permissão – que as caracterizam.

Friedrich Müller entende a atividade jurídica, segundo Bercovici, como sendo uma atividade política guiada por normas jurídicas. O direito, desse modo, é uma forma particular da política. A constituição não pode, porém, abarcar para si a totalidade do político, como fizeram alguns segmentos da teoria da constituição dirigente, sob pena de perda de normatividade e, o que é mais grave, de ocasionar um esvaziamento do espaço político e um agigantamento da esfera jurídica.⁶¹²

Ensina Bercovici que a constituição não é exclusivamente normativa, como queriam os normativistas, mas também política. Desse modo, as questões

⁶⁰⁹KRELL, 2002, p. 69-70. BERCOVICI, 2003, passim.

⁶¹⁰CANOTILHO, op. cit., p.461.

⁶¹¹KRELL, op. cit., p. 69-70. BERCOVICI, 2003, passim.

⁶¹²CANOTILHO, 2001, passim; COUTINHO, 2003, passim.

políticas devem ser levadas em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais.⁶¹³

Como bem assevera Barroso, o direito tem seus próprios limites e por isso não deve normatizar o *inalcançável*; ele se forma com elementos colhidos na realidade que precisam de ressonância na esfera social. O equilíbrio entre esses dois extremos, trabalhado no capítulo anterior, é que conduz a um ordenamento jurídico eficaz.⁶¹⁴ A obediência a um texto constitucional exige sempre que o mesmo tenha respaldo na realidade fático-social existente.⁶¹⁵

Andreas Krell adverte que tanto na Alemanha quanto no Brasil se reconhece que promessas constitucionais exageradas mediante direitos fundamentais sociais, sem que haja real possibilidade de sua realização, levam a população a uma “frustração constitucional”, que coloca em descrédito a própria constituição como sistema de normas legais vigentes, podendo abalar a confiança dos cidadãos na ordem jurídica como um todo. Por isso Hesse afirma que a força normativa de uma constituição depende da conexão existente entre o seu texto e as possibilidades históricas de realização da prescrição. No entanto, certa frustração e desconfiança causadas por essas proclamações solenes, carentes de eficácia imediata, não autoriza os críticos da presença dos direitos sociais na constituição a taxarem isso de uma utopia ingênua⁶¹⁶.

Relembra Anabelle Silva que a constituição subordina as demais normas, pois é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, servindo de garantia para a execução de normas infraconstitucionais. Como não há dúvidas sobre a superioridade hierárquica da constituição, importante cuidar, como enfatizava Hesse, da construção de sua força normativa, que passa pelo reconhecimento e condicionamento recíproco entre a constituição jurídica e a realidade político-social. Na teoria material da constituição há a ruptura dessa dicotomia norma e realidade, considerando-se ambas integradas. A normatividade constitucional, portanto, é fruto da interação dialética entre a pretensão de eficácia

⁶¹³Reforça Bercovici “que a Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. Não há uma Teoria da Constituição, mas várias Teorias da Constituição, adequadas à sua realidade concreta”. Sem entender o Estado, insiste o autor, não há como entender a Constituição. BERCOVICI, 2003, op. cit., p. 131-132.

⁶¹⁴Cf. BARROSO, 1996, p. 47.

⁶¹⁵KRELL, 2002, p. 26.

⁶¹⁶Ibid., p.26.

das normas constitucionais – elemento normativo – e as condições históricas de sua realização – elemento fático⁶¹⁷.

O direito constitucional não pode ignorar a relação entre normatividade e faticidade, devendo sempre explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir maior eficácia possível, maximizando a atuação de uma hermenêutica constitucional de viés emancipatório, tão urgente em realidades sociais periféricas como a brasileira para se evitar aquilo que Häberle chamou de *deficit de concretização*⁶¹⁸.

Nas constituições compromissórias, ricas em direitos fundamentais, a concretização jurisdicional é intensa, pois a integração normativa serve também para sanar omissões legislativas lesivas. Essas omissões podem conduzir as normas constitucionais à completa inefetividade, salvo se o cidadão puder contar com uma decisão jurisdicional que ressalte o caráter normativo da constituição. Esse processo pode ser, dentro do contexto de sociedade aberta de intérpretes da constituição, mais um importante espaço de participação da sociedade na realização das políticas públicas albergadas nos direitos fundamentais, haja vista que por meio dela o cidadão pode se defender da não-concretização legislativa desses direitos.

No modelo constitucional brasileiro, o mandado de injunção foi a ferramenta de cidadania criada para suplantar as omissões legislativas. Depois de ter sido desvirtuado durante anos pela compreensão restritiva que o Supremo Tribunal Federal fazia dele, igualando os seus efeitos aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁶¹⁹, a nova orientação jurisprudencial da Corte, acertadamente, retomou os delineamentos originais do instituto, por meio dos quais o Tribunal está autorizado, diante do caso concreto, a não apenas declarar a mora

⁶¹⁷SILVA, 2005, p. 84-87.

⁶¹⁸Ibid., p. 88; HÄBERLE, Peter. **A Humanidade como valor básico do Estado Constitucional**. in MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz [Orgs.]. **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p.54.

⁶¹⁹Compete ao Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por força do artigo 103, §2º, da Constituição Federal, apenas dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Um exemplo concreto de estruturação desta linha jurisprudencial restritiva no Supremo Tribunal Federal pode ser encontrado no Mandado de Injunção 168-5, do Rio Grande do Sul, julgado pelo Tribunal Plenário em 21 de Março de 1990, com Acórdão de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça de 20 de Abril de 1990. Ficou acordado na ocasião que “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado [...]”.

legislativa, mas também a colmatar provisoriamente a lacuna normativa enquanto se aguarda o final da inércia do Poder Legislativo.

O exercício da atividade concretizadora pelo judiciário poderia gerar indagações relativas à possível afronta aos princípios da soberania popular e da separação de poderes.⁶²⁰ Porém, tais princípios estão preservados por meio da defesa judicial do poder omissivo e, ainda, pelo fato de terem o legislativo e o executivo a última palavra quando divergem da concretização prolatada na decisão jurisdicional. Como assevera Anabelle Silva, o Legislativo pode editar nova lei regulando a matéria da maneira que considerar cabível, enquanto ao Executivo compete traçar a implementação do direito social em questão, da forma que avaliar viável, desde que respeitados os parâmetros mínimos fixados pela decisão concretizadora.⁶²¹

Em que pese a grande importância dessa atividade concretizadora do judiciário no processo de efetivação dos direitos sonogados às classes espoliadas, ressalva-se, uma vez mais, que não se quer defender aqui o fenômeno da judicialização exacerbada do espaço político, por meio do qual a luta política é toda canalizada para o judiciário, esvaziando-se os canais de mobilização popular. A concretização efetiva dos direitos sociais sonogados às classes sociais exploradas pressupõe não somente a ocupação do judiciário como arena da luta política, mas também constante articulação popular que busque ocupar os espaços políticos existentes na sociedade e no estado. Canotilho é categórico ao afirmar que “o bloco constitucional dirigente não substitui a política; o que se torna é premissa material da política”.⁶²²

Segundo Krell, há no Brasil, de um modo geral, uma resistência ao controle judicial dos atos do poder público, que são vistos como autônomos, discricionários e insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade. O Supremo Tribunal Federal, exagerando na “auto-restrição judicial” – *judicial self-restraint* –, recusa-se em controlar a edição de medidas provisórias e, como já dito, até bem pouco tempo atrás se recusava, em sede de mandado de injunção, a criar

⁶²⁰Sobre a separação de poderes e a criação de leis, conferir: COELHO, Inocêncio Mártires. **A Criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação de poderes.** Revista de Informação Legislativa. Vol. 34, nº134, p.99-106, abr./jun. de 1997. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/227>; acessado em 12 de setembro de 2006.

⁶²¹SILVA, 2005, p. 93-94;

⁶²²CANOTILHO, 2001, p. 463.

normas para os casos concretos⁶²³. Percebe-se, pela análise da jurisprudência produzida pela sua composição atual, que o Supremo tem adotado um viés ativista, o que torna factível a expectativa de que a Corte altere, em breve, o seu entendimento sobre o controle jurisdicional das medidas provisórias.

Reforça-se que a teoria da separação dos poderes nunca defendeu que os três poderes estatais devessem ser incomunicáveis, mas sim, que fossem independentes e harmônicos entre si, de maneira que a cada um fosse garantido o controle constitucional dos demais.⁶²⁴

Necessário, pois, que haja uma distribuição que garanta um sistema eficaz de *freios e contrapesos*, para que a separação dos poderes não signifique uma mera ideologia que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito. Para Krell, a clássica divisão de funções do estado torna-se obsoleta quando as leis se transformam em programas finalísticos.⁶²⁵

Nesse sentido, continua o citado autor, torna-se evidente que o apego exagerado de grande parte da magistratura brasileira à teoria da separação dos poderes é resultado de uma concepção conservadora da doutrina constitucional, que ainda não se adaptou às exigências do moderno estado social e está devendo a necessária atualização e re-interpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico⁶²⁶.

Para Anabelle Silva, o redimensionamento da relação ordem social/ordem política agregou ao constitucionalismo novos conteúdos, englobando novos aspectos da realidade, enfraquecendo o potencial normativo do princípio da separação de poderes.⁶²⁷

O estado social⁶²⁸ concilia sociedade e estado por meio da concretização de direitos fundamentais e da abertura do sistema jurídico e político, fazendo emergir a democracia participativa dos escombros da democracia representativa. Constroem-se a partir daí as novas bases de legitimação do judiciário, não mais a partir da premissa da representatividade, mas sim da noção de que a judicialização

⁶²³KRELL, 2002, p. 87.

⁶²⁴Ibid., p. 89.

⁶²⁵Ibid., p. 90.

⁶²⁶Ibid., p. 91.

⁶²⁷SILVA, 2005, p. 106-107.

⁶²⁸José Afonso da Silva faz interessante classificação dos modelos estatais, tecendo aguçadas considerações sobre a conceituação do estado social. Cf: SILVA, op. cit., p.7-25.

de questões políticas é uma das formas de exercício democrático e de participação.⁶²⁹

Krell, citando Ferraz Junior, defende que o juiz deve adotar, nessa nova perspectiva assumida pelo estado social, uma “responsabilidade prospectiva”, preocupada com a realização de finalidades políticas das quais não pode mais se eximir em nome de princípios como o da legalidade e da segurança jurídica. Nessa nova configuração o magistrado também é responsável pela implantação dos valores fundamentais do estado social. O judiciário não pode, é claro, criar políticas públicas, mas somente impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucional ou ordinária.⁶³⁰

Um modelo constitucional dirigente exige do judiciário uma postura ativista, pois, segundo Canotilho, uma filosofia de ação, um “ativismo”, que se dirige à produção, reprodução e alteração da sociedade, é um elemento decisivamente caracterizador do constitucionalismo dirigente.⁶³¹

O ativismo judicial encontra legitimação na democracia participativa, pois a intervenção do judiciário para implementação de políticas públicas sonegadas pela inércia do executivo necessita de provocação social. As decisões dos tribunais precisam ser justificadas, o que agrega valor à norma de decisão, por sujeitarem os tribunais superiores a grande exposição pública e o conseqüente controle da coletividade, conferindo-lhes maior responsabilidade diante das decisões, além de garantir que estas não sejam tomadas com base em meras predileções dos juízes. Bercovici afirma que “a legitimação formal de um órgão de controle de constitucionalidade é proveniente da vontade do Poder Constituinte originário, mas a legitimidade político-social só é obtida com a adequação da interpretação constitucional aos princípios fundamentais”⁶³².

No entanto, a atuação judicial cria, muitas vezes, empecilhos à tutela de interesses da comunidade, sendo os mais comuns a desorganização, morosidade, além da própria falta de compromisso de alguns profissionais do direito com a efetividade da intervenção jurisdicional.⁶³³

⁶²⁹Ibid., p. 109.

⁶³⁰KRELL, 2002, p. 94.

⁶³¹CANOTILHO, 2001, p.458.

⁶³²BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas da Concretização Constitucional**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, n.2, 2004, p.110.

⁶³³SILVA, 2005, p. 109-112.

A democracia não pode ser resumida apenas ao poder da maioria, devendo significar, também, participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos da maioria pode dar grande contribuição à radicalização democrática, desde que seja capaz de preservar o sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, sujeitando-se aos rigores técnicos e metodológicos, bem como aos controles adequados perante outros centros de poder, típicos das sociedades contemporâneas desenvolvidas.⁶³⁴

A negação do positivismo dogmático e o aumento do poder de interpretação dos juízes, criadores, no caso concreto, da norma jurídica, não constitui necessariamente uma exagerada “politização” do judiciário, que passa simplesmente a exercer integralmente as suas novas funções. Segundo Krell, a própria doutrina e jurisprudência constitucional germânica não recusam uma atitude *política* do judiciário, dês, é claro, que se desenvolva dentro dos limites estabelecidos.⁶³⁵

Cumpra ao judiciário, neste contexto, responsabilizar-se pela coerência de suas atitudes com os projetos de mudança social. Exige-se do juiz, num estado constitucional como o descrito, o que Clève já explicitou alhures: responsabilidade e criatividade.

Deve-se, sustenta Silva, atualizar o direito constitucional, de modo a evitar a perpetuação do constitucionalismo redutor de velocidade da política, neutralizador da mobilização social e apoiado no emprego desatualizado do princípio democrático. Experimenta-se, com isso, a repolitização da legitimidade,⁶³⁶ ampliando os canais de exercício da democracia. A repolitização cria uma nova configuração de cidadania, na qual os cidadãos têm amplo acesso às decisões dos governantes.⁶³⁷

Ocorre, então, um amadurecimento do conceito de democracia participativa, que procura se diferenciar do modelo clássico, diminuindo a esfera de representação e aumentando a de participação. Nesse novo modelo participativo, o político e o jurídico se fundem na constitucionalidade, cuja concretização afigura-se como o melhor caminho para o seu aprimoramento.⁶³⁸

⁶³⁴Ibid., p. 114.

⁶³⁵KRELL, 2002, p. 95.

⁶³⁶Sobre legitimidade, conferir: HABERMAS, 1997, passim; ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La Teoría Discursiva del Derecho**: Sistema jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁶³⁷SILVA, 2005, p. 115-116.

⁶³⁸Ibid., p.121-122.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 aparece, segundo Anabelle Silva, como marco inicial do processo de juridicização da vida política e social no Brasil. Questões políticas convertem-se em jurídicas, impondo aos juristas, para trabalharem com essa nova realidade, a necessidade de uso do substrato fornecido pela dogmática constitucional emancipatória.⁶³⁹

Ressalva-se, porém, em sintonia com Bercovici, que “não estamos aqui, adotando o instrumentalismo, acreditando que é possível mudar uma sociedade problemática, como a brasileira, apenas com dispositivos constitucionais”. Todavia, embora a Constituição, por si só, não possa resolver os graves problemas sociais do país, “ela permite a criação de uma política constitucional consciente e com o objetivo de realização dos seus conteúdos”.⁶⁴⁰

Exige-se no estado contemporâneo cuidadosa leitura acerca da *redistribuição da função normativa*, em razão do forte teor normativo oriundo da atividade jurisdicional concretizadora. Ocupar os espaços abertos por essa concretização jurisdicional é o desafio imposto ao jurista orgânico/alternativo. A grande abertura deixada pelos dispositivos de direitos fundamentais na Constituição brasileira, em especial os atinentes aos direitos sociais, propicia inúmeras possibilidades de trabalho. É um espaço, sem dúvidas, em disputa.

Cabe à sociedade, aos intérpretes *informais* do texto constitucional, evitar que as políticas públicas destinadas ao atendimento das demandas sociais sejam destruídas por interpretações judiciais da constituição ainda ancoradas ao modelo liberal, defensor radical da autonomia privada.⁶⁴¹

Krell destaca, com Häberle, que não se pode esquecer que a constituição de um estado não é somente texto jurídico ou regulamento normativo, mas também expressão do seu desenvolvimento cultural, “meio de auto-afirmação cultural de um povo, espelho de seu patrimônio cultural e fundamento de suas esperanças.”⁶⁴²

Garantir a concretização dessa esperança e a normatividade e eficácia da constituição não só quando ela protege as elites, mas, sobretudo, quando garante aos espoliados o cumprimento das promessas da modernidade que lhes têm sido, reiteradamente, songadas é horizonte a ser perseguido diuturnamente pelos juristas orgânicos. Como bem assevera Roberto da Matta, em feliz citação trazida

⁶³⁹Ibid., p. 204-208.

⁶⁴⁰BERCOVICI, 2004, p. 103.

⁶⁴¹Ibid., p. 94. Cf. também CITTADINO, 2000, passim.

⁶⁴²KRELL, 2002, p. 29.

por Krell, a força da lei serve aos despossuídos como esperança, como alavanca para exprimir um futuro melhor⁶⁴³.

Por fim, encerra-se este derradeiro capítulo com Canotilho, para quem a normatividade constitucional, democraticamente concretizada, é um instrumento indispensável de uma República Constitucional, equidistante do reducionismo judicial e do decisionismo político.

⁶⁴³Ibid., p. 27.

CONCLUSÃO

Conclui-se, ao final deste trabalho, que o direito pode e deve ser encarado como um importante espaço de lutas das classes sociais espoliadas em sua busca por emancipação. Para travar esse combate visando à construção de um novo bloco histórico, os juristas orgânicos/alternativos contam com uma poderosa ferramenta de trabalho: a teoria constitucional.

Defendeu-se aqui que a redução do direito à condição de mero instrumento de dominação é fruto da concepção reducionista de setores da ortodoxia marxista, que subordinam, mecanicamente, a superestrutura à estrutura.

Por meio da utilização do referencial teórico *gramsciano* foi possível dar nova nuance a essa questão. Não se pode mais tratar a superestrutura como mero reflexo autômato da estrutura: ambas interagem dialeticamente, condicionando-se reciprocamente, não havendo, portanto, transposição mecânica de uma esfera à outra. Essa nova perspectiva teórica vale-se do conceito de bloco histórico delineado por Gramsci, em função do qual se vislumbram possibilidades emancipatórias para a esfera superestrutural e, conseqüentemente, para o direito.

Em que pese o direito venha sendo utilizado historicamente como instrumento de dominação, numa perspectiva dialética, também pode ser usado como ferramenta de emancipação. O desafio apresentado ao jurista crítico é o de fazer aflorar esse segundo aspecto, potencializando as ferramentas jurídicas transformadoras, deslocando-se, para segundo plano, o aparato meramente opressor.

A guerra de posição, compreendida como a batalha por posições políticas necessárias à conquista da hegemonia, foi outro conceito *gramsciano* empregado no trabalho. Trava-se essa guerra, segundo Poulantzas, não apenas na sociedade civil, mas, também, na sociedade política. No mesmo sentido, enfatizou-se que as guerras de movimento, como a Revolução Russa, em que se vale da força para ascender ao poder, não servem para países ocidentais ou que se ocidentalizaram, pois há neles a presença marcante da sociedade civil. Nesses casos, a melhor opção seria a guerra de posição.

O direito, espaço majoritariamente veiculador do pensamento conservador, utilizado tradicionalmente como ferramenta de dominação, a partir dessa releitura da guerra de posição delineada por Poulantzas, também pode ser

considerado palco desta batalha pela hegemonia emancipadora das classes exploradas, devendo ser ocupado por aqueles que querem libertar e emancipar, sob pena de assim não se fazendo, perpetuá-lo como mero latifúndio das classes dominantes.

Compete ao jurista orgânico travar a guerra de posição no judiciário. Para Gramsci, em alguma medida, todos os cidadãos são intelectuais, embora nem todos exerçam, predominantemente, atividades intelectuais. Compromete-se o intelectual orgânico com a implementação de um novo bloco histórico, que supere o dominante. Nesse contexto, o jurista orgânico desponta como o intelectual orgânico que faz da esfera jurídica a sua seara de lutas.

No direito brasileiro, o movimento do direito alternativo tem sido o grande espaço de manifestação, articulação e atuação dos juristas orgânicos. Na verdade, como se abordou ao longo do trabalho, a expressão movimento dos juristas orgânicos denomina com mais apuro terminológico o movimento alternativista do que o termo direito alternativo.

Tratou-se, brevemente, das influências, nacionais e internacionais, sofridas pelo direito alternativo. Destacou-se, no plano externo, o uso alternativo do direito italiano, principalmente com Ferrajoli e Barcellona, além da influência espanhola e francesa, bem como do constitucionalismo português e alemão. Enfatizou-se, internamente, as influências dos professores Luiz Alberto Warat, Roberto Aguiar, Luiz Fernando Coelho, Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Sousa Junior, José Eduardo Faria, Juarez Cirino, entre outros.

Fez-se também um sucinto resgate histórico do direito alternativo, em especial, de seu início, com as reuniões dos juízes gaúchos na sede campestre da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul; o artigo denegrindo a imagem dos juízes orgânicos gaúchos, publicado no Jornal da Tarde, que, contrariamente ao que se pretendia, acabou catapultando o movimento alternativista; os concorridos congressos de direito alternativo realizados em Florianópolis; os livros alternativistas publicados pela Editora Acadêmica.

Discordou-se daqueles que entendem que o direito alternativo “saiu de moda”, como se o conhecimento pudesse ficar, tal qual as roupas, atrelado aos modismos e tendências da “nova estação”. O movimento alternativo é atual, pertinente e necessário no cenário jurídico brasileiro, pois as mazelas que ele pretende combater continuam mais vivas do que nunca, assolando grande parte da

sociedade brasileira, em especial os mais pobres, em virtude de uma abordagem reducionista do direito, albergadora tão-somente dos privilégios das elites, que se lembra apenas dos deveres das classes espoliadas, ignorando, por completo, seus direitos.

Foram enfrentadas, ao longo do texto, as principais críticas feitas ao direito alternativo por seus detratores.

Concluiu-se, por exemplo, que não subsistem os argumentos que sustentam ser o direito alternativo contrário à lei. O que se percebeu foi justamente o contrário: pode-se considerar o alternativismo como um dos principais defensores da normatividade constitucional, ápice da pirâmide normativa, esforçando-se, sobremaneira, para que a *lei das leis* saia da condição de mera *folha de papel lassaleana* e ganhe concretude. A evidência disso é tamanha que o movimento possui uma vertente chamada positividade combativa, que tem por tarefa a luta pela efetivação de direitos que já foram erigidos à categoria de lei, mas ainda são sonogados pelos mandatários de plantão.

Para o direito alternativo, contudo, não se deve confundir direito com lei. Como bem assevera Friedrich Müller, um dos autores utilizados neste trabalho: “o texto da norma é apenas a ponta do *iceberg* normativo”; em outras palavras, como dizia Drummond, “as leis não bastam, os lírios não nascem das leis”.

Também não se pode afirmar que os alternativistas defendem uma atuação judicial despregada da lei, fomentando o que seria o livre arbítrio do juiz no processo decisório. Salieta-se, e isso será explicitado no parágrafo seguinte, que o direito alternativo tem propiciado grande contribuição para o controle das decisões judiciais, auxiliando, incisivamente, no processo de contenção do arbítrio.

No que diz respeito à segurança jurídica, asseverou-se que ao invés de aviltá-la, a alternatividade lança os alicerces para a construção de uma efetiva segurança jurídica. Primeiro, desnuda-se a impossibilidade de neutralidade axiológica do método jurídico e do intérprete; depois, exige-se, por meio da motivação ideológica da sentença, que o intérprete deixe claro o motivo pelo qual dentre as diversas possibilidades de interpretação admitidas por determinada norma jurídica, optou-se por aquela.

Com isso, a segurança jurídica ganha outra conotação: sai da esfera do mero fetiche liberal para ganhar contornos claros e concretos, afigurando-se agora

como “o direito a ter clareza a respeito das pré-compreensões desde as quais somos julgados⁶⁴⁴.”

A única maneira, portanto, de se garantir aos cidadãos segurança jurídica é exigindo do julgador que explicita as pré-compreensões a partir das quais tomou a sua decisão. Os alternativistas admitem que a multiplicidade de possibilidades decisórias é ínsita ao direito, bem como a presença das influências ideológicas do julgador na decisão. Admite essas influências para, justamente, poder controlá-las.

Nesse contexto, a segurança jurídica não aparece mais como mero apanágio dos ideais conservadores, que tentam barrar qualquer inovação à ordem jurídica sob o argumento de que isso geraria insegurança, mas como aquela parcela mínima de previsibilidade e de controle racional das possibilidades decisórias típicos de um estado democrático e constitucional de direito.

Defendeu-se, também, que do ponto de vista da sua construção teórica, o direito alternativo passou de “uma prática em busca de uma teoria” para a prática de diversas teorias, inexistindo vertente teórica que, por si só, dê conta da complexidade da atuação alternativista. Ao contrário, muitas são as fontes teóricas a iluminar sua práxis. Dentre elas, optou-se aqui por se trabalhar com alguns elementos da teoria constitucional, principalmente, em virtude das múltiplas possibilidades emancipatórias latentes na Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, foram trazidos à colação alguns dispositivos da teoria constitucional que podem ser utilizados pelos juristas orgânicos como ferramentas cotidianas de trabalho. Visando à construção de possibilidades teóricas de viés emancipador, optou-se por se trabalhar com as chamadas teorias concretistas de inspiração tópica, pois inserem a realidade na própria estrutura normativa.

Valendo-se de Konrad Hesse o trabalho enfocou os elementos necessários para assegurar força normativa à constituição de um país. Para ele, a vontade de constituição, isto é, o desejo dos cidadãos de fazerem com que os valores plasmados na ordem constitucional saiam da *folha de papel* e ganhem concretude, é fator de elevada importância para a efetividade e normatividade constitucionais.

⁶⁴⁴ARRUDA JR, Edmundo Lima de e GONÇALVES, Marcus Fabiano, op. cit., p.246

Ao resgatar a relação dialética entre normalidade e normatividade, anteriormente trabalhada por Heller, Hesse respondeu, um século depois, com grande denodo, às objeções formuladas por Lassale ao acusar as constituições do positivismo de serem meras *folhas de papel*, desprovidas de normatividade. Não seu cuidado aqui, todavia, do método concretista de Hesse, pois a temática encontra-se desenvolvida com mais profundidade e acuro na obra de Friedrich Müller.

Apresentou-se a metódica estruturante de Friedrich Müller como uma teoria efetivamente pós-positivista do direito, em virtude de representar uma verdadeira ruptura com os pressupostos básicos do positivismo. Para ele, o maior equívoco do positivismo foi confundir o texto da norma com a própria norma jurídica. O texto da norma, asseverou, é apenas a ponta do *iceberg* normativo. Cumpre ao intérprete, no momento da concretização, fazer emergir a totalidade normativa.

A teoria de Müller parte de contribuições oriundas da hermenêutica filosófica e do método tópico, às quais, contudo, faz alguns reparos, visando compatibilizá-las com os requisitos de objetividade e racionalidade exigidos pelo estado democrático de direito.

Preocupou-se Müller em desenvolver uma racionalidade possível para o direito que, se de um lado, não deve ser visto como um espaço de objetividade plena, tampouco pode ser considerado um local no qual impere a subjetividade. Cabe à metódica estruturante fragmentar o processo de decisão judicial, possibilitando o seu controle.

Para Müller, a norma jurídica compõem-se do programa da norma – que é o texto da norma interpretado à luz dos métodos tradicionais de Savigny – e âmbito da norma, que é a parcela da realidade social delimitada pelo programa da norma.

Abrem-se, com a metódica estruturante, inúmeras possibilidades de trabalho para o jurista orgânico, em virtude de se trazer a realidade para a própria composição da norma jurídica, principalmente, levando-se em consideração a riqueza hermenêutica proporcionada pelo âmbito da norma dos direitos fundamentais sociais.

Profícua análise da jurisdição constitucional brasileira foi propiciada pela hermenêutica constitucional da sociedade aberta, desenvolvida por Peter Häberle, enfatizando-se, em especial, que todos os que vivem sob o comando de uma constituição têm competência para interpretá-la. A interpretação constitucional não

pode ser um monopólio dos titulares de funções estatais, devendo ser encarada como uma atividade comum a todos aqueles que vivem sob a égide da constituição.

Constatou-se, também, utilizando-se como lente a teoria *håberliana*, certa abertura no processo constitucional brasileiro, principalmente com a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a introdução da figura do *amicus curiae*, bem como a possibilidade de realização de audiências públicas para tratar de temas cuja constitucionalidade esteja sendo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa defesa da interpretação constitucional como atividade inerente a todos os cidadãos possibilitou importante abertura da jurisdição constitucional. O juiz não pode mais ser visto como a figura solipsista, que, de seu gabinete, isolado do mundo, decide o destino das pessoas. Necessário se faz que ele se impregne de mundanidade, abrindo-se para o diálogo com os diversos segmentos da sociedade. Não se advoga, todavia, que o juiz deve se curvar à vontade de maiorias eventuais. Concorda-se com Ferrajoli quando este sustenta que o papel do juiz no estado constitucional de direito é contramajoritário, isto é, o de defensor dos direitos fundamentais dos cidadãos contra qualquer maioria.

Valendo-se dos aportes teóricos oriundos das teorias aventadas, compete ao jurista orgânico/alternativista a defesa da efetividade integral do texto constitucional de 1988, por ser ele portador de inúmeras conquistas das classes sociais espoliadas, que clamam concretização.

No último capítulo, inicialmente, reforçou-se o conceito de jurista orgânico, derivado, como já visto, da idéia *gramsciana* de intelectual orgânico, que nada mais é do que o intelectual comprometido com a superação de um determinado bloco histórico e com a construção de um novo bloco. Nesse contexto, apresentou-se o jurista orgânico como um jurista comprometido com a transformação do *status quo* e com a construção de uma sociedade em que o *ser* prevaleça sobre o *ter*. Enfim, um jurista aparelhado por uma dogmática jurídica de recorte emancipatório, apto a ocupar o latifúndio improdutivo do direito, transformando-o, efetivamente, em um espaço de emancipação.

Na seqüência, tratou-se o direito alternativo como uma prática jurídica constituinte. Com Saavedra López e Clève, defendeu-se que a constituição é uma arena indispensável de atuação para o jurista alternativista. Diante de uma constituição compromissária, analítica, principiológica e dirigente como a brasileira

de 1988, a concretização da ordem constitucional afigura-se como um importante horizonte de trabalho para os alternativistas.

Na atualidade, em face das já elencadas características da Constituição vigente, a teoria constitucional consolidou-se como um referencial de primeira grandeza para a alternatividade. Não significa afirmar, porém, que tal situação sempre se manterá. O apego ao constitucionalismo deve ser meramente instrumental, podendo – e devendo – esse referencial teórico perder parte da importância de que desfruta caso deixe de atender aos interesses das lutas emancipatórias.

Ressalva-se, ainda, que não se quer restringir as ferramentas de intervenção do direito alternativo no universo jurídico a uma única matriz teórica, o constitucionalismo, sob pena de dogmatizá-lo. Outras possibilidades teóricas de atuação, nas diferentes tipologias do movimento, devem ser incessantemente fomentadas. É essa multiplicidade que manterá sempre vivo e atual o movimento alternativista, à margem dos modismos anteriormente mencionados.

Tema de grande relevo tratado no último capítulo diz respeito à efetividade dos direitos fundamentais sociais. Esses direitos, também chamados de prestacionais, por exigirem ações positivas do Estado para a sua concretização, sempre foram alvo de inúmeras controvérsias, principalmente em virtude de estarem sujeitos a condicionamentos fáticos. Em razão disso, alguns países optaram por não incluí-los no texto constitucional ou inseri-los apenas de maneira pontual.

Filiou-se este trabalho à tese de que os direitos sociais são genuínos direitos fundamentais, com todas as conseqüências jurídicas daí advindas. Não se defendeu, contudo, ingenuamente, que eles possam ser exigidos de maneira ilimitada, à margem da realidade econômica do Estado. Porém, de outro lado, a limitação da chamada reserva do possível não se subordina à mera disponibilidade orçamentária de recursos, mas, sim, às concretas condições econômicas do Estado.

A garantia de um mínimo vital, defendeu-se, é exigência para fruição dos próprios direitos de liberdade, também chamados de direitos de primeira dimensão. Em face disso, o Tribunal Federal alemão reconheceu inúmeros direitos sociais que não estão previstos expressamente na Lei Fundamental, sob o argumento de serem primordiais para o exercício dos demais direitos fundamentais.

Outro ponto que o trabalho enfocou foi a teoria da constituição dirigente. A vigente Constituição brasileira sofreu forte influência do chamado constitucionalismo

dirigente, que tem em Gomes Canotilho seu maior expoente. Refutou-se, desse modo, a concepção segundo a qual os direitos fundamentais sociais são meras normas programáticas que servem tão-somente de norte ao legislador. Como mencionado, os direitos sociais configuram verdadeiras normas jurídicas, cujo descumprimento enseja a sindicabilidade jurisdicional.

Entendeu-se também que a polêmica mudança de perspectiva do próprio Canotilho, que passou a defender um “constitucionalismo reflexivo”, abandonando a tese da constituição dirigente, não serve para o Brasil, conforme preceitua o próprio autor, país de modernidade tardia, valendo apenas para os países desenvolvidos da Europa. Desse modo, a teoria da constituição dirigente continua valendo para países nos quais as promessas da modernidade ainda não foram cumpridas. Revitaliza-se, assim, a luta pela efetivação dos direitos sociais sonegados pelo bloco histórico vigente.

Dentro do contexto teórico apresentado há um nítido redesenho da idéia de tripartição das funções do estado, exigindo-se, do judiciário, participação ativa na concretização dos direitos fundamentais. Não se pode mais considerar o juiz como a mera “boca que diz as palavras da lei”, mas, sim, de acordo com a metódica concretista, como o verdadeiro construtor da normatividade. Faz isso ao correlacionar, na análise do caso concreto, programa e âmbito da norma, criando-se, dessa maneira, a norma jurídica.

Sustentou-se que dentro do modelo constitucional vigente, faz-se necessária certa dose de ativismo judicial. Deve, sim, o juiz concorrer ativamente para suprir, na seara da concretização constitucional, o *déficit* oriundo das demandas sociais sonegadas por ações ou omissões legislativas ou executivas. Fará isso, no entanto, explorando as possibilidades que lhes são dadas pela esfera de discricionariedade do próprio direito, sem descambar para a arbitrariedade. Para que isso não ocorra, faz-se necessária a honesta utilização dos métodos, com a motivação e fundamentação das decisões bem explicitadas.

Para que o jurista orgânico dê conta de toda a complexidade do fenômeno jurídico no âmbito de um estado constitucional e democrático de direito, faz-se imperioso que adote como pressupostos a responsabilidade e a criatividade, que, potencializados por uma dogmática emancipatória, farão aflorar os valores progressistas contidos na Constituição.

Na atualidade, compete ao jurista orgânico, em qualquer de suas esferas de atuação, a defesa da efetividade integral da Constituição, sob pena de, não o fazendo, ter-se o que Clève outrora já alertara: uma constituição normativa no que tange à tutela dos interesses das elites e uma constituição meramente programática no que diz respeito aos direitos das classes exploradas.

Para a construção de um pensamento jurídico crítico que vislumbre no direito um dos campos de batalha da complexa luta em prol da efetivação dos direitos sonogados às classes sociais exploradas, ganha relevo a noção de que a força normativa da constituição, a força viva do próprio direito, não é algo dado, mas, sim, que deve ser construído, cotidianamente, pelos diferentes atores sociais. O processo histórico de conquista de direitos não termina com a simples positivação dos mesmos; necessita-se de um passo além, em direção à sua concretização, que pressupõe outra batalha, travada agora em termos hermenêuticos, dentro do próprio judiciário, exigindo-se, para tal, juristas de outra estirpe, que rompam as fronteiras do senso comum teórico há muito denunciado por Warat.

Apesar de todas as agruras e percalços para a concretização dos valores emancipatórios contidos no texto constitucional brasileiro, conclui-se o presente trabalho com otimismo: embora a Constituição não possa tudo, certamente pode muito. A tarefa do jurista orgânico é justamente retirar esse “muito” que a Constituição Federal de 1988 pode oferecer da condição de mera potencialidade, efetivando-o concretamente.

Por derradeiro, almeja-se que este trabalho contribua, ainda que minimamente, para fomentar o debate em torno da construção de uma dogmática jurídica emancipatória, pedra fundamental para o resgate da dignidade normativa do direito.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 211- 212.

ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição Constitucional à Brasileira**: situação e limites. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, n.2, 2004, p.179-188.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **A crise da advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas**. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-ômega, 1984.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Version castellana Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Lédio Rosa. **O que é direito alternativo?** Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p.14 e ss.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao direito alternativo brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ANDRADE, Lédio Rosa. Magistratura e democracia. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson. **Gramsci**: Estado, direito e sociedade. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995, p.126.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática e sistema penal**: em busca da segurança jurídica prometida, 1994. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994, p. 29-31. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Andrade-DogmáticaSPBSJP.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2006.

APPIO, Eduardo. **Interpretação Conforme Constituição**. Curitiba: Juruá, 2002.

ARNAUD, André-Jean (org). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar,1999.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ARRUDA JUNIOR., Edmundo Lima; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica**: alternativas para o direito. Florianópolis: CESUSC, 2002.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social**: ensaios de sociologia jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. Gramsci e o Direito: reflexões sobre novas juridicidades. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.). **Gramsci**: Estado, direito e sociedade. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima. Operadores jurídicos e mudança social: sentidos comuns, novo sentido e outros consensos (Gramsci e o Direito Alternativo), In. **Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México, 1995, p. 4.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo L. **Lições de Direito Alternativo**, São Paulo: Acadêmica, 1992. v. I.

ARRUDA JUNIOR., Edmundo Lima de. **Advogado e mercado de trabalho**. Campinas: Julex, 1988a.

_____. **Introdução ao idealismo jurídico**: uma releitura de San Tiago Dantas. Campinas: Julex, 1988b.

_____. **Ensino jurídico e sociedade**: formação, trabalho e ação social. São Paulo: Acadêmica, 1989.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BARCELLONA, Pietro; COTTURRI, Giuseppe. **El Estado y los Juristas**. Barcelona: Editorial Fontanella, 1976.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. rev. e atual. 2. reimp. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004;

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 1, n. 1, 2001.

BARATTA, Giorgio. **As rosas e os cadernos**: o pensamento dialógico de Antonio Gramsci. Tradução Giovanni Semeraro. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas da Concretização Constitucional**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, n.2, 2004, p.101-120.

BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado, direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. Tradução Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Magistratura e Direito Alternativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito alternativo**: teoria e prática. Porto Alegre: Síntese, 1998.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Teoria e prática do Direito Alternativo**. 1998.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampli. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito alternativo em movimento**. 2. ed. Niterói, RJ : LUAM, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Alternativo na Jurisprudência**. São Paulo: Acadêmica, 1996.

CARPEAUX, Otto Maria. **A Vida de Gramsci**. Texto originalmente publicado na Revista Civilização Brasileira, 7, maio 1966. Disponível em: <<http://www.artnet.com.br/gramsci/arquiv79.htm>>. Acesso em: 15 julh. 2006.

CAUBET, Yannick. As idéias políticas de Antônio Gramsci. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Introdução à História do Pensamento Político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 349.

CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.

CHAVES, Leonardo Rossano Martins. Filosofia jurídica brasileira e humanismo dialético: Roberto Lyra Filho. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente**. Barueri: Manole: Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo. In: LEMBO, Cláudio. **Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o Editor dos Juristas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 41- 43.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Uso alternativo do Direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima. **Lições de Direito alternativo**. Volume I, São Paulo: Acadêmica, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, jul/dez 2003, p.18. Disponível em: <www.unibrasil.com.br>. Acesso em: 23 jan. 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. **A Criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação de poderes**. Revista de Informação Legislativa. Vol. 34, nº134, p.99-106,

abr./jun. de 1997. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/227>. Acesso em: 12 de setembro de 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. **Revista Diálogo Jurídico**, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. I, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 maio 2004.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Bruno Konder. **A Ação Política do MST**. São Paulo: Expressão Popular, 2003.

CORREAS, Oscar. Derecho Alternativo: elementos para una definición. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de Direito alternativo do trabalho**, São Paulo: Acadêmica, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**: um estudo sobre seu pensamento político. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, Maria Paula B. R. **A Adequação Social da Conduta no Direito Penal**: Ou o Valor dos Sentidos Sociais na interpretação da Lei Penal. Coimbra: Coimbra, 2005.

FARIA, José Eduardo. **A reforma do ensino jurídico**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1987.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica**: o direito como instrumento de transformação social. São Paulo: EDUSP, 1988, p. 72.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1992.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução Perfecto Andrés Ibañez y Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001a.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001b.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**: debate con Luca Baccelli et al. Madrid: Trotta, 2001c.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradutores Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_01.pdf>. Acesso em: 24 de jun. 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA, Oliveiros S. **Os 45 cavaleiros húngaros**: uma leitura dos Cadernos de Gramsci. Brasília: UNB; São Paulo: Hucitec, 1986, p. 259-263.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do Sistema de Direito Privado**. Lisboa: Editorial Caminho, 1989, p. 63.

FONSECA, Edson Pires da. **Fundamentos teóricos e filosóficos do direito alternativo**. 2003. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2003.

FONSECA, Edson Pires da. **A Teoria Constitucional e os Juristas Orgânicos**. In: Congresso Nacional do CONPEDI (14. : 2005 : Fortaleza, CE) Anais do / XIV Congresso Nacional do CONPEDI. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Edson%20Pires%20da%20Fonseca.pdf>

FREDERICO, Celso. **O jovem Marx. 1843-1844**: origens da ontologia do ser social. São Paulo: Cortez, 1995.

FREIRE, Antonio Manuel Pena. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GALEANO, Eduardo. **O Livro dos abraços**. Tradução Eric Nepomuceno. 11. ed. Porto Alegre: L&PM, 2003, p. 118.

GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. I, n. 3, p. 195. 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao movimento critical legal studies**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GÓMEZ, Diego J. Duquelsky. **Entre a Lei e o Direito**: uma contribuição à teoria do Direito Alternativo. Tradução: Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

GRAMSCI, Antonio. **Os Intelectuais e a organização da cultura**. . Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Realismo e Utopia Constitucional. *in* ROCHA, Fernando Luiz Ximenes e MORAES, Filomeno (Coords.). **Direito Constitucional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.117-126.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. [Trad. Geraldo de Carvalho]. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.251.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GRUPPI, Luciano. **O Conceito de hegemonia em Gramsci**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000, p. 78.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica Constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo, (Orgs.). **Hermenêutica plural**: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GÜNTHER, Klauss. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABA, Enrique P. **¿Una Discusión**: Quiénes son los 'Irracionalistas' en la Teoría del Derecho? **Revista Doxa**, n. 19, 1996.

HÄBERLE, Peter. **A Humanidade como valor básico do Estado Constitucional**. *in* MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz [Orgs.]. **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p.53-66.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I [Trad. Flavio Beno Siebenichler] Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.315 e ss.

HABERMAS, Jürgen. Problemas de Legitimação no Estado moderno. In: _____. **Para a reconstrução do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1983. apud FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: EDUSP, 1988, p. 62.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos**. [Trad. Claudio Molz]. in MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz [Orgs.]. **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p.67-82.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. Tradução Luís Tobío. México: Fundo de Cultura Econômica, 1955.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 112.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o Direito**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. **O direito dos códigos e o direito da vida**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

HERKENHOFF, João Baptista. **Para gostar do direito**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional – (selección)**. Traducción Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. [Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella] 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho . **Faculdades de Direito ou fábricas de ilusão?** Rio de Janeiro: IDES, Letra Capital; 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

LEAL, Roger S. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LÓIS, Cecília Caballero. **Uma teoria da Constituição**: justiça, liberdade e democracia em John Rawls, 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

LÓPEZ, Modesto Saavedra. El Juez entre la Dogmática Jurídica y la Crítica del Derecho. **Crítica jurídica**: Revista latinoamericana de política, filosofía y derecho. Universidad Nacional Autónoma de México: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades: Faculdades do Brasil: Universidad de Buenos Aires: Facultad de Derecho, 2003. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/asite/publicacoes/critica/21/U.pdf>>. acessado em julho de 2003. Acesso em: 20 de julho de 2003.

LOPEZ, Modesto Saavedra. Estado constitucional e Direito alternativo. Tradução Amilton Bueno de Carvalho. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LÖWY, Michel. **A ideologia nas Ciências Sociais**: elementos para uma análise marxista. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **A Invisibilidade da Crítica Kelseniana Sobre os Limites da Dogmática Jurídica**: Um Senso Comum Teórico Ainda Não Desvelado? Cadernos UNDB, Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, São Luís, n.1, p. 11-37, 2006.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. 2005. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. Brasília: Brasiliense, 1991.

LYRA, Doreodó Araújo. **Desordem e processo**: estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: SAFE, 1986.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e Mudança Social**. São Paulo: UNESP, 2005.

MACHADO, Antonio Alberto; GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

MACIEL, Omar Serva. **A Interpretação pluralista de Peter Häberle como contributo à democratização do processo constitucional**. Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_IV_marco_2004/Omar%20-20A%20interpretacao%20pluralista.pdf>. Acesso em: 1 junho de 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. Os operadores jurídicos enquanto intelectuais orgânicos. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BORGES FILHO, Nilson (Orgs.). **Gramsci: Estado, Direito e Sociedade**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1995.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et. al. **Direito e Neoliberalismo**. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS, Leonardo (Org.). **Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução Beatriz Henning et al. Montevideo, Uruguai: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2005.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Lisboa: Presença.

MAESTRI, Mário; CANDREVA, Luigi. **Antonio Gramsci: vida e obra de um comunista revolucionário**. São Paulo: Expressão Popular, 2001

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa 162 (2004): 149-168;

MENDES, Gilmar. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2006.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 1988.

MONREAL, Eduardo Novoa. **Elementos para una Crítica y Desmistificación del Derecho**. Buenos Aires: Ediar, s/d.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1978, p. 74.

MÜLLER, Friedrich. Concretização da Constituição. In: **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e ampli. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (Sobre) o Poder Constituinte do Povo**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: RT, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Tradução Peter Naumann. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000a.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000b.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique**. Traduit de l'Allemand par Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. (Collection Leviathan).

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 79-80.

NEVES, Marcelo. Do Pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In: **Direito e debate**. n. 5, Jan./Jun. 1995.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PAULA, Roberto de. **Direito Agrário Constitucional**: a propriedade privada à luz da Constituição Federal e da Justiça. Oikos: São Leopoldo/RS, 2007;

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei**: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2005.

POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. Tradução Rita Lima. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 3. ed. São Paulo: Itatiaia, 1987. t.1.

PORTELLI, Hugues. **Gramsci e o bloco histórico**. Tradução Angelina Peralva. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. **El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de las Casas**. México: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991.

REIS, Isaac. **Interpretação na Teoria Pura do Direito**. Seqüência, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, n.45, p.11-30, dez.2002;

RICHARD, Lionel. **A República de Weimar, 1919-1933**. São Paulo : Companhia das Letras; Círculo do Livro, 1988.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino Jurídico e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Por um ensino alternativo do Direito: manifesto preliminar. In ARRUDA JR, Edmundo Lima (Org.). **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992. vol I.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico: saber e poder**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo, RS: Ed. da Unisinos, 2002. (Coleção Idéias, v. 7).

ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003. (Teoria Geral do Direito).

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura. **A crítica da razão indolente**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 23.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O Discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 11. ed. Porto Alegre: Edições Afrontamento, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino. **Criminologia Radical**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. *in* QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coords.) **Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.319-338.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 31.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: o que é o Terceiro Estado**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso. **O Estado Democrático de Direito**. *in* QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (Coords.) **Direito Constitucional Brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.7-25.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **La intepretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial: Cuestiones Constitucionales**, 2005a.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005b.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. *In*: _____ (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Rafael Damasceno Ferreira. **O Poder Judiciário e Hegemonia: o caso dos magistrados alternativos do Rio Grande do Sul**. 1995. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização de direitos fundamentais-sociais no Brasil**. *In*: *Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados: cidadania, ética e Estado*. Brasília, OAB, Conselho Federal, 2003, v. 02, p. 1361-1391.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33-34.

SOUSA JR, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao Direito**. Brasília: UNB, 1993. (Série O direito achado na rua).

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: _____ et al; **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOLEDO, Cláudia. **Direito adquirido e estado democrático de direito**. São Paulo: Landy, 2003.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A folha dobrada**: lembranças de um estudante. 2. reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine. **O Direito e a ascensão do capitalismo**. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 269-270.

UEMA, Jean Keiji. Considerações sobre a interpretação constitucional. In: SCALOPPE, Luiz Alberto Esteves (Org.). **Transformações no Direito Constitucional**. Cuiabá: Fundação Escola, 2003. (Série Transformações no Direito Nacional, n. 2).

VALADÉS, Diego. Peter Häberle, un Jurista para el Siglo XXI. In: HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Versão em PDF. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 2 junh. 2006, p. 9-10.

VEGA, Pedro de. **La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WARAT, Luiz Alberto. **Obras completas**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 3 v.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Introdução à História do Pensamento Político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente**. Barueri: Manole: Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Rt, 1995.