

Eduardo C. B. Bittar

Sumário

1. A noção de fonte: pensando a formação do sistema. 2. O primado da lei como fonte formal. 3. A implosão da ordem oficial, unificada e centralizada: a ruptura pós-moderna. 4. A transposição da diferença entre fonte formal e fonte material em uma nova dicotomia: direito oficial e direito inoficial. 5. A conflituosidade social, os direitos humanos e a necessidade de autonomia judiciária. 6. A transição em direção a uma sociedade pluralista: do Estado de Direito ao Estado Constitucional. 7. Conclusões. Referências.

Resumo

Trata-se de discutir a teoria das fontes jurídicas, fazendo-a convergir para o momento atual, atualizando a discussão sobre os modos de preenchimento do sistema jurídico à luz do direito contra-cultural, do direito inoficial e da desregulamentação institucional, dentre outros fenômenos.

Palavras-chave

Fontes de direito. Direitos humanos. Direito contra-cultural. Direito inoficial.

Abstract

This article points to the analysis of the sources of rights and the relation with the problem of the efectivation of humain rights, in the domain of the general theory of law. When the law do not answer any more to the social problems, what can the judge make to answer to the society that inquiry for justice? Can the judge be active in the creative production of law? This questions, and many others, are touched in the contexte of this article.

Key words

Law's Source. Human rights. Counter culture law. Inofficious law.

1 A noção de fonte: pensando a formação do sistema

Um sistema jurídico, na definição de Tercio Sampaio Ferraz Junior, carece de estrutura (regras) e repertório (elementos) para se identificar como tal. Os elementos normativos e não normativos do sistema jurídico é que são o supedâneo sobre o qual opera o jurista na sua tarefa diária de aplicação do direito, mas a própria noção de fonte remonta a um tema fundamental da estrutura do sistema jurídico: trata-se de pensar o *modus* pelo qual se *faz* com que as fontes sejam reconhecidas como jurídicas, ganhem *status* mais ou menos elevado dentro da hierarquia normativa, e recebam tratamento deste ou daquele tipo dentro do ordenamento¹. O tema das fontes aparece exatamente aqui, como capítulo fundamental da estruturação do sistema jurídico, e, conforme a ideologia que informe a idéia metafórica de fonte como origem do sistema², ter-se-á um tipo diferente de avaliação do próprio sistema.

A teoria das fontes surge quando a própria concentração de poder se dá na soberania do Estado (pós-1648), se dando também a estruturação positiva do direito codificado (pós-1804), com o abandono dos costumes como fonte de direito³, o que facultou e exigiu o surgimento do conhecimento sistemático e racionalizado sobre as próprias fontes, que é a ciência dogmática moderna⁴. Trata-se, portanto, de uma tradição que haverá de remontar seus fundamentos à própria ideologia liberal, no afã de organização da vida civil com vistas à facilitação do processo de desenvolvimento econômico e de circulação segura de mercadorias⁵. Esta teoria remete ao problema de que, desbancado o jusnaturalismo como fundamentação, a ordem e a legalidade passaram a representar a fundamentação das produções normativas.

A discussão que, normalmente, faz as fontes do direito se subdividirem em formais e materiais parece remontar a uma matriz contextual precisa, na medida em que esta idéia de fontes materiais e fontes formais teria origem nas discussões modernas contidas

¹“Ou seja, a noção de fonte pertence à estrutura, não ao repertório”. FERRAZ JUNIOR. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. 2001. p. 248.

²Fonte quer significar origem: “Na verdade, a expressão fonte do direito é uma metáfora cheia de ambigüidades. O uso da palavra está transposto e pretende significar origem, gênese”. FERRAZ JUNIOR. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. 2001. p. 221.

³“Foi justamente quando, no continente europeu, o desenvolvimento do capitalismo, o aparecimento do estado burocrático e as exigências de promulgação da maior parte das normas costumeiras impuseram-se, é que assistimos ao aparecimento da moderna teoria das fontes”. FERRAZ JUNIOR. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. 2001. p. 222.

⁴“Nesse contexto, é preciso um saber novo, capaz de definir, a cada instante, o que deve competir ao estado, à sociedade privada, ao indivíduo. É aí que entra a ciência dogmática moderna”. FERRAZ JUNIOR. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. 2001. p. 223.

⁵Sobre a teoria das fontes: “Ela é, ao mesmo tempo, uma racionalização do fenômeno jurídico e uma justificação de uma conjuntura histórica, cujo expoente ideológico máximo é o liberalismo”. FERRAZ JUNIOR. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. 2001. p. 225.

no pensamento de Savigny, em pleno bojo do positivismo jurídico, para quem o “espírito do povo” (*volksgeist*) era o verdadeiro poço de formação das normas jurídicas, que seriam apenas declaradas formalmente pelo legislador. Esta concepção encontra em François Gény expressão necessária para se espalhar ao longo do século XX por toda a dogmática⁶.

Esta formalização criada pela tradição dogmática novecentista permite ao jurista dedicar-se às “fontes do direito”, prescindindo de estudar as “origens sociais do Direito”, de modo que este é um mecanismo científico importante para refrear e neutralizar a reflexão sobre a origem do sistema jurídico em fatores mais diretamente relacionados ao poder, à expressão da legitimidade popular, às origens axiológicas e sociológicas das variáveis que determinam resultados normativos. A teoria das fontes desempenha um papel de neutralização destas instâncias, formalizando o estudo do surgimento das normas⁷.

2 O primado da lei como fonte formal

Reconhecida a matriz de surgimento da teoria das fontes, há que se destacar os efeitos deste modelo que descreve a formação do sistema a partir de uma cultura de fetichização da idéia de lei. E é nesta medida que a lei, servindo como exclusiva fonte do direito, acaba funcionando como um expediente importante de dominação social, na medida em que o conflito de classes também se instaura em nível da superestrutura jurídica⁸. Nesta medida é que a discussão também parece trazer sérios desafios à ordem jurídica contemporânea, e repensar a primazia da legalidade é colocar em questão o próprio sentido das práticas democráticas. É no intercurso destas questões que se devem situar as questões que pairam no universo de sentido destes problemas.

⁶ “Reafirmando tal dicotomia, o jurista francês François Gény (1925), um século depois, passa a falar em dois tipos básicos de fontes, conforme se encare o direito em seu aspecto dado ou em seu aspecto construído. De um lado, temos, assim, as fontes substanciais, que são dados (...) De outro lado, fala ele em fontes formais, correspondendo ao construído (...)”. FERRAZ JUNIOR. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. 2001. p. 220.

⁷ “A teoria das fontes racionaliza este quadro”. FERRAZ JUNIOR. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. 2001. p. 226.

⁸ “Parece-me claro que, a partir do momento em que uma classe toma o poder, ela se equipa com um aparato legal, buscando nele perpetuar-se. Nas sociedades capitalistas, onde o poder está nas mãos de uma minoria (os detentores do capital e seus representantes), a lei tem basicamente duas funções: manter coesas as forças que estão no mando e determinar a subordinação daqueles que sofrem a opressão (maioria trabalhadora)”. (CARVALHO. A lei, o juiz, o justo. **Revista AJURIS**, n. 39, p. 133, 1987).

Isto porque se trata de discutir o tema sob a rubrica de '*fontes de Direito*' (algo que fala a linguagem do social, da diversidade, da dispersão, bem como da alternatividade), e não sob aquela outra que fala a linguagem das '*fontes d'O Direito*' (algo que fala a linguagem do estatal, do central, do oficial, do único).

Na tradição dogmática jurídica se fala das fontes a partir das seguintes categorias, organizadas também dentro de esquemas de força, numa escala de fontes mais objetivas e universais a fontes mais subjetivas e mais particulares, com graus de imperatividade e vinculatividade descendentes, como sendo um conjunto onde se identificam: legislação (envolvendo Constituição e demais leis do sistema – emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; decretos; regulamentos; portarias; instruções, resoluções, regimentos, circulares – organizadas do modo como a própria Constituição define como sendo competentemente distribuídas dentro da ordem jurídica); doutrina (manifestação da *communis opinio doctorum* capaz de criar racionalidade e provocar a facilitação do processo decisório); jurisprudência (enquanto ato decisório singular é manifestação do poder de escolha do juiz singular, mas enquanto reiteração do costume jurisprudencial é a cultura judicialista em movimento de aplicação e interpretação do sistema vivo e operante); costume (um uso cuja crença na vinculatividade gera modificação de expectativas e comportamentos sociais); equidade (justiça dos casos concretos, na definição aristotélica, ligada à idéia de método de correção da abstração da lei); analogia (procedimento ou esquema de aproximação de uma norma já aplicada para que a extensão de seus efeitos se projetem para situações semelhantes); princípios gerais do direito (resquícios de princípios jusnaturalistas dentro do sistema jurídico, com forte apelo para valores); contrato (pacto gerador de direitos e obrigações, nos limites da lei, entre partes precisamente identificadas).

Quando toda a pergunta sobre as fontes do direito esbarra neste esquematismo tradicional, efetivamente o que se ressentir é da carência de reflexão acerca de desafios sociais que têm se anteposto à concepção de matriz moderna do Direito, o que significa, em última avaliação, em uma discussão sobre os modos de alienação da dogmática jurídica diante da realidade social contingente e em transformação. A pergunta passa a ser não mais quais são as fontes válidas e aceitas pelo sistema, mas quais fontes de fato pautam e determinam o sistema. Neste momento é que se percebe a importância de se pensar em subsistemas sociais de decisão, que começam a interferir no *modus essendi* do sistema jurídico central, para o colocar, ora em xeque, ora em inoperância, ora para retirar-lhe eficácia sem comprometer-lhe a validade, ora para comprometer sistematicamente até mesmo sua validade. Está-se a falar destes outros direitos, ou seja, do direito contra-cultural... que funda novos sentidos e perspectivas para a interpretação do problema das fontes.

3 A implosão da ordem oficial, unificada e centralizada: a ruptura pós-moderna

O que se percebe, ao longo desta análise, é que no jogo das tarefas descritivas da dogmática tradicional, as fontes materiais são subvalorizadas diante da máxima necessidade de compreensão, comentário, discussão e conceituação das fontes formais do Direito. Ademais, o discurso da dogmática jurídica acaba por sobrepor as fontes formais, num ato de supervalorização, com relação às fontes materiais do Direito, estas que são relegadas a uma espécie de vazio discursivo, a ponto de todo o tema das fontes do direito parecer se esgotar na discussão das fontes formais do Direito.

Na verdade, a questão das fontes esconde perguntas sobre a origem histórica do sistema jurídico, sobre os fundamentos sociológicos do sistema jurídico, sobre a legitimidade filosófica do sistema jurídico, entre outras possíveis, e a dimensão de exploração se detém sobre os aspectos mais mezinhos da dinâmica das *formas de expressão* do Direito.

4 A transposição da diferença entre fonte formal e fonte material em uma nova dicotomia: direito oficial e direito inoficial

Faz pouco tempo que os juristas viram uma nova expressão invadir o vocabulário jurídico⁹, direito inoficial, com a qual se pretende designar um modelo diverso daquele efetivamente imperante, que é capaz de se traduzir em uma mutação do sistema jurídico rígido, fixo, normado, oficial e articulado conforme a estrutura formal de atribuição de competências dadas pelas normas superiores às normas inferiores. Neste sentido, a expressão se contrapõe àquela outra que se intitula de ‘direito oficial’, este que é o direito da legalidade, ao menos no sistema de eixo *civil law*. Então, não basta mais falar

⁹Um dos pioneiros neste campo de pesquisas é, sem dúvida alguma, Boaventura de Souza Santos, com seu estudo empírico sobre Pasárgada no Brasil: “Este texto faz parte de um estudo sociológico sobre as estruturas jurídicas internas de uma favela do Rio de Janeiro, a que dou o nome fictício de Pasárgada. Este estudo tem por objetivo analisar em profundidade uma situação de pluralismo jurídico com vista à elaboração de uma teoria sobre as relações entre Estado e direito nas sociedades capitalistas. Existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normalmente pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social – neste caso, a habitação.” (SOSA SANTOS, Boaventura de. Notas sobre a História Jurídica-Social de Pasárgada. In: SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito**. 2. ed. 1999, p. 87).

28 simplesmente de ‘direito’, ou de ‘fontes do direito’, porque agora se deve perguntar ‘de que direito se trata?’.

Se há vários direitos, portanto, adjetivados de formas as mais diversas, o direito inoficial passa a representar o direito espontâneo, o direito vivo¹⁰, das ruas, surgido não de fontes autorizadas de poder, mas dentro de esquemas alternativos ao poder central-estatal. Por mais que pareça contraditório falar de um direito inoficial¹¹, trata-se de falar de uma forma de se construir justiça que não passa pelos critérios determinados abstratamente por um legislador competente para abranger condutas sociais.

Quando se fala em direito inoficial se está a falar não de um modo de ruptura completa com o direito oficial, não de um movimento instituidor de uma revolução (no sentido político ou mesmo no sentido técnico-constitucional), e muito menos de um costume negativo da sociedade, mas de um *modus* específico de conviver criticamente com o sistema, às vezes até mesmo desde dentro do sistema¹², para avaliá-lo conforme critérios de justiça sempre revisionistas¹³. Enfim, ao existir cria uma desarticulação dentro do sistema sem negá-lo por completo:

À falta de uma terminologia, chamaríamos o “direito” inoficial, de que estamos falando, de uma articulação desarticulada do direito oficial. No fundo, este “direito” vale-se do instrumental oficial mas produzindo uma insuportável importância, de tal

¹⁰ Para usar de uma expressão característica da sociologia de EHRlich, Eugen. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito**. 2. ed. 1999, p. 113.

¹¹ “Formalmente, este é o direito e não pode haver outro, cujo reconhecimento implicaria a paradoxal aceitação de desconfirmação da autoridade. Este único direito é, com todas as características anteriormente descritas, o direito oficial. A possibilidade ideologicamente impossível de um outro direito seria o direito da desconfirmação, o ‘direito’ inoficial. Concretamente ele existe, mas ideologicamente ele é dissimulado como tal e absorvido pelo único direito”. (FERRAZ JUNIOR. **O oficial e o inoficial**: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e espacialmente concomitantes, p. 596).

¹² “Nestes termos, o ‘direito’ inoficial não aparece como ruptura ou como anormalidade dentro do direito oficial. Faz parte, ao contrário, da experiência deste último. No limite, é claro, o oficial pode ser levado a uma crise global, à destruição e a sua substituição por um outro direito oficial. Salvo esta hipótese, o que sucede é uma convivência com a crise, o oficial e o inoficial coexistindo no mesmo espaço e ao mesmo tempo”. (FERRAZ JUNIOR. **O oficial e o inoficial**: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e espacialmente concomitantes. p. 609).

¹³ “Tendo em vista o exposto, algumas observações conclusivas tornam-se possíveis a respeito do direito inoficial. Sua ocorrência não deve ser determinada nem como uma negação do direito oficial, que, então, o qualificaria juridicamente, absorvendo-o como ilicitude, antijuridicidade, nem como uma desconfirmação revolucionária, o que significaria, nos quadros doutrinários, oficiais, a instauração de um novo direito (oficial). Também não se trata de uma desconfirmação do tipo produzido pelo desuso ou pelo costume negativo, em que a perda da vigência do direito oficial é preenchida, de fato, por um outro direito a pedir, em virtude de sua força fática, um reconhecimento. Na verdade, é um fenômeno que não se enquadra no contexto dogmático oficial; não é ilicitude, nem revolução nem costume negativo” (FERRAZ JUNIOR. **O oficial e o inoficial**: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e espacialmente concomitantes. p. 608).

modo que o direito oficial, acaba por se articular conforme um padrão que o desacredita e o reforça ao mesmo tempo¹⁴.

Sua importância é tão substancial para o sistema, que é capaz de criar e recriar a dinâmica interna do sistema fundando novas séries normativas a partir da jurisprudência, de praxes dos tribunais, de costumes burocráticos, de decisões administrativas etc.

De fato, é a partir da experiência da ineficácia do direito oficial, ou das distorções do direito oficial, ou da inoperância da máquina que dá cumprimento ao direito oficial, que surge uma complexa mobilização social, que acaba representando uma força estrutural não de ruptura com a ordem instituída, mas capaz de exercer o preenchimento das ausências, onde elas se tornam mais flagrantes, bem como exercer o suprimento dos déficits de justiça onde ela se faz necessária. A isto também se costuma chamar de direito alternativo¹⁵. Trata-se mais do que um exercício de sublevação contra a ordem estatuída, de um movimento de complementação à ordem estatuída, com vistas à realização de grandes valores ou complexos axiológicos construídos pelos sistemas políticos e jurídicos contemporâneos. A alternatividade, neste modelo, está no fato de que se buscam mecanismos diversos para a instituição de justiciabilidade social, através de diversos mecanismos, a saber: o uso alternativo do direito; a prática alternativa (ou exercício alternativo) do direito; juridicidade alternativa; alternativas à justiça¹⁶. Trata-se de participar de um movimento de inclusão social, que considera a legitimidade de grupos oprimidos e excluídos da participação no sistema, e considerando a legitimidade destes atores, reconstruir a dinâmica do sistema oficial para que ofereça pleno atendimento à cidadania; fala-se até mesmo em um direito achado nas ruas¹⁷.

¹⁴ FERRAZ JUNIOR. **O oficial e o inoficial**: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e espacialmente concomitantes. p. 608.

¹⁵ “Na América Latina, pelo contrário, as formas alternativas de solução de conflitos aparecem como uma consequência da ausência do Estado ou de sua incapacidade de incorporar as camadas desfavorecidas naquilo que é chamado, ali, de “espaço público”, isto é, o espaço onde são repartidos os bens políticos e sociais. Em consequência, o que chamamos de “alternativo” no continente latino-americano diz respeito, prioritariamente, à valorização da própria sociedade civil em si mesma e à implantação de um “outro direito” ou de uma “outra justiça”, que permitiria entrever um “outro Estado”, mais democrático. Assim, nos países centrais, o “alternativo” é um movimento de caráter “centrífugo” – ele parte do estado em direção à sociedade civil –, enquanto na América Latina trata-se de um movimento de caráter “centrípeto” – da sociedade civil em direção ao estado – com o objetivo de propor uma nova ordem jurídica”. JUNQUEIRA, Eliane Botelho; CAPELLER, Wanda. Alternativo (direito; justiça): algumas experiências na América Latina. In: SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito**. 2. ed. 1999, p. 161-162.

¹⁶ JUNQUEIRA, Eliane Botelho; CAPELLER, Wanda. Alternativo (direito; justiça): algumas experiências na América Latina. In: SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito**. 2. ed. 1999, p. 162.

¹⁷ “O Direito Achado na Rua”, expressão criada pelo próprio Roberto Lyra Filho, título atualmente de um curso organizado na Universidade de Brasília, quer, exatamente, compreender o processo aqui descrito e refletir sobre a atuação jurídica dos novos sujeitos coletivos, numa opção teórica e política de

A partir deste novo dicionário jurídico, o que se percebe, com a introdução destas novas expressões, bem como de seus efeitos e de suas práticas, é uma mudança dos métodos de se pensar o tema das fontes do direito. Este balanço, por vezes, pouco traduzido pela dogmática jurídica, é de fundamental importância para que, ao se falar de fontes do direito, se esteja a tratar das ‘fontes de todos os direitos’. Em verdade, todo este debate abre perspectivas para que se discuta legitimidade, historicidade e fundamento do direito, a partir do tema das fontes do direito, como sói ocorrer.

Trata-se de reabrigar e reabilitar a importância do tema das fontes materiais do direito (fontes espontâneas de criação do direito dentro da sociedade), sufocadas que foram pelas chamadas fontes formais do direito, especialmente no contexto de criação desta discussão, em meio ao positivismo jurídico do século XIX, para atender aos intentos de uma sociedade liberal que via no Estado de Direito o sustentáculo da segurança mercantil necessária para o incremento do capital. A rediscussão, portanto, da importância das fontes materiais do direito, em face das fontes formais do direito, encontra um *modus* específico, no atual contexto, para se afirmar; o tema se discute a partir do direito alternativo, do direito achado na rua, do direito contracultural, do direito inoficial, de um direito das classes excluídas, de um direito flexível. Ora, o que são estas formas de se entender o direito senão mecanismos de incremento de uma justiciabilidade material, afinada com concretos interesses sociais e que surge como fruto de movimentos e reivindicações de base? O que são estas expressões senão manifestações do terceiro setor, da sociedade civil politizada, dos órgãos de classes e movimentos jurídicos democráticos?

5 A conflituosidade social, os direitos humanos e a necessidade de autonomia judiciária

A pergunta que se faz neste passo da discussão é a que motiva a pensar: será que os métodos e modos de aplicação judiciária têm sido suficientes para a afirmação dos

questionamento do monopólio estatal de produção e circulação do direito, valorizando o pluralismo jurídico. Com base na análise das experiências populares de criação do direito pretende:

1. determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos, a partir mesmo de sua constituição extralegal, por exemplo, direitos humanos;
2. definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito;
3. enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas para estruturar as relações solidárias de uma opressão do homem pelo homem.” SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. Movimentos sociais – emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito**. 2. ed. 1999. p. 263.

direitos humanos? A resposta é negativa na exata medida em que se ressentem os direitos humanos de ineficácia na maioria de seus dispositivos.

Neste sentido, é necessário romper com a camisa de força liberal que foi imposta aos juízes, não como mecanismo de fomento de qualquer tipo de anarquismo social ou de criação de uma administração caótica e radicalmente paralela da justiça.

Trata-se sim de vislumbrar que o papel do Poder Judiciário não consiste somente numa atividade conclusiva a partir da legalidade estreita, pois a tarefa do magistrado é a de servir à justiça e de render o Direito (um Direito que é mais que mera lei) aos casos práticos.

Opina-se pela necessidade de conversão dos magistrados, no lugar de serviços da segurança, em críticos operadores dos temas da justiça social, na medida em que a pseudo-neutralidade jurisdicional só pode contribuir para uma postura negadora do acesso a direitos fundamentais, especialmente quando se trata de demandar do juiz um papel antes de passivo, ativo no comando da dinâmica aplicativa do sistema. Isto porque: “Tenho, pois, que a lei merece ser vista com desconfiança. Deve ser constantemente criticada sob pena de sermos, juízes, promotores e advogados, agentes inconscientes da opressão”. (CARVALHO. A lei, o juiz, o justo. **Revista AJURIS**, n.39, 1987, p. 37).

É necessário adicionar o tempero da politização do Poder Judiciário, ante a explosividade do quadro das diferenças sociais em nosso contexto socioeconômico. Tal politização só poderia aumentar o quociente crítico-participativo dos juízes na construção da real democracia, não de uma democracia formal, esta que pede que os Poderes sejam autônomos e não se comuniquem, e que cada um tenha o seu papel e não possa exercer nada além dele, do que decorre a assincronia absurda que medra na construção de políticas públicas neste país.

Não se trata ainda menos de pedir ao juiz que tenha uma visão ideologicamente dirigida para julgar todos os processos – por exemplo, sempre a favor dos pobres (porque eles também podem agir arbitrariamente ou contrariamente a direitos mínimos garantidores da vida social). Trata-se de apelar, com toda a força da expressão, ao juízo do razoável, como meio e método de exercício da crítica ponderada ao dedutivismo clássico do raciocínio judiciário (silogismo). A ética judicial pede *prudentia* da *iurisprudential*. A prudência, por vezes, pede a aplicação estrita do texto da lei, para fazer justiça, mas, por vezes, também pede a quebra da lei, para fazer justiça, daí a necessidade do olhar judiciário estar sempre calcado na necessidade de apelo a um juízo do circunstancial (*a posteriori, in casu, voluntas legis*) e não do abstrato (*in abstracto, a priori, voluntas legislatoris*).

Será que realmente a atuação do Poder Judiciário que se deseja é aquela do juiz cego (veja o caráter simbólico desta metáfora), por sua imparcialidade? Será que o que se deseja é um juiz tão *super partes* que seja incapaz de estar presente para realizar justiça social?

Será que a europeidade não pode ser substituída pela brasilidade no trato com as questões de candente necessidade contextual, histórica e existencial de um povo?

Para aqueles que consideram absurda a criação de um direito alternativo (Goffredo Telles Junior; Eros Roberto Grau)¹⁸, deve-se dizer que não se estará abolindo sempre e definitivamente a legalidade, em prol de um subjetivismo sem rumos, no trato das principais e mais importantes questões ligadas à democracia e ao capítulo da aplicação dos direitos em nosso sistema. O Poder Judiciário é um dos poderes mais vigiados e transparentes, em suas atividades tipicamente judiciárias, na medida em que conta com o crivo permanente do olhar vigilante da sociedade, da mídia, das partes interessadas no resultado processual, dos advogados, dos promotores, e das instâncias superiores dos Tribunais.

A defesa do direito alternativo não representa uma abertura para o arbítrio, pois ele somente é necessário, e somente aparece de fato, em situações excepcionais; e, ainda assim, quando ocorre a necessidade de abrandar a lei por equidade, de corrigir o texto legal por necessidade, de decidir *contra legem*, deve sempre o magistrado fazê-lo considerando o imperativo de se julgar de modo fundamentado, justificado, após a oitiva das partes processuais, e do recolhimento das provas necessárias para fundar a decisão. Uma decisão alternativa não se dá fora do Direito, apenas fora da legalidade estrita, dedutiva, fria, impensada e mecânica.

A atitude do juiz, em relação à lei, não se caracteriza jamais pela passividade, nem tampouco será, a lei, considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos; a lei se constitui em um outro elemento, entre tantos que intervêm no exercício da função jurisprudencial. (WOLKMER, 1986, p. 85).

Ainda assim, sempre restará às partes o recurso à revisão da decisão judicial no que considerarem injusto e lesivo aos seus interesses. Não se trata de autorizar que viceje a cultura do arbítrio, ou o império do subjetivismo¹⁹, do infundado, na estruturação da cultura decisória brasileira, mas sim que se defenda a ampliação da crença na capacidade de o Poder Judiciário representar um importante mecanismo de afirmação dos Direitos

¹⁸ Cito estas duas oposições ao movimento do Direito Alternativo, como simbólicas, sabendo que as críticas são ainda maiores e geradoras de um rechaço ainda mais expandido que a voz de dois grandes luminares do Direito: “Fascinante – devo dizê-lo – o sonho de colocar, por cima do justo por convenção, o soberano justo por natureza. Sinto-me irmanado com os juízes do Direito Alternativo, enquanto permaneço na pura esfera do sonho”. (TELLES JUNIOR. O chamado direito alternativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 1999, p. 76). Eros Roberto Grau proclamou sua visão em palestra proferida em São Paulo, promovida pelo IASP, intitulada *Judiciário, equidade e justiça*, em 19.11.2004.

¹⁹ “No que tange ao subjetivismo do juiz ao negar a aplicação da lei, é de se ter claro que toda e qualquer decisão, seja legalista ou não, passa necessária e obviamente pelo subjetivismo do julgador. Aliás, as coisas no processo emergem de incontáveis subjetivismos: das partes ao narrarem os fatos aos advogados; destes ao peticionarem; das testemunhas; dos peritos; e, evidentemente, do julgador”. (CARVALHO. A lei, o juiz, o justo. **Revista AJURIS**, n. 39, 1987, p. 140).

Humanos em nosso cenário de profunda crise da cidadania e carência social. Pode-se dizer:

E, no entanto, a perda da imparcialidade é um risco, sem dúvida. Risco, naturalmente, que não está apenas nos defensores do direito alternativo. Vejamos que inúmeros casos relatados por centenas de centros de defesa de direitos humanos pelo Brasil afora dão-nos conta da parcialidade de diversos julgados: decisões relativas à posse de terras dadas em liminares (que são sempre uma forma de suspender o contraditório, quando as liminares são dadas sem a oitiva da parte contrária), absolvição de mandantes de crimes, demora na solução dos casos. (LOPES, 1994, p. 262).

Afinal, a ética do juiz, neste sentido, não é a ética da legalidade, mas sim a ética da razoabilidade, sempre capaz de conjugar valores opostos e ponderar entre as diversas fontes a que melhor se aplica ao caso²⁰. Trata-se de um voto a favor da diversidade, em meio às fontes, e não da supremacia de uma ou algumas, em face das demais.

O que se percebe, portanto, é que os direitos fundamentais carecem de efetividade, e que a lógica tradicional com a qual os tribunais lidavam para produzir decisões judiciais não tem sido suficiente para afirmar mecanismos de criação de uma cultura afirmativa dos direitos fundamentais. É nesta medida que se acredita poderem os direitos fundamentais encontrar guarida mais ampla num Judiciário mais crítico, criativo, politizado e poroso, não como mecanismo de disseminação do caos e do relativismo, mas, exatamente na medida da necessidade de superar a crise pós-moderna pela unidade valorativa constitucional²¹; também na medida em que os direitos fundamentais poderão encontrar a amplificação de seus resultados através da atividade de concreção do sistema jurídico, onde as medidas de direito alternativo podem contribuir para um re-pensar

²⁰ Como pensa Wolkmer: “Pareceu claro, ao longo desse texto, a tentativa de demonstrar, teoricamente, que a verdadeira fonte do direito é elaborada pelos magistrados nos tribunais; por outro lado, não se nega que subsistem, concomitantemente com os precedentes judiciais, a doutrina, a analogia, os costumes e princípios gerais dominantes. Assim sendo, nos limites desta gravitação, a lei não é necessariamente direito, nem tampouco, fonte exclusiva e absoluta de direito”. (WOLKMER. O papel dos juízes na criação do direito. **Estudos Jurídicos**, n. 47, 1986, p. 88).

²¹ Esta é a posição de Pérez Luño, esta que reiteramos: “Para reconducir esos fenomenos e intentar poner orden en el caos normativo que amenaza con abolir por entero la unidad, la coherencia y la jerarquía del sistema de fuentes del derecho, hoy se vuelven los ojos hacia la Constitución”. (WAHL, 1981). “El proceso hermenéutico constitucional aparece por tanto como ‘instancia crítica’, siempre abierto a nuevos planteamientos e innovaciones, que lejos de cristalizar en un sistema de categorías cerradas y estáticas, sea un proceso dinámico basado en alternativas prácticas y en un pensamiento de posibilidades”. (HÄBERLE, 1980; PÉREZ LUÑO, 2001). “En el Estado de derecho, la garantía jurídica del *status* de los ciudadanos se desglosa en dos instancias fundamentales: 1) una *estática*, conformada por la definición legal de los derechos y deberes cívicos, así como de las competencias y procedimientos operativos de la Administración; 2) y otra *dinámica*, que se materializa en la justiciabilidad de la Administración, es decir, en la posibilidad de que los ciudadanos puedan plantear ante los tribunales sus quejas, por eventuales transgresiones de la legalidad por parte de los poderes públicos en aquello que suponga lesión de sus derechos”. (PÉREZ LUÑO. **La universalidad de los derechos humanos**, 2002, p. 82).

34 permanente da legalidade, de um re-pensar que se faz contrastar lei e justiça permanentemente; ainda, na medida em que o Judiciário é capaz de atuar como um Poder, em meio a outros Poderes, e não simplesmente como um mecânico organismo de satisfação das determinações legais advindas de outros órgãos políticos da sociedade.

6 A transição em direção a uma sociedade pluralista: do Estado de Direito ao Estado Constitucional

Uma sociedade aberta e pluralista pressupõe que seus valores não estejam estagnados, e muito menos controlados de modo centralizado somente pela compreensão e pela visão de mundo (*Lebenswelt*) de autoridades de Estado. Uma sociedade pluralista pressupõe que seus valores, consagrados inclusive através de normas jurídicas, sendo uma delas e a de maior importância a Constituição, estejam em permanente processo de troca intersubjetiva, que pertençam em nível do diálogo comum intercomunicativo, que compareçam ao espaço público para sua crítica e discussão, para que estejam de acordo com uma ética do agir comunicativo (Habermas).

Isto é o que exige que uma sociedade pluralista tenha seus valores, especialmente quando dignificados pela positivação jurídica na condição de princípios (como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, inc. III, CF88), ou normas de caráter constitucional (como é o caso da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, do art. 184 CF 88), especialmente considerada a situação de sua consagração como direitos fundamentais (como é o caso do direito à tutela jurisdicional dos direitos, art. 5º, inc. XXXV, CF 88), expostos não somente ao debate público, de acordo com uma ética do agir comunicativo (Habermas), mas sobretudo abertos para a ampla interpretação por parte dos agentes sociais. Não é somente a interpretação autêntica, no sentido kelseniano, aquela que definirá o sentido das normas do ordenamento, mas um aglomerado de jogos contínuos de linguagem (Wittgenstein), que fará com que a permanente mudança destas interpretações torne a Constituição não apenas um documento formal, de Estado (legislador) para Estado (juiz), mas um documento real, de Estado (legislador) para Sociedade (agentes sociais) e de Sociedade (agentes sociais) para Estado (juiz).

Nestas condições, pode-se considerar possível a superação do Estado de Direito em direção a um Estado Constitucional (Häberle)²². Apesar das expressões normalmente

²²Cito Häberle a partir dos comentários e críticas de Pérez Luño: “Frente al formalismo caracterizador Del Estado de derecho, Häberle sostiene que en un Estado constitucional la Constitución no aparece entendida solo como un conjunto de formas normativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de un determinado pueblo y como el espejo de su propio legado cultural y el fundamento de sus aspiraciones y proyectos de futuro”. (PÉREZ LUÑO. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**, 2002, p. 83).

receberem um tratamento equivalente, não raro sendo utilizadas como sinônimos²³, é possível distingui-las identificando no Estado de Direito um tipo específico de Estado, cunhado na lógica do legalismo burguês, sustentado pelo nascente naturalismo iluminista (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant), inspirado no ideário liberal centrado nas idéias de propriedade e liberdade, desenvolvido sob a cultura novecentista do positivismo jurídico e da ciência dogmática (*Rechtswissenschaft*), apesar disso haveria de encontrar suas primeiras modificações quando da ascensão dos debates de caráter social e reivindicativo que acabaram por produzir a idéia de um Estado Social ou de Bem-Estar Social. Seu obsolescimento contemporâneo não somente é notório, como é sistematicamente necessário que sua superação histórica se processe na identificação de novos paradigmas de regência do sistema jurídico; na transição paradigmática, deve-se considerar a importância de uma passagem do legalismo (Estado de Direito) ao constitucionalismo (Estado Constitucional)²⁴. Uma cultura que implica este processo de superação das condições de limitação auto-impostas a partir da própria dialética das idéias na história, é o que marca o crescente mecanismo de revisão da cultura político-jurídica prevalecente para que se fixem as bases de desenvolvimento de um Estado Constitucional (Pérez Luño)²⁵.

Dentro desta linha de raciocínio, caminhar em direção ao Estado Constitucional significa ampliar a função política do judiciário, ou seja, abraçar as críticas ao Estado de Direito, quais sejam, o rigorismo dedutivista da legalidade e a limitação do positivismo jurídico, para constituir-lo não como o único intérprete do ordenamento jurídico e nem mesmo como o intérprete que parte do Código de Direito Privado para compreender o sistema jurídico²⁶. Trata-se de entender que a função política do Poder Judiciário é a

²³ Como ocorre, por exemplo, na Espanha, segundo Pérez Luño: “En la doctrina española mayoritariamente, los términos “Estado de derecho” y “Estado contitucional” han sido utilizados de forma indistincta (Luque, 1977; Agapito, 1989; Nieto, 1996; Ferriz, 1993)”. (PÉREZ LUÑO. **La universalidad de los derechos humanos**, 2002, p. 58).

²⁴ “En definitiva, para Häberle, el Estado constitucional es el tipo-ideal de Estado propio de sociedad abierta: *Verfassungsstaat ist idealtypisch der Staat der offenen Gesellschaft* (HÄBERLE, 1980, p. 289). Frente al formalismo caracterizador del Estado de derecho, Häberle sostiene que en Estado constitucional la Constitución no aparece entendida sólo como un conjunto de formas normativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de un determinado pueblo y como el espejo de su propio legado cultural y el fundamento de sus aspiraciones y proyectos de futuro. La dimensión cultural de las Constituciones, entendidas como algo vivo, es una realidad conformada en gran parte por los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta. Las Constituciones son aspectos básicos de la expresión y transmisión de la cultura y, por tanto, son vehículos idóneos para la reproducción y recepción de experiencias culturales y soluciones jurídico-políticas. De ahí, la importancia que Häberle atribuye a los preámbulos y a los símbolos constitucionales en cuanto señas de identidad y elementos definitorios de la sociedad abierta sobre la que se construye todo Estado constitucional (1982; 1987; 1994; cfr: Verdú, 1993; Luño, 1995)”. (PÉREZ LUÑO. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**, 2002, p. 96).

²⁵ Cf. PÉREZ LUÑO. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**, 2002, p. 97.

²⁶ Vide a respeito, CALLEJÓN. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. 1997.

- 36 que desloca sua função de aplicador do sistema codificado (juiz como *bouche de la loi*), em direção à politização do sentido das metas sociais, das ambições axiológicas, das finalidades políticas eleitas, contidas na dinâmica de uma Constituição de caráter pluralista e democrático.

7 Conclusões

A discussão do tema das fontes do direito invoca um amplo debate sobre questões fundamentais ligadas à cultura jurídica, aos modos de se conceber dogmaticamente o funcionamento do ordenamento, bem como sobre a dimensão do direito que se aplica, por seus métodos, todos os dias, através da atividade jurisdicional.

A presença de uma marcante ideologia de inspiração liberal, sem dúvida nenhuma, é o que determina a estrutura de interesses que acaba por advogar a favor da concepção que entroniza e fetichiza a lei em meio às demais fontes jurídicas, exatamente por representar a matriz da segurança social desejada para a afirmação dos processos de circulação econômica.

A questão do direito alternativo aparece, portanto, neste debate, como um modo de se defender a afirmação da equidade, dos equilíbrio prudencial da decisão e da razoabilidade concreta da análise jurisprudencial do Direito, na medida da necessidade social, conforme contorno dos casos específicos, dentro da mais limpa possibilidade de cumprimento do princípio da *livre persuasão e convicção* do juiz.

Este tipo de convicção somente fortalece a possibilidade de afirmação da cultura dos direitos humanos, sempre solapada pelo caráter “programático” das normas constitucionais, sempre negligenciada por se tratar de um discurso aberto e genérico da Carta Constitucional, sendo que suas aflições só podem realmente ser medidas e protegidas por um Poder Judiciário suficientemente paramentado, não tecnologicamente, mas culturalmente, para os desafios oriundos de sua aplicação concreta. Ademais, uma cultura de disseminação dos direitos humanos somente pode contribuir para a ampla compreensão da passagem que significa a superação da marca do liberalismo sobre o Estado de Direito (legalismo e dedutivismo), em direção a uma condição onde prevaleçam melhores e mais abertas possibilidades de construção de uma sociedade pluralista em um Estado Constitucional (primazia constitucional e proteção dos direitos humanos).

Referências

- CALLEJÓN, María Luisa Balaguer. **Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico**. Madrid: Tecnos, 1997.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. A lei, o juiz, o justo. **Revista AJURIS**: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 39, p. 132-152, mar. 1987.
- FARIA, José Eduardo O. C. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. O futuro dos direitos humanos após a globalização econômica. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Orgs.) **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999. p. 55-73.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O oficial e o inoficial: ensaio sobre a diversidade de universos jurídicos temporal e espacialmente concomitantes. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DA INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR SEMIOTICS OF LAW: Direito Oficial, Contracultura e Semiótica do Direito, 13. 1997, São Paulo. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, ago. 1997, p. 588-609.
- _____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- LOPES, José Reinaldo Lima. Em torno do direito alternativo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 31, p. 255-263, jan./mar. 1994.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e direito**. 2. ed. São Paulo: Pioneira, Thomson, 2002.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. O chamado direito alternativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 94, p. 74-80, 1999.
- WOLKMER, Antonio Carlos. O papel dos juízes na criação do direito. **Estudos Jurídicos**, Rio Grande do Sul, n. 47, p.83-88, set./dez. 1986.