

DIREITOS HUMANOS E O USO ALTERNATIVO DO DIREITO

*Lucas Daniel Ferreira Souza*¹
lucasdanielfs@hotmail.com

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo principal analisar pela ótica de uma práxis empírica a dignidade humana como fundamento ao atual modelo de Estado apresentado pela Carta Magna, a saber, “Estado Social”. Dentro dessa perspectiva, procuraremos examinar quais são os valores inseridos no texto da norma constitucional e, sobretudo, procuraremos analisar o quanto da prestação da efetividade dessa norma está em vigor, ou seja, analisaremos o discurso do legislador constitucional e proporemos um juízo de análise com fito de saber se de fato trata-se de um discurso prático ou de um retórico falacioso formal.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Propriedade; Direito Alternativo

HUMAN RIGHTS AND THE ALTERNATIVE USE OF THE LAW

Abstract: This research aims to analyze for through the optics of an empirical praxis the human dignity as the basis of the current state model presented by the Constitution, namely “Social State”. Within this perspective, we try to examine what values are inserted in the text of the constitutional law, and above all we seek to analyze how much of the benefice of the effectiveness of this norm is in effect, in other words, we will analyze the speech and the constitutional legislator and propose a judgment in order to know if in fact it is a practical speech or a rhetoric formal fallacious speech.

Keywords: Human Rights; Property; Alternative; Law.

1. Introdução

Os Direitos Humanos, inicialmente proclamados na Declaração de Direitos da Virgínia, com a independência americana em 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa em 1789, foram universalmente ratificados em 1948, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, e posteriormente positivados através das Constituições Federais de diversos países.

Embora as declarações acima se constituam nos grandes marcos dos Direitos Humanos, é importante ressaltar que ao longo da história referidos direitos sempre fizeram parte da reivindicação e da

¹ Bacharel em Direito - Centro Universitário Eurípides de Marília, em 2011. Cursando Pós-Graduação *lato sensu* pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus com especialização em Direito Penal e Processual Penal.

necessidade de afirmação dos seres humanos. O professor Fábio Konder Comparato (2008, p. 205), ao apresentar a evolução histórica desses direitos como conquistas sociais, cita a Carta Magna de 1215, a Lei de Habeas Corpus de 1679 e a Declaração de Direitos de 1689, todas promulgadas na Inglaterra.

O século XVIII é o apogeu de uma batalha travada ao longo da história entre a concepção religiosa e filosófica acerca da capacidade humana de traçar seu próprio destino, de estabelecer seus limites e organizar-se social e politicamente, sem qualquer interferência superior. A Revolução Francesa, influenciada pela ideologia Iluminista de valorização do homem, pôs fim ao antigo regime, enaltecendo a crença na razão humana e nos seus poderes, criando uma nova atitude do homem frente ao universo. Assim, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, exaltou a liberdade, a igualdade e a fraternidade, como direitos universais, atribuindo à propriedade um direito inviolável.

É também de grande importância histórica para a universalização dos direitos humanos a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ao considerar que todos os homens são iguais, dotados de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida e a liberdade, ratificando o pensamento dos filósofos contratualistas, de que a instituição do Estado decorre da vontade dos homens e, portanto, o mesmo não deve contrariar os interesses destes.

Considerando a importância do século XVIII para os direitos humanos, convém analisarmos a evolução dos mesmos até então, procurando inicialmente demonstrar como as sociedades tratavam os direitos exaltados pela Revolução Francesa.

2. Direito de propriedade

Ao verificarmos a história do direito positivo, desde a antiguidade, constatamos que as sociedades sempre pautaram suas legislações na proteção a este direito. A preocupação histórica com a garantia da propriedade reside no fato da evolução social ser fruto do desenvolvimento agrícola e comercial e, conseqüentemente, o poder econômico ensejar o poder político. Essa evolução ocorreu em virtude do desenvolvimento das técnicas de produção de alimentos. Em determinado momento, as forças das intempéries impossibilitaram a natureza de oferecer ao homem tudo aquilo que necessitava. Assim, longas secas, invernos rigorosos, exigiram dele a capacidade de desenvolver técnicas para trabalhar a terra e garantir sua subsistência. Em consequência do desenvolvimento dessas técnicas de produção de alimentos, deu-se a evolução social.

A fase primitiva da coleta e da caça fazia do homem um ser nômade, que convivia em grupos reduzidos e dispersos, sendo possível possuir apenas aquilo que se podia carregar, ou seja, suas armas e suas vestes. Com o tempo, começaram a cultivar certas plantas e a domesticar os animais, ocasionando sua fixação em áreas mais propícias à satisfação de suas necessidades. Essa mudança de comportamento gerou maior aglomeração de pessoas, maior densidade populacional e simultaneamente a divisão comunitária do trabalho.

Essas sociedades simples mantiveram-se organizadas por normas consuetudinárias, ditadas pelas tradições comunitária e familiar, que impunham as regras de conduta. Em muitas sociedades surgiu a proteção ao direito de propriedade para aqueles que se dedicavam à articulação dos meios de produção, que

trabalhavam a terra.

Para o filósofo John Locke (1973, p. 51), o direito à propriedade surge com o trabalho, com a força transformadora que o homem emprega na natureza. Assim, os animais que se encontram selvagens, ou seja, não domesticados, não pertencem a qualquer homem. A mesma ideia vale para as terras não cultivadas, que pelo fato de ainda não terem sido trabalhadas, a ninguém pertence.

A apropriação de algo, um terreno, por exemplo, é necessário que este não esteja habitado por outra pessoa, em segundo lugar, que não se ocupe nele senão a extensão necessária para subsistir, em terceiro, é preciso que se tome posse dele, não mediante uma vã cerimônia, senão pelo trabalho e cultivo, único indício de propriedade que, na falta de títulos jurídicos, deve ser respeitado (ROUSSEAU, 1973, p. 44).

Em outras palavras, o direito à propriedade não pode propiciar o acúmulo de terras nas mãos de poucos, obstando o direito dos demais a terem sua fração. No seu “Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens”, Rousseau atribui ao direito de propriedade todos os males da sociedade.

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer “isto é meu” encontrando pessoas suficientemente simples para acreditar. Quantos crimes, guerras, assassinos, misérias e horrores não poupariam ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: “Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém” (ROUSSEAU, 1973, p. 265).

Historicamente, aqueles que desrespeitavam o direito à propriedade, pagavam com a vida ou eram sujeitos a um vasto repertório de crueldades.

O rei babilônico Hamurabi (1728 a 1686 a. C.) elaborou o célebre Código de Hamurabi, considerado o primeiro código escrito de leis que se conhece. Nesse código, o direito à propriedade dos bens é garantido com a aplicação de sanções severas àqueles que o violarem. O furto dos bens era punido com a morte.

Em Roma, a Lei das Doze Tábuas, no século V a. C., é o marco inicial da positivação do direito romano e em relação aos delitos praticados contra o direito de propriedade, impunha pena de morte àqueles que furtavam rebanhos alheios, incendiavam edifícios ou destruíam moinhos de trigo. O capítulo que trata dos delitos ainda absolvía, isentava de punição, o causador da morte daquele que cometia um furto.

Na Idade Média, do século V ao XV, vigeu o Feudalismo, sistema social, político e econômico, que tinha na propriedade o seu pilar de sustentação. Nesse sistema, os pequenos proprietários de terras, camponeses e aldeões, mantinham uma relação de dependência hierárquica com outros proprietários: nobres religiosos e o rei. Com as invasões bárbaras que marcaram o período medieval, a insegurança e a violência dominaram a Europa e a única forma eficiente dos camponeses livres protegerem suas propriedades era buscando apoio dos grandes proprietários da região. Em troca de amparo, os camponeses passaram a empenhar suas terras, cedendo parte de seus direitos e comprometendo-se a pagar impostos para permanecerem em suas terras com segurança.

Ao longo da Idade Média, o feudalismo fortaleceu as monarquias e o clero, que tinham seus privilégios mantidos por camponeses, aldeões e pequenos proprietários que mantinham a posse de suas terras ao custo de altos impostos.

Na França, após a revolução pôr fim à monarquia e conseqüentemente à influência do clero, o Código de Napoleão, fruto do golpe militar desejado pela burguesia, que almejava um Estado onde não houvesse qualquer restrição à propriedade, garantiu a posse das propriedades privadas e o livre exercício das atividades comerciais.

2.1. Liberdade

Nas obras de Homero, o destino humano via-se preso aos caprichos dos deuses; estes impunham suas vontades sobre as vidas humanas. Qualquer decisão importante na vida deveria ser precedida de hecatombes, para se obter a compaixão e o apoio das divindades. Até mesmo os deuses eram subordinados a outros deuses. O dramaturgo grego Ésquilo narra o sofrimento de Prometeu, acorrentado em um rochedo por Zeus pelo fato de entregar aos homens as artes do conhecimento e da civilização.

Na Bíblia, o livro de Gênesis, capítulo I a III, que narra a criação do mundo por Deus, descreve a punição a Adão e Eva por não observarem a restrição imposta ao gozo dos frutos oferecidos no paraíso. A mitologia grega e o velho testamento demonstram o dilema humano acerca da sua autonomia, da sua liberdade, da sua submissão, de sua condição frente à vida e ao universo.

Além da mitologia, a Grécia nos legou a filosofia e, inicialmente, a cosmologia dos pré-socráticos, que buscava desmistificar o universo e todos os fenômenos naturais, rompendo os grilhões dos mitos e possibilitando a expansão da racionalidade e o fim dos desígnios celestes.

Em seu livro, *Convite à Filosofia*, Marilena Chauí atribui à filosofia um esforço racional para conceber o universo como uma totalidade ordenada e dotada de sentido, bem como fundamentar de forma teórica e crítica o conhecimento humano. Neste livro, a autora ao tratar da “liberdade”, cita Aristóteles, atribuindo ao filósofo a seguinte definição:

É livre aquele que tem em si mesmo o princípio para agir ou não agir, isto é, aquele que é causa interna de sua ação ou da decisão de não agir. A liberdade é concebida como o poder pleno e incondicional da vontade para determinar a si mesma ou para ser autodeterminada. É pensada, também, como ausência de constrangimentos externos e internos, isto é, como uma capacidade que não encontra obstáculos para se realizar, nem é forçado por coisa alguma para agir. Trata-se da espontaneidade plena do agente, que dá a si mesmo os motivos e os fins de sua ação, sem ser constrangido ou forçado por nada e por ninguém (CHAUI, 2000, p. 464).

Desde a antiguidade, a supressão da liberdade dos homens ocorria principalmente por dívidas ou guerras. Os escravos feitos prisioneiros de guerra tornavam-se propriedade do Estado, sendo destinados a diversas frentes de trabalho de interesse estatal. A escravidão, socialmente, era vista como algo natural e inquestionável. Um espírito tão superior como o de Aristóteles é tão presa de sua época que não titubeia em justificar a escravidão como um instrumento necessário para que os verdadeiros cidadãos atenienses pudessem usufruir do ócio e do lazer, para se decidirem às coisas mais sublimes do espírito (ODALIA, 1985, p.18).

Etienne de La Boétie, em sua obra “Discurso Sobre a Servidão Voluntária”, tratou no século XVI, da relação de submissão entre os homens. Relação esta propiciada pela tirania e pelo fato do povo abdicar ao direito de liberdade e muitas vezes sem opor qualquer resistência. Para La Boétie, o ser humano nasce

senhor de seu destino e em condições de defender sua alforria. Todas as coisas que têm sentimento sentem a dor da sujeição e suspiram pela liberdade; as alimárias, feitas para servirem o homem não são capazes de se habituar à servidão sem protestarem desejos contrários.

A tirania é apresentada em seu “discurso” como a grande barreira ao exercício da liberdade. Assim, os Estados autoritários perpetuam-se definindo aquilo que há de mais sagrado aos seres humanos. Pela arbitrariedade da força, pelo engodo das falsas promessas, domam o povo, aliciam as mentes menos avisadas e aniquilam qualquer sentimento de insatisfação; “Ceder à força constitui um ato de necessidade, não de vontade, é, entretanto, um ato de prudência. Em que sentido poderá ser um dever?” (ROUSSEAU, 1973, p. 31).

Assim, se a força cessa, não há dever de obediência.

Para Rousseau (1973, p. 39), a autoridade legítima surge por convenção, por vontade de todos que compõem o corpo social. Logo, é o contrato social que define as bases e diretrizes que irão nortear as relações entre o Estado e o povo, de forma que todos tenham garantido a proteção de seus direitos, de qualquer força comum. Portanto, individualmente, cada pessoa cede parte de seus direitos em favor da comunidade, submetendo-se à vontade geral e não à sua em particular.

Considerando o Estado uma criação de todos, evidentemente, este não pode contrariar os interesses dos particulares que o compõem. Definida a finalidade estatal, deve o governante fazer valer os anseios da coletividade e, se contrariar esta máxima, será natural que seja compelido à vontade geral.

Com o contrato social, Rousseau (1973, p.49) diz que perdemos a liberdade natural e um direito ilimitado, além de ganharmos a liberdade civil e a propriedade de tudo que possuímos.

John Locke (1973, p. 49), ao tratar da liberdade, defende que a mesma não deve submeter-se a qualquer poder legislativo senão ao que se estabelece por consentimento da comunidade. Ao condicionar a liberdade aos limites impostos pela comunidade, por convenção, Locke a vincula ao direito de igualdade natural de todas as pessoas. É o direito à igualdade que limita o exercício da liberdade de cada um. Se a todos é garantido por leis civis e naturais, o direito à vida, à propriedade e ao livre exercício da religião, cabe a nós seguirmos nossa própria vontade em tudo quanto não fira direitos alheios naturais ou consentidos mutuamente. Portanto, para Locke a liberdade não garante a qualquer um fazer o que lhe apraz, viver como lhe convém, sem ser refreado por leis quaisquer.

2.2. Igualdade

Tendo o ser humano ocupado todos os continentes, estes nos propiciaram as mais diversas condições climáticas e geográficas. Assim sendo, foi necessário que o ser humano primitivo desenvolvesse, em cada continente, habilidades distintas para sobreviver. As peculiaridades de cada região continental propiciaram a seus habitantes características próprias: desenvolveram portes físicos distintos, e a maior ou menor exposição ao sol fez a cor da pele indicar a origem geográfica das pessoas. Embora distintos fisicamente, a natureza universalmente legou a todos nós, indistintamente, a mesma essência, ou seja, o mesmo desejo de conhecer, de adaptar-nos, de gerar uma identidade cultural, e em todo planeta, independente da região ocupada, igualmente, desenvolvemos uma necessidade universal de fazermos parte da natureza, de nos

sentirmos integrados à vastidão do universo e justificarmos nossa presença neste mundo. Assim, inicialmente, desenvolvemos a ideia dos deuses para justificar nossa existência.

Com o passar do tempo, as sociedades primitivas evoluíram e desenvolveram seus valores, ratificando suas crenças, identificando a virtude naquilo que fortalecesse o modo de ser e a unidade social e considerando vício aquilo que pusesse em risco a identidade e a integridade social, desenvolvendo cada qual sua cultura legal.

De forma natural, a diversidade cultural se fez presente entre todos.

Paradoxalmente, as religiões e os mitos defenderam e disseminaram a igualdade, bem como justificaram a desigualdade entre os homens. A preocupação com a igualdade entre os homens pode ser observada no Direito dos Hebreus, no Antigo Testamento, no Deuteronômio, um dos cinco livros do Pentateuco. Nos versos 16 e 17, do capítulo I, Moisés, na condição de representante divino, manifesta a necessidade de a equidade ser regra entre os seres humanos.

O Cristianismo surge difundindo a ideia de igualdade entre os homens, pregando a harmonia, a paz e o amor fraterno.

Ao tratarmos dos fundamentos da origem do Estado, da sociedade política, recorreremos inicialmente a dois modelos, conforme ilustra Norberto Bobbio (1991, p. 1-6), em sua obra “Thomas Hobbes”. O modelo jusnaturalista apresenta uma antítese entre o estado de natureza e o estado político, sendo este último idealizado com o fim de harmonizar a convivência social. Este modelo preconiza uma época pretérita em que todos são livres e iguais em relação uns aos outros, que posteriormente, por convenção, institui a sociedade civil. O modelo clássico Aristotélico define o Estado como continuidade e evolução de grupos sociais menores como a família. Neste modelo, o Estado não surge contrapondo uma realidade anterior, mas como uma reunião de família, excluindo a hipótese da existência de estado natural no qual todos são livres e iguais.

2.3. Fraternidade

A fraternidade busca enaltecer a dignidade humana, defendendo de forma universal as garantias e o exercício dos direitos humanos.

Em sua obra “Metafísica dos Costumes”, Kant (2003, p. 65) diz que nossa racionalidade cria normas de conduta, impondo em nossa consciência a necessidade de observá-las. Esta imposição não é externa, mas voluntária. Portanto, quando agimos conforme tais regras, desejando que estas sejam observadas por todas as pessoas, estamos sendo éticos e praticantes da boa vontade fundada no dever moral.

Quando agimos vislumbrando os benefícios universais que nosso comportamento suscitará, estamos procedendo moralmente. Ao analisarmos as consequências de nossas atitudes, voluntariamente devemos evitar prejuízos e malefícios a outrem, pois, devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal (KANT, 2003, p. 68).

Dessa forma, mentir para lesar um interesse alheio não poderá ser considerado uma ação moral, pois quem mente jamais poderia desejar que esta máxima “mentir para lesar” se torne uma regra universal, da

qual poderia ser vítima posteriormente.

Rousseau, contemporâneo de Kant, tratava a moralidade como fruto da vida social, e consequentemente, tinha a finalidade de conter os impulsos humanos e fazer com que nossos interesses não frustrassem direitos alheios.

A transição do estado natural ao civil produz no homem mudança notável, substituindo em sua conduta a justiça do instinto e dando aos seus atos a moralidade de que antes careciam. Somente então, substituindo a voz do dever ao impulso físico e o direito do apetite, o homem que, até tal ponto, não observava senão a si mesmo, vê-se obrigado a agir, tendo em conta outros princípios e a consultar sua razão antes de atender a caprichos (ROUSSEAU, 1973, p. 42).

3. A fraternidade como um dever moral

Ao citar o filósofo Kant, Samuel Fleischacker (2006, p. 105), diz: “todo ser humano, na verdade, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo e não somente como um meio” e deve ser assim considerado no âmbito das deliberações de todo outro ser racional. Todo ser humano tem um valor absoluto e, por essa razão, um valor igual. Ser absoluto é existir por si, é possuir um valor intrínseco, que independe de qualquer relativização externa, independente de raça, cor, religião, posição social e econômica.

Ao tratar da moral, Fleischacker (2006, p. 105-106) cita a “Metafísica dos Costumes” de Kant que desenvolve uma crítica da caridade, classificando como amoral a caridade praticada com fins de promoção pessoal, motivada pela vaidade, retribuição de honras e inclinações psicológicas.

Kant observa que uma pessoa verdadeiramente moral deveria se empenhar em cultivar uma boa vontade fundada em princípios, em vez de uma mera bondade de coração e temperamento, pois esta última não é confiável. A apresentação tradicional da caridade como uma virtude na qual alguns se destacam, e pela qual outros deveriam ser gratos, é uma formulação inadequada da maneira como a virtude funciona e da atitude em relação a outros seres humanos que uma pessoa virtuosa deveria ter.

Logo, as atitudes beneficentes motivadas por interesses egoísticos nem sempre trazem consigo o selo da virtude. Faz parte da essência de toda virtude, que ela expresse e ajude a criar uma comunidade que respeite o valor absoluto e igual de cada indivíduo que a ela pertença.

Num primeiro momento, é esta igualdade fraternal que se pretende com a Revolução Francesa, pois a mesma não deseja declarar apenas os direitos do homem e do cidadão francês, mas busca proclamar de forma universal tais direitos.

Todos aqueles que lutavam por liberdade na segunda metade do século XVIII tinham pela frente um grande obstáculo, o Estado Absolutista. Dentre estes, estão os colonos americanos.

Os movimentos do século XVIII buscam pôr fim ao modelo estatal vigente e clamam por uma nova relação entre o Estado e a sociedade. Na França, a monarquia absolutista cede espaço à monarquia constitucionalista. A Revolução completou o fim do feudalismo, suprimindo as antigas ordens sociais e estabelecendo direitos civis e políticos. A Revolução Francesa traduziu todas as inquietudes de uma sociedade desigual, submetida a um Estado autoritário, sem qualquer compromisso social, econômico e político com

o povo francês. O Estado monarquista de Luiz XVI atuava de forma totalmente oposta às ideias dos contratualistas. Para esses filósofos que influenciaram os ideais revolucionários, o Estado deriva da vontade geral, de um “contrato social” e consequentemente deveria zelar pelo interesse comum, pela ordem social, segurança e, na visão de Locke, garantir o exercício do direito de propriedade.

Não só a Europa contribuiu para a disseminação dos ideais liberais. Na América, em 1776, é publicada a Declaração de Independência dos Estados Unidos, que também pauta-se nas ideias dos contratualistas.

3.1. Direitos humanos a partir do século XIX

Se no século XVIII o grande obstáculo dos direitos humanos foi o absolutismo, podemos dizer que no século XIX a árdua batalha será travada com o “positivismo”, uma doutrina que busca valorizar o conhecimento científico pautado na experiência e na observação, desqualificando o discurso moral e os valores éticos universais. Assim, surge o positivismo jurídico, que se prende à realidade dos fatos.

O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto (BOBBIO, 1995, p. 136). É um rótulo genérico para uma variedade de concepção, que tem em comum uma avaliação extremamente elevada da ciência e uma tendência correspondente a reduzir todos os demais modos de pensamento (ética, religião, metafísica) a um empreendimento científico, ou então, para ridicularizá-los como irracionais ou vazios (FLEISCHACKER, 2006, p. 138). Chegando ao poder, a burguesia descartou seu jusnaturalismo, passando a defender a tese positivista: já que tinha conquistado a máquina de fazer leis e por que, então, apelar para um Direito Superior? (LYRA FILHO, 1985, p. 116)

Dentro deste cenário desenvolveu-se a ciência econômica, enquanto o capitalismo industrial e as teorias do direito natural perderam força. O desenvolvimento econômico propiciado pela Revolução Industrial, o comércio internacional e o fim do absolutismo fortalecem o Estado Liberal e a burguesia torna-se a nova elite política, utilizando como instrumento de controle social um direito positivado, que tem como fonte legisladores comprometidos com os interesses liberais.

A geração de riquezas se faz através da exploração da vida humana. Os Estados Unidos da América, berço da democracia moderna, com monumentos edificadas em alusão à liberdade, que fundamentaram sua declaração de independência no jusnaturalismo, no direito natural, restringiram direitos dos negros com políticas de segregação racial, ensejando o surgimento de ícones mundiais pela defesa dos Direitos Humanos como Martin Luther King. Não menos atroz, os ingleses plantaram na África do Sul a semente da segregação, extinta de forma simbólica, em 1994, com a libertação de Nelson Mandela.

A Segunda Guerra Mundial mostrou ao mundo o leque de atrocidades, de possibilidades que confrontavam os Direitos Humanos, suscitados por crimes de guerra que pretendiam o extermínio de raça, por parte dos alemães, bem como pelo uso de armas de destruição em massa utilizadas pelos americanos sobre o Japão.

Todos esses acontecimentos suscitam questionamentos ao positivismo que ganharam evidência e

prestígio a partir do século XI.

3.2. Direitos humanos no século XX

Ao defender a capacidade humana de traçar seu próprio destino, o Iluminismo e os movimentos revolucionários do século XVIII atribuíram à razão a fonte de todo conhecimento humano e elegeram princípios universais que deveriam nortear as relações políticas, sociais e econômicas. A racionalidade exige uma nova dimensão na relação entre o Estado e os membros da sociedade. Se o exercício do poder por parte do Estado deve levar em consideração novos princípios, é natural que os mesmos princípios também regulem as relações sociais e interpessoais de um modo geral.

Das sociedades primitivas às mais complexas, a desigualdade entre as comunidades e classes foi sempre evidente. O poder para influenciar no destino geral esteve sempre nas mãos de poucos e os bens e produtos gerados pela sociedade jamais foram desfrutados por todos os seus membros, ou por serem escassos ou simplesmente pelo fato do gozo da riqueza produzida ser privilégio das classes e grupos mais influentes e poderosos.

Dois grandes guerras mundiais, genocídios, ausência de valores éticos e morais universais, o desenvolvimento do Eugénismo e, conseqüentemente, de políticas segregacionistas em diferentes partes do planeta, fizeram da Idade Contemporânea a fase mais violenta de nossa história.

Todos esses desdobramentos históricos fundaram-se numa legalidade positivista descomprometida com os valores humanos. Em relação à Eugénia, nos Estados Unidos, em 1907, é promulgada a primeira Lei de esterilização compulsória.

No entanto, além da esterilização, para completar o programa de melhoramento do homem estadunidense era preciso evitar a entrada de indivíduos de “má” estirpe em território nacional, ou seja, colocar em vigor uma lei que proibisse a entrada de estrangeiros vindos de certos países ou de determinadas raças. [...] O medo de que os estrangeiros prejudicassem o estoque dos genes de origem anglo saxão e protestante tornou todos esses imigrantes os causadores da pobreza, do crime e da doença. (DIWAN, 2007, p. 61)

Estados autoritários, governos ditatoriais, políticas de exploração da mão de obra e discriminação racial utilizaram o manto da legalidade para se justificarem. É o Direito positivo como instrumento de repressão, é a norma jurídica surgindo sem qualquer fundamentação superior, contrariando a natureza e sua finalidade primordial que é instituir uma sociedade fraterna e pacífica.

Diante das barbáries suscitadas pela Segunda Guerra, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em 1948, por 48 nações. Seus 30 artigos consolidam os direitos humanos buscados incessantemente ao longo da história através de árduas batalhas. Essa Declaração enaltece a igualdade, a liberdade, a dignidade, a fraternidade e os princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório e os direitos sociais.

Direito e Justiça caminham enlaçados; lei e Direito é que se divorciam com frequência. Onde está a justiça no mundo? – pergunta-se. Que justiça é esta, proclamada por um bando de filósofos idealistas, que depois a entregam a um grupo de “juristas”, deixando que estes devorem o povo? A justiça não é, evidentemente, esta coisa degradada, pois nenhum legislador prepotente, administrador ditatorial ou juiz formalista jamais pensou em dizer que o “direito” deles não está cuidando de ser justo. (LYRA FILHO,

1985, p. 120)

4. Uso alternativo do Direito

O movimento “uso alternativo do direito” surgiu no início da década de 70 na Itália, criticando o saber posto, chegando à Espanha e posteriormente no Brasil, na década de 80, ganhando força no Rio Grande do Sul.

A expressão “alternativo” pressupõe uma opção de escolha e informa que algo pode ser ora consentido num sentido e ora noutro. Num primeiro momento, causa estranheza imaginar essa possibilidade alternativa ao Direito. Considerando que o Direito é aplicado a casos concretos, podemos inferir que dependendo das circunstâncias, do fato e das partes envolvidas numa relação jurídica, poderá o judiciário ser parcial, julgando em favor do hipossuficiente, do mais fraco, atribuindo ao direito a função política da justiça social. Logo, busca-se um Direito que não fique restrito à letra da lei. No alternativismo, o judiciário não é um mero aplicador de leis. Não é o fato que deve se ajustar à lei, mas é esta que necessariamente deve se ajustar à realidade.

A atuação interpretativa alternativa ultrapassa os limites da reprodução de práticas consagradas, tornando-se: (a) mais próxima do real conflito humano; (b) permissiva de discussão axiológica desmascaradora da ideia de neutralidade; (c) politicamente participativa; (d) questionadora da ordem estabelecida; (e) inserida no contexto socioeconômico (CARVALHO, 2003, p. 25)

De acordo com Gilberto Callado de Oliveira (1999, p. 55), o “alternativismo” tem inspiração marxista, apresentando-se como uma antítese do direito tradicional, que não conduz à igualdade e reproduz uma ordem injusta imposta pela classe política dominante.

Para Marx, o Direito é vontade, feita lei, da classe dominante, que através de seus próprios postulados ideológicos pretende considerá-lo como expressão aproximativa da justiça eterna. Esta concepção nada mais é que um produto de sua própria ideologia, e como tal, falsa (BARBOSA, 1984, p. 48).

A princípio, o Direito Alternativo tem buscado legitimação nas Constituições nacionais populares e democráticas que representam a vontade soberana do povo. Por influência da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), as constituições democráticas do século XX positivaram os direitos proclamados pelas referidas declarações.

A Constituição brasileira de 1988 recepcionou as diretrizes da Declaração de 1948, reconhecendo os direitos individuais e coletivos, direitos sociais e políticos. No entanto, esta recepção não constitui efetivação desses direitos. No Brasil, são notórias as disparidades sociais, a concentração da renda, o colapso da segurança pública, a falência do sistema prisional, a morosidade da justiça, os privilégios processuais da elite política, a péssima qualidade do ensino público, desemprego etc. Este quadro caótico demonstra a ineficiência administrativa do Estado, bem como os problemas estruturais na organização do judiciário. É nesse cenário que o movimento pelo “uso alternativo do Direito” ganha espaço.

O movimento se caracteriza pela busca (desesperada e urgente) de um instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber/atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática. Uma atividade jurídica comprometida com a utópica vida digna para todos, tornando o direito um instrumento de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação (CARVALHO,

2003, p. 27).

Ao tratar da antítese entre direito positivo e direito natural, Roberto Lyra Filho (1985, p. 35), menciona que é preciso uma nova teoria realmente dialética do Direito que gere a possibilidade de uma síntese que preserve os pontos primordiais de ambas as teses. Assim, veremos que a positividade do Direito não conduz fatalmente ao positivismo e que o direito justo integra a dialética jurídica, sem voar para nuvens metafísicas, isto é, sem desligar-se das lutas sociais, no seu desenvolvimento histórico, entre espoliados e oprimidos, de um lado, e espoliadores e opressores, de outro.

Diante da afirmação acima, podemos concluir que os direitos humanos positivados na Constituição de 1988 dão legitimidade para o movimento “uso alternativo do direito” quando este clama por um direito justo, possibilitando aos magistrados garantir a efetividade de tais direitos ao sentenciar os caos concretos.

5. Considerações finais

O Estado Democrático de Direito pressupõe o reconhecimento dos direitos humanos. Logo, é fundamental que o Estado crie condições favoráveis para a efetivação de tais direitos. Não obstante, constatamos que nos países em desenvolvimento como o Brasil, não há uma estrutura geral que possibilite à população o gozo dos direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal.

Diante dessa conjuntura, não seria de se esperar que o Poder Legislativo estivesse produzindo norma para toda situação na qual estariam em jogo os direitos fundamentais. Os casos atípicos são inúmeros e os direitos fundamentais precisam ser garantidos. Essa exigência resultou no fortalecimento do Poder Judiciário como instrumento realizador do Estado de Direito, segundo Magalhães Filho (2006, p. 63).

A partir do século XX, com a propagação do constitucionalismo, o direito positivo direciona seus holofotes no direito natural ensejando uma dialética jurídica que comporte e sintetize o que há de bom nessas duas ideologias jurídicas.

O desenvolvimento do constitucionalismo com a consagração dos direitos fundamentais em documentos jurídicos nacionais resultou num certo triunfo do jusnaturalismo, pois serviu para estabelecer o reconhecimento dos valores básicos do Direito Natural nos Estatutos Supremos dos países do Ocidente.

Dessa forma, é possível um Direito Positivo comprometido com os princípios do Direito Natural, cabendo ao chamado “Direito Alternativo” evocar essa tendência humanista que deve haver no direito posto, buscando na aplicação da lei que o direito seja justo e considere a condição do hipossuficiente e dos oprimidos envolvidos na relação jurídica.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Julio Cezar Tadeu. **O Que É Justiça**. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Icone, 1995.
- _____. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus Ltda, 1991.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em Movimento**. Ed. Lumen Juris, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIWAN, Pietra. **Raça Pura**. São Paulo: Contexto, 2007.
- FLEISCHACKER, Samuel. **Uma Breve História da Justiça Distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.
- LA BOÉTIE, Etienne. **Discurso Sobre a Servidão Voluntária**. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/boetie.htm>>. Acessado em 05 nov. 2012.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Abril, 1973.
- LYRA FILHO, Roberto. **O Que É Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **A Essência do Direito**. São. Paulo: Rideel, 2006.
- ODALIA, Nilo. **O Que É Violência**. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **A Verdadeira Face do Direito Alternativo**. Jurua, 1999.
- ROUSSEAU, Jean Jaques. **Os Pensadores**. São Paulo: Abril, 1973.