ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Direito e Liberdade

UMA LEITURA DO DIREITO ALTERNATIVO

A READING OF THE ALTERNATIVE LAW

Clarissa Barbosa Nunes*
Ramon Rebouças Nolasco de Oliveira*

RESUMO: O movimento do Direito Alternativo vem acender os debates na busca da efetivação das garantias, especialmente na realização do Estado democrático de direito, de forma plena. Considera ele que a tomada de posição diante da questão é primordial, devendo-se ter uma postura ético-ideológica voltada para a maioria da população desprivilegiada. Incita, também, os profissionais a ingressarem no movimento, procurando soluções alternativas para os conflitos, engajados com o ideal democrático de justiça. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo problematizar a aplicação do Direito, considerando a possibilidade de se decidir contrariamente à lei, baseando-se nos princípios gerais do Direito.
Palavras-chave: Direito Alternativo. Justiça. Princípios de direito. Democracia.

ABSTRACT: The Alternative Law movement is turning on the debates in the search for effective guarantees, especially in the full realization of the democratic state of law. It considers that the position taken on the issue is essential, praising for an ethical-ideological position toward the underprivileged majority of the population. It also calls professionals to join the movement, looking for alternative solutions for the conflicts, engaged in the democratic ideal of justice. In this context, this paper aims to discuss the application of the Law, considering the possibility to decide contrary to the law, based on the general principles of law.
Keywords: Alternative Law. Justice. Principles of law. Democracy.

* Acadêmicos do 3º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN, orientados pelo Prof. Esp. Aurinilton Leão Carlos Sobrinho.

1 INTRODUÇÃO

A crise paradigmática que assola a Ciência do Direito demonstra a fragilidade a que chegou a dogmática jurídica moderna. Clarividente, pois, a grande insatisfação, senão dos que sofrem com a situação a que chegou, e há tempos vive, a prestação efetiva da tutela jurisdicional. Não considerando que esta prestação seja a simples entrega da decisão, da sentença prolatada, provimento final de uma demanda. O que se deve entender pela efetiva jurisdição é a entrega da Justiça, esta principal e razão única de existência do Estado, uma vez que o poder do Estado, que se encontra dividido nas funções executiva, legislativa e judiciária, deve ter como meta pacificar e harmonizar seus cidadãos, não podendo vislumbrar esta realização sem a Justiça.

Este trabalho, enfocando a realidade brasileira, preocupa-se com a falta de concretização da Justiça, procura demonstrar a indignação e a pensar uma solução capaz de contribuir para a finalidade que motiva a existência do Estado. O Direito Alternativo apresenta-se, então, como uma contribuição singela, porém realista e socialmente engajada.

Não se pode admitir que em um Estado democrático de direito, como o Brasil, seja perpetuada a obediência irrestrita à lei. Defendem os alternativistas a supremacia dos princípios gerais do direito, invocando agentes e operadores do Direito para que ouçam os reclames da sociedade e mudem a postura tradicional.

É com o intuito de problematizar a postura ético-ideológica dos juristas brasileiros que o Direito Alternativo é abordado no presente trabalho como movimento que busca sintonizar o Judiciário com a sociedade civil. Procede-se, para tanto, a uma fundamentação teórica respaldada muito mais nos argumentos emergentes da sociedade, carente de ver tutelados seus bens jurídicos essenciais, como a vida, esta com dignidade, a liberdade plena, a igualdade material, e segurança imprescindível.

Da mesma forma, pretende-se investigar como estas garantias podem ser efetivadas, apresentando-se o Direito Alternativo como movimento realmente eficaz na promoção de uma melhor prestação jurisdicional, promovendo, de forma ampla e democrática, a concretização dos valores de dignidade, igualdade e justiça.

2 ORIGEM E DIFUSÃO DO DIREITO ALTERNATIVO NO BRASIL

Para uma melhor compreensão do movimento do Direito Alternativo no Brasil, de seus objetivos e idéias principais, de como atua e o que pretende, é necessário traçar um lineamento histórico, acompanhando e esclarecendo como este movimento surgiu, fortaleceu-se e ganhou adeptos ao longo do tempo.

Primeiramente, vale ressaltar que estudos na área revelam que o alternativismo jurídico surgiu na Itália, por volta de 1972, quando os magistrados italianos acirraram as discussões sobre os métodos tradicionais de interpretação das normas jurídicas. No entanto, devido aos contrastes sociais existentes entre a Europa e os países latino-americanos, verificam-se também diferenças na atuação jurídica alternativa desenvolvida entre eles[1].

Na Europa, aplicava-se o chamado uso alternativo do direito, que diante de ambigüidades, contradições e lacunas no ordenamento jurídico, pregava a realização de interpretações que elevassem os ideais de justiça e legitimidade em detrimento do formalismo, tendo como fundamento os princípios gerais do direito. Já o Direito Alternativo teve sua elaboração teórica nos países latino-americanos, onde o imobilismo jurídico imperava, as leis estatais refletiam apenas os anseios das classes privilegiadas, ignorando as necessidades da população e o Judiciário mostrava-se incapaz de suprir as demandas populares[2].

No Brasil, com a ascensão dos militares ao poder, em 1964, configurou-se a submissão da sociedade à violência, tendo como grave conseqüência o impedimento e a dificuldade de quaisquer tipos de reivindicações por parte dos membros da sociedade, comprometendo a capacidade dos cidadãos de pleitear em juízo seus direitos subjetivos, tanto individuais quanto coletivos[3].

Diante de tal situação, na qual se observa ter havido o tolhimento dos direitos dos cidadãos, o Poder Judiciário, órgão incumbido da atividade de promover justiça, encontrava-se em estado de letargia, ficando, por vezes,

1 ROZA, Adriana de Andrade. **O uso alternativo do Direito:** solução para dirimir conflitos intersubjetivos. Disponível em: <www.datavenia.net/opniao_usoalternativododireito.htm>. Acesso em: 20 jul. 2006.
2 ROZA, 2006.
3 ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é Direito Alternativo?** 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 19-20.

incapacitado de reagir às violências e privações de direitos praticadas pelos golpistas. Comportando-se como instituição neutra, o Judiciário ficava alheio às atrocidades cometidas, até certo ponto ignorando os problemas da população e os conflitos existentes na sociedade, sob o argumento de ser a sua função apenas a aplicação da lei [4].

Com o fim da ditadura militar, começou no Brasil o processo para a elaboração da nova Constituição, ocorrendo várias reuniões propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros, no intuito de discutir assuntos relevantes e elaborar sugestões à Assembléia Constituinte. Nessas reuniões, magistrados que eram contra a ditadura e a violência praticada pelos militares, apesar de isolados, começaram a se identificar na defesa de idéias comuns. Havia entre eles a insatisfação com a neutralidade e a burocratização do Poder Judiciário, fatos que levaram ao descrédito popular essa instituição.[5]

Essa insatisfação por parte de membros do Poder Judiciário, bem como o desejo de transformar e politizar a atuação do mesmo, criaram um quadro de tensão que colaborou para o surgimento de uma práxis jurídica alternativa. Magistrados descontentes com a rigidez do processo e ineficácia na prestação jurisdicional começaram a abandonar a atividade meramente formal, passando a assumir um compromisso social, compreendendo a importância da atividade do Judiciário e dos efeitos reais de suas decisões, as quais devem estar munidas do comprometimento com as condições socioeconômicas da população.

E foi justamente em meio às reuniões realizadas por esses magistrados descontentes e à criação de grupos de estudos para discussões sobre o tema que foram dados os primeiros passos para o início do Direito Alternativo no Brasil. No entanto, o fato crucial para o surgimento desse movimento foi a publicação de um artigo no Jornal da Tarde, em São Paulo, no dia 25 de outubro de 1990, intitulado "JUÍZES GAÚCHOS COLOCAM DIREITO ACIMA DA LEI". A reportagem, que denominou os juízes gaúchos de alternativistas, fato que originou o nome Direito Alternativo, foi publicada com o objetivo de ridicularizar os encontros dos magistrados e desmoralizar suas idéias. Entretanto, acabou tendo o efeito contrário. Sua publicação

4 ANDRADE, 2001, p. 19-20.
5 ANDRADE, 2001, p. 21-3.

gerou a divulgação do grupo e de suas discussões, servindo como veículo de propaganda de suas idéias. Por meio dela, muitos magistrados, também insatisfeitos com a realidade do Judiciário, porém isolados e desorganizados, puderam se integrar e começar a fazer parte dos grupos de discussões.[6]

Como resposta à publicação do artigo, os principais nomes que lideravam o grupo de juristas alternativistas, entre eles o magistrado Amílton Bueno de Carvalho, organizaram o primeiro evento do movimento, o I Encontro Internacional de Direito Alternativo, em que fora criado o Instituto de Direito Alternativo (IDA), tendo como ato preparatório ao congresso a publicação do livro Lições de Direito Alternativo, do jurista Edmundo Lima de Arruda Júnior.[7]

A partir daí, a divulgação do ideário do grupo foi cada vez maior e o movimento ganhou dimensão, reunindo novos adeptos, que deixaram de ser apenas magistrados e passaram a constituir também advogados, promotores, juristas e profissionais da área do Direito em geral, todos reunidos com um único objetivo: proclamar a Justiça como causa última do Direito.

3 DIREITO ALTERNATIVO COMO DESTRUIDOR-CONSTRUTOR

Como primeira função na cadeia do ensino jurídico, o Direito Alternativo (ou o que se convencionou chamar "alternativo") desempenha o papel de negar, problematizar, discutir o modelo atual, procurando soluções menos ofensivas que as apresentadas tradicionalmente. Não se contentando em ficar apenas no plano teórico dos diálogos acadêmicos, há o anseio, e não poderia ser de outro modo, de se difundir a aplicação de seus pressupostos teóricos, buscando-se métodos de como fazê-lo.

Quando se fala do Direito aplicado à realidade, vêm logo à mente processos judiciais, contendas interpessoais, litígios que reclamam soluções. De plano, pode-se destacar a importância de quem, em grande parte, realiza os pedidos, de quem pleiteia, da pessoa que argumenta, que "advoga"

6 ANDRADE, 2001, p. 26-7. Cf. mais em CARVALHO, Amílton Bueno. **Direito Alternativo:** teoria e prática. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 36-46.
7 ANDRADE, 2001, p. 27-36.

direitos dos outros.[8] É nesta atividade primordial e propulsora da jurisdição que se devem depositar os primeiros esforços no intuito de vislumbrar o mérito, ou não, do causídico e suas atitudes diante do Estado-juiz, garantidor da tutela jurisdicional.

Haja vista a sua imprescindibilidade na atividade jurídica do Estado, deve-se observar como se porta, ou deveria atuar, o advogado, defensor de uma ordem socialmente mais justa, já que é esta a aspiração maior em um Estado democrático de direito.

A questão envolve, pois, a ética. O que se vê é doutrina e jurisprudência, que são, inegavelmente, grandes suportes para o pensamento jurídico, muitas vezes agindo em sentido contrário à evolução social. A defesa do "tradicional" é posta a ponto de se inibirem ações que busquem soluções "alternativas" para os conflitos, já que, não sendo seguida a via tradicional e consolidada, a qual, não raras vezes, mostra-se notoriamente conflitante e ineficaz para a composição do quadro hodierno, verifica-se a impossibilidade de se lograr êxito, caso não observado o *modus operandi* [9].

As petições dos advogados parecem melhores ou mais valiosas quando seguem arraigadas do tradicional, das decisões no mesmo e eterno sentido, quando nelas estão contidos os elementos óbvios. Nesse caso, o que se espera é apenas o igual, a conservação, a mesmice, a continuidade. Então, como se comportar perante uma nova situação, quando o conflito já não se encaixa, quando a sociedade não aceita o continuísmo? Faz-se a opção por não ajuizar a demanda temendo o julgamento improcedente? Simplesmente desiste-se? É viável tentar o novo, a oitiva da sociedade?

A intenção do advogado, em buscar uma alternativa para resolver o litígio, pode, inclusive, além de seu próprio medo, ser frustrada pelo magistrado, pela decisão monocrática. Esta parece ser a primeira função do advogado: imaginar o que se passa na mente do magistrado. Não obstante, o efeito parece se desenrolar em cadeia. O magistrado que "ousar" trilhar outros caminhos não demora a sofrer censura do Tribunal, este mais preso ainda ao comum e previsível. O advogado sofre a retaliação da clientela, a quem deve satisfações. O magistrado monocrático, por seu turno, não fica

8 CARVALHO, 1998, p. 10.
9 CARVALHO, 1998, p. 10.

acomodado quando reitera entendimento contrário ao do Tribunal, sofrendo reformas de suas decisões[10].

É o preço que se paga pela criatividade, por ser diferente e ousado, encerrando riscos. A luta constante dos advogados, mesmo que sofram derrotas iniciais, parece ter relevância na concretização democrática do Direito. Os pedidos que oferecem saídas alternativas, aos poucos, receberão análises mais profundas e, talvez, a partir destas possa, surgir um novo entendimento, uma ótica renovada acerca do que parecia imutável.

Este papel destruidor-construtor é que convida a pensar os limites das "certezas". Pode ser perigoso inventar, pensar, criar. No entanto, deve-se assumir o risco do jogo, considerar a relatividade do conceito de segurança, do que seja ordem, paz, ou então permanecer na calma dos ignorantes, daqueles que, por não ousarem, não são capazes de modificar seus destinos, já que deles são apenas passageiros alienados.

Na seara jurídica, o maior enfrentamento diz respeito ao valor atribuído e conferido à legalidade quando se busca a inovação. Quando se adota uma postura ética vanguardista, fugir da legalidade rasteira é mister para efetivação e conquista dos ideais pretendidos, que visam à melhoria da qualidade de vida humana.

É imprescindível demonstrar o modo de realização, o método que será adotado para aplicação prática daqueles objetivos, podendo ser dito logo. Deve-se, ao aplicar a lei, ao postular, ao se discutir, ter sempre em mente observância aos "princípios". De que forma? Como dito antes, pode aparentar exagero de abstração.

Tentando enquadrar o que seria o Direito Alternativo, se corrente de pensamento, se Escola, se movimento, se teoria, Amílton Bueno de Carvalho assevera:

> Ele se caracteriza (e assim procuro defini-lo) 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 comprometida com a utópica vida digna para <u>todos</u>, com abertura de espaços visando à emancipação do cidadão, tornando o direito um instrumen-

10 CARVALHO, 1998, p. 10-11.

> to de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação. O direito enquanto concretização da liberdade. Aliás, a natureza da função judicial passa a ser esta mesma.[11]

O que se quer com este movimento é um jurista participante, que se envolva com a prática, oferecendo, no campo da dogmática, novas possibilidades de resolução de conflitos, novos métodos, novas interpretações, novas construções conceituais. Conquista maior seria envolver o cientista, catedrático e teórico com os intérpretes, aplicadores e operadores práticos na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, em busca da utópica democracia.

4 SUBJETIVIDADE DO JULGADOR NA ATRIBUIÇÃO DO JUSTO

A lei deve ser sempre analisada com certa precaução, com certa desconfiança, visto que, historicamente, tende aos detentores do poder [12]. Isso quando se sabe que ela é produto daqueles que detêm o poder, nas suas mais variadas facetas, como o poder político partidário, econômico, militar, que, em suma, visam à imposição ideológica. É necessária esta desobediência consciente para não se correr ser agente da opressão, útil a um sistema desumano. Contudo, caso se queira trabalhar neste intento, que seja de forma crítica e não como carrascos inocentes. A construção deste senso crítico deve ser, a todo tempo, alimentada pelas Faculdades de Direito, nas quais se assiste, na maioria das vezes, ao culto da crença de que a lei é indiscutível, inquestionável.[13]

11 CARVALHO, 1998, p. 50.

12 CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 13-8.

13 Segundo Orlando Gomes, "As Faculdades de Direito do país e os departamentos dos centros de ciências humanas em que muitos as transformaram permanecem presos a uma tradição consuntiva, embora reconheçam todos que não devem ser meras escolas onde se ensina e se aprende o Direito positivo". E continua: "Uma das principais conseqüências desse apego, visível a olho nu, é a degradação progressiva do sistema do ensino, do seu fim, do seu metido, do seu significado. As faculdades não se interessam pela formação de juristas: contentam-se com a diplomação, aos magotes, de profissionais desvalorizados no mercado universitário de trabalho", para concluir: "[...] Ensina-se o Direito, nas aulas e nos compêndios, induzindo-se os alunos a "considerar algo estranho à autêntica formação jurídica todas as matérias irredutíveis ao direito positivo, de sorte que as novidades encontradas ao nível de investigação científica não se manifestam ao nível do ensino". O professor limita-se a ratificar os conceitos tradicionais sem se preocupar, no seu monólogo enfadonho, com a contribuição das ciências sociais à formação e ao conhecimento do instituto que se está a explicar, ainda que consciência tenha dessa influição. Não se dá sequer ao trabalho de podar alguns galhos secos de árvore jurídica, nem estender a vista às sementeiras marginais de preceitos normativos, na crença de que "só é direito os que se apresentam na 'forma cristalizada da lei'" (1983, p. 1-2).

Então, surge um questionamento: o que se fazer, na apreciação do caso concreto, quando a aplicação da lei provoca injustiça? A discussão é antiga, porém a opção escolhida emerge da postura ético-ideológica. Adotar a postura tradicional (de certo modo, cômoda e desinteressada com a democracia) é certamente mais simples e mecânica. Quando se busca a direção contrária, comprometida com o justo acima da lei, trava-se um duelo cruento, recebendo a pecha de arbitrário e ditador. Estes "atrevidos" padecem pela opção vanguardista ou alternativa que adotam.

Diz-se que a não-aplicação da lei leva à insegurança; que devem ser respeitados a legalidade e o regime; que o "subjetivismo" do juiz jamais deve contrariar a determinação legal; em respeito à lei o juiz deve abandonar sua força. Defendem a legalidade, atacando que o juiz só poderia deixar de aplicar a lei se o mesmo fosse infalível; retiraria a segurança do cidadão, instaurando a ditadura do Judiciário. Alguns ousam dizer que o juiz é apenas escravo da lei. Montesquieu dizia serem os juízes seres inanimados que pronunciavam: a boca que obedecia à língua da lei[14].

Outro argumento utilizado pelos "não alternativistas" é de que o juiz não pode substituir o legislador, e que, procedendo daquela forma, estaria se desvirtuando de sua função judicante. Em uma curta reflexão, consegue-se identificar quem são os legisladores, não só os de hoje, mas o de nossa história. Sempre estão os legisladores a serviço da classe dominante (detentores do capital), em desfavor da maioria.[15]

Contudo, é válido ressaltar que o legislador elabora a lei de forma a prescrever genericamente. É-lhe impossível prever e reger todas as situações, casos particulares e, agora em sua defesa, acompanhar o progressivo e crescente avanço social. Desta feita, podem ocorrer injustiças quando da aplicação automatizada daquele preceito, trabalhado sem observar as especificidades. Daí a necessidade de se fazer uma aplicação contextualizada, tendo sempre em vista o papel democratizante do Direito. Clarividente fica a função do juiz perante casos de flagrante injustiça da lei, que é a de corrigir a situação não prevista ou mal prevista pelo legislador e não somente buscar sua vontade.

14 CARVALHO, 1992, p. 18-9.
15 CARVALHO, 1992, p. 19.

Aos que defendem ser a vontade do legislador a buscada pelo juiz, pergunta-se o porquê do Judiciário. Seria menos conflituoso deixar a cargo do próprio Legislativo, de forma administrativa, a aplicação das normas que ele mesmo elaborou, pois, com certeza, saberia a sua vontade. Saindo da breve ironia acerca da "divisão" dos poderes [16], cuja importância para o equilíbrio e desempenho do poder estatal é consabida, procurar-se-á revelar o papel desempenhado pelo julgador. Não é, portanto, o Judiciário mero intermediário formal entre os elaboradores das normas e seus destinatários. Dallari, citado por Amílton Bueno de Carvalho, diz que talvez a hipótese pode ser: "esconder o legislador, o verdadeiro interessado, cabendo ao Judiciário fazer 'um papel sujo', pois é quem garante a efetivação da injustiça". A lei é apenas um referencial. Cabe ao Judiciário o compromisso de buscar o sentido da justiça para os casos postos sob sua análise.[17]

Em rebate aos argumentos de que a lei deve ser aplicada sem questionamento, deve-se compreender que a instabilidade surge da aplicação da lei injusta, que traz o descrédito institucional, e não da sua não-aplicação. Continuar insistindo naquilo seria afirmar um modelo legal de promoção da injustiça. O texto escrito sempre encerra injustiças, provenientes de sua polissemia e variações semânticas, possibilitando maneiras até antagônicas de interpretação. Incumbe ao Judiciário a correção ou devida aplicação da redação estática, que ganha vida a partir da sua aplicação, e vida longa e sadia quando aquela ocorre trazendo satisfação à maioria.[18]

Quanto ao respeito amplo e irrestrito à legalidade e ao regime, a história revela o quão refutável e desastrosa se mostra tal obediência. Critérios técnico-formais não podem ser os únicos validantes de um sistema. Muitos regimes baseados na legalidade e defesa da ordem cometeram/cometem atrocidades, de maneira intransigente defendem a lei e a ordem protegida. Elevar estes "valores" acima da ordem democrática seria abolir as garantias constitucionais, e mais, seria ignorar o sentido de justiça.[19]

No que tange à subjetividade, parece notória a presença deste ele-

16 Para um maior aprofundamento, cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37-42.
17 CARVALHO, 1992, p. 19.
18 CARVALHO, 1992, p. 19.
19 CARVALHO, 1992, p. 20 e 25-6.

mento em qualquer atividade humana, mesmo que seja na simples observação de um fenômeno físico-natural. Tanto a decisão legalista quanto a não legalista estão permeadas pela subjetividade de seus agentes. Transportando isto para um processo judicial, podemos evidenciar a subjetividade desde a narração dos fatos pelas partes aos advogados; a subjetividade mais uma vez se fará presente na petição elaborada e apresentada ao Judiciário; a oitiva de testemunhas elevará mais ainda o nível subjetivo; procedendo-se a avaliações e diligências, teremos peritos e laudos impregnados de teor subjetivo; e, para não delongar o óbvio, chega-se ao juiz. Este poderá livrar-se da subjetividade? Deve-se culpar o juiz por pensar, por ser humano como as partes, seus representantes, os auxiliares da justiça, os servidores e qualquer outro cidadão? O juiz parece que não pode fugir à "regra"!

Uma simples alteração do humor da parte ao narrar os fatos ao advogado pode inundar o processo, conseqüentemente, a decisão. O juiz também vive na sociedade, sabe de sua influência sobre as pessoas, porque, afinal, também sofre da mesma "moléstia" de ser humano no meio social. É consabido que, no momento de decidir, o julgador busca abstrair ao máximo os componentes pessoais e, se não logra completo êxito, é porque não foi possível apagar suas experiências vividas, fechar os olhos para os anseios da maioria, negar a si mesmo e a sua racionalidade. Mentir para si e enganar seu espírito parecem ser as saídas para abandonar a subjetividade. Porém, até esta fuga estaria atrelada à subjetividade (o quanto mentir ou enganar a si?).[20]

No momento da decisão, toda visão de mundo do julgador, consciente ou inconscientemente, aflora. Assim é todo ser humano na realização de um trabalho. Posto em melhores condições está o juiz quando se vê, ao decidir, recheado de subjetivismos que acaba por incorporá-los, deixando de ser apenas o dele para ser uma complexa carga de subjetividade, considerando as partes, advogados, Ministério Público, testemunhas, peritos. [21]

O termo sentença remete a algo que lembra sentir (do latim *sentire)*, sentimento. Seria o veredicto, trazendo à memória veracidade, verdade. Não há nada mais subjetivo que estes termos, bastando o "sentimento"

20 CARVALHO, 1992, p. 20.
21 CARVALHO, 1992, p. 21.

para ilustrar a elevada carga subjetiva de qualquer decisão. É como sente o julgador aquela decisão, como atuou sua percepção, a sensação que causou. Estende-se o mesmo aos que lêem a sentença, aos que elaboram as normas, àqueles que vivem qualquer realidade. O juiz somente busca critérios técnicos para disfarçar seus sentimentos, tentando racionalizá-los, convencer com argumentos e aparentar neutralidade (esta trabalhada em capítulo especial). Os argumentos técnicos legais devem ser considerados, mas sempre reconhecendo que o aspecto interior, do sentir, precede, vem antes daqueles, todos provenientes da ideologia.[22]

A aplicação da lei, em si mesma, não implica justiça ou injustiça. Esta sempre dependerá da aplicação ao fato concreto ante uma "postura ideológica". Esta sim é orientadora das concepções humanas e de sua compreensão.

5 MITO DA NEUTRALIDADE

Não se inclui entre os desideratos deste trazer definições, conceitos e outros aspectos relativos aos aspectos terminológicos. Porém, não se deve confundir neutralidade com imparcialidade. Em linhas rápidas, grosso modo, a primeira, que mais interessa, está ligada à postura ética a ser adotada, enquanto a segunda relaciona-se mais às partes em um processo.[23] Pode ser possível negar a neutralidade e permanecer imparcial (o que é salutar), mas não há como ser parcial e não ser neutro.

A par disso, é possível, desde logo, posicionar-se acerca do que será abordado. A neutralidade será vista como uma ferramenta a ser abandonada, tendo em vista sua irrealizabilidade. O trabalho visa a envolver todos os agentes que operam o Direito. Contudo, neste tópico será evidenciada a atividade do juiz.

O processo possui valores a serem preservados, assim como os homens os possuem e os elegem numa hierarquia por demais confusa. Todavia, o juiz, que é humano, ser político, possuidor de valores intrínsecos ao seu ser, não consegue se afastar deles, mesmo que despenda todos os

22 CARVALHO, 1992, p. 21.

23 FERNANDES NETO, Francisco Nunes. **Iniciativa probatória do juiz:** enfoque nas varas cíveis da comarca de Mossoró/RN, 2005. 99 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Mossoró, 2005. p. 52-7.

esforços nesse sentido. Partindo deste ponto, chega-se à conclusão de que cabe ao operador, ao próprio ser, escolher que atitude deve adotar diante da realidade que o cerca. Não se deve pretender que isto ocorra de imediato, já que a formação de um caráter e de uma personalidade é construção gradativa e lenta. Contudo, é preciso que, ante esta construção, haja vontade do agente em se transformar, em melhorar-se.[24]

Entre ser neutro e não o ser há uma diferença substancial que pode ajudar a esclarecer o "ponto de vista" de alguns intérpretes/aplicadores do Direito. O juiz que se põe próximo ao povo pode perceber melhor as suas reivindicações e decidir de forma condizente e satisfatória, ou, para outros, pode se contaminar por elas. Caso se mantenha distante dos jurisdicionados, pode o magistrado analisar mais friamente, de forma menos calorosa e apaixonada, não temendo sentir remorso pela injustiça porventura praticada, constituindo um belo e frio aplicador formal da lei. Pergunta-se: qual postura adotar? E a quem servirá cada modelo apresentado? [25]

A resposta merece ser respondida com outra pergunta: ser juiz é aplicar pura e simplesmente a lei? Se a resposta for positiva, infrutífero será todo este trabalho. Contudo, acreditando na resposta negativa ao questionamento, passaremos à outra situação: o que fazer quando a "legalidade" se mostra flagrantemente antagônica à "justiça"? Aí está o cerne que envolve a questão da neutralidade. [26]

As decisões do Judiciário, que não revestidas da hermenêutica dinâmica e dialética, geralmente são maniqueístas, apartam, colocam cada um do seu lado: os que têm razão e os que não a têm. A resposta judicante deverá optar em ser a favor da legalidade, sustentada por mero pedestal de formalidade, ou em abandonar a legalidade em nome da justiça, valor supremo albergado pelo Direito, de definição abstrata, conceito indefinido, excelente para aplicação ao caso concreto, da eqüidade, de forma conjunta com os princípios gerais do direito. Surge mais uma complicação ao se defender esta segunda opção, que é a arbitrariedade que pode ser originada com este amplo poder de discricionariedade conferido ao julgador em que-

24 CARVALHO, 1992, p. 20-1.
25 CARVALHO, 1992, p. 18-21, também em CARVALHO, 1998, p. 20-1.
26 CARVALHO, 1992, p. 18.

rer fazer justiça ou dizendo querê-la.[27]

Auxilia a nossa compreensão o posicionamento adotado por Juarez Freitas:

> Tal perspectiva menos formalista faz do intérprete um criador, como um artista, pois interpretar é escolher, dentre as muitas significações que a norma possa oferecer, a mais justa e a conveniente, em consonância com os princípios fundamentais do Direito. Por isso mesmo, a lei admite mais de uma interpretação no decurso do tempo, dado que, às vezes contraria, às vezes não, os objetivos fundamentais de justiça. Assim a tarefa do intérprete é buscar um sentido justo das normas jurídicas, as quais, como normas de conduta, sempre possuem duas facetas: uma justa, outra injusta. Os intérpretes conscientes desta dialeticidade, mormente os aplicadores do ordenamento jurídico, devem exercer uma hermenêutica recriadora do sentido da norma de Direito Positivo, adequando-a, quando possível, à sua função social; negando-lhe incidência quando contraria a Lei Fundamental, no que ela tiver de assegurador de dignidade humana, nos termos do inciso III do art. 1º[28].

O autor complementa dizendo que "ao invés de perquirirmos se uma lei em si mesma é justa ou não, o mais conseqüente e lógico-ético seria indagar se a interpretação da norma é justa".[29]

Tradicionalmente, como ensina Perelman, citado em Juarez Freitas[30], existem dois tipos de interpretação jurídica: a estática e a dinâmica. A primeira é a antiga, que busca a *mens legislatoris* no texto legal, enquanto a segunda interpreta o texto em função do bem comum ou da eqüidade, à luz da teleologia, observando a *occasio legis*, subordinada sempre aos princípios fundamentais do Direito. Assim, não se dá incidência a uma norma que não se encaixe no universo lógico positivo, o que implodiria o sistema jurídico, pois, com a aplicação da norma in-

27 FREITAS, Juarez. **Hermenêutica Jurídica:** o juiz só aplica a lei injusta se quiser. Porto Alegre: Ajuris, 1987. p. 93.
28 FREITAS, 1987. p. 90.
29 FREITAS, 1987, p. 91.
30 FREITAS, 1987, p. 92.

justa, minaria as bases da racionalidade estrutural do edifício jurídico, já que desatenderia à justiça.

Apesar do conteúdo variável e indeterminado dos princípios, sua conotação sempre dependerá de uma postura ético-política. A norma jurídica é sempre, em última instância, norma de conteúdo moral. Há, portanto, necessidade de adesão íntima do agente e do aplicador, não se admitindo de um componente da sociedade mera obediência formal a uma norma desta natureza. O que ocorre, muitas vezes, é a fixação na endonorma, perinorma, atrelando-se demasiadamente à estrutura da norma jurídica e esquecendo-se do seu conteúdo ético, moral ou espiritual, com todas as conseqüências hermenêuticas e metodológicas[31].

O juiz "alternativista", convenciona-se assim chamá-lo, não elege o valor justiça segundo seus critérios pessoais, de acordo com seu sentimento de justiça. Não se elabora um saber teórico ou um movimento tão amplo sobre bases tão repudiantes como estas. O que se confere ao julgador não é unicamente o poder de negar a lei ou outorga de poderes em excesso. O que há é compromisso com o valor universal da democracia, mesmo que, para defendê-la, seja necessária aquela negação. O operador jurídico alternativo, para cumprir as funções e objetivos postos ao término do capítulo anterior, deve ser: engajado politicamente (não neutro), comprometido; sua vinculação à radicalidade democrática tem, como suporte, os direitos e garantias fundamentais; crítico, demonstrando o desgaste do modelo e apontando soluções dogmáticas. Luiz Flávio Gomes chama juiz constitucionalista o que apresenta as características citadas, enquanto Amílton Bueno de Carvalho dá o nome de juiz alternativista.[32]

Fala-se muito a respeito da neutralidade do juiz, esquecendo-se que a lei também não é neutra. Thomas Hobbes já disse que não é a sabedoria que faz a lei, mas sim a autoridade. Quando não é exatamente isto, são sábios a serviço dos que dominam. Exige-se, pois, a quebra do mito da neutralidade da lei, por estar ela sempre comprometida com aqueles que estão no poder.[33]

31 FREITAS, 1987, p. 93-4.
32 CARVALHO, 1998, p. 61-4.
33 CARVALHO, 1992, p. 15.

6 PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CAMINHADA DEMOCRÁTICO-ALTERNATIVISTA

A democracia pode ser visualizada de duas maneiras, para uma breve explanação: como um regime político ou forma de governo que garante, formalmente, as liberdades fundamentais da pessoa e as liberdades públicas, consagrando-as em normas, esta seria uma visão estática da democracia; enquanto que, numa visão dinâmica, é mais. Trata-se de um projeto histórico, tanto pela conquista como pelo planejamento que se traça, sendo um processo de contínuo desenvolvimento da organização social, visando a torná-la mais igualitária e participativa. Esta visão coloca a democracia como um processo, sendo mais um ideal democrático, uma visão utópica orientadora.[34]

A Constituição de 1988 estrutura juridicamente uma democracia social. O projeto político inserto na Carta far-se-á por intermédio da prática política realizada em conjunto pela sociedade brasileira organizada. Com esta nova estrutura institucional, o Ministério Público tem um papel relevante nesse "projeto histórico" de democratização.[35]

Democratizar significa, entre outras coisas, ampliar os espaços de participação, socializando o exercício do poder, superando a alienação política e econômica das classes populares (maioria). Essa mudança substancial ocorre num contexto no qual as classes majoritárias estão à margem do sistema social como um todo. Cumpre, também, ao Ministério Público, nos limites de suas atribuições e juntos aos demais atores políticos, incrementar este processo de libertação. [36]

Utilizar o novo instrumental a ele conferido na defesa dos interesses difusos e coletivos abre espaços de participação imensos no Judiciário às classes desprivilegiadas. Normalmente, este aparelho do Estado reproduz a ideologia da classe dominante, o que transformaria este ambiente numa arena especial, onde haveria confrontos e negociações de interesses. Isto contribuiria para que, gradativamente, o Judiciário absorvesse a realidade

34 MACHADO, Antônio Alberto e GOULART, **Marcelo Pedroso.** Ministério Público e Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1992. p.17.
35 MACHADO; GOULART, 1992, p. 20-1.
36 MACHADO; GOULART, 1992, p. 33-4.

e as reivindicações da sociedade civil, alargando o acesso ao Judiciário e o senso de justiça dos juízes e demais operadores.[37]

Esse compromisso do Ministério Público com o aprofundamento da democracia exclui a possibilidade (ou facilidade) de aliança ou alinhamento com órgãos da sociedade política, como os demais poderes. Esta aliança e alinhamento ditos são aquelas nocivas à democratização, usurpando o poder conferido ao *Parquet* de representar e defender o povo de forma independente e incessante. [38]

No momento de verificar-se a aplicação do Direito devem-se ter em conta sempre as transformações sociais pelas quais passa uma sociedade em desenvolvimento, como a brasileira, que não tem seus reclames e alterações acompanhadas pelo direito estatal, incapaz de as prever ou "domesticá-las". Portanto, o aplicador não deve restringir-se ao direito *intra legem*, podendo então atuar *praeter legem* e até mesmo *contra legem*, especialmente nos casos de conflitos coletivos. Não será, por isso, um Direito Livre, mas abalizado por regras axiológicas extraídas objetivamente da camada social hegemônica, que darão suporte lógico àquele intento.[39]

Não se exclui a porção individual do aplicador neste momento, como também não a do julgador. Valendo lembrar que o trabalho legislativo é eminentemente um autêntico ato de vontade, com todas as concepções individuais presentes, característica de todas as atividades humanas.

O aplicador deveria preocupar-se mais com o consenso e adesão que irá alcançar sua decisão, o que dará a ela fundamentos legitimadores. Esta participação dos interessados, podendo influenciar verdadeiramente no provimento final, é que dá a idéia de legitimação da decisão. Seria ela legitimada pelo procedimento, como pontifica Luhmann, "pela igualdade das probabilidades de obter decisão satisfatória" [40]. Esta legitimação é a medida da eficácia social, condicionada sempre por fatores extralegais.

"O movimento dialético de criação das normas diante do problema da decidibilidade está inserido num processo histórico teleologicamente orienta-

37 MACHADO; GOULART, 1992, p. 35.
38 MACHADO; GOULART, 1992, p. 35-6.
39 MACHADO; GOULART, Op. cit., p. 39.
40 Idem, p.40.

do pelos objetivos de uma classe".[41] Feita esta assertiva, percebe-se claramente no meio social a luta de classes pelo poder devido à exclusão e discriminação que tem a classe alijada. Incumbe, pois, ao Estado e aos seus mecanismos o auxílio às classes discriminadas, buscando emancipá-las das dominantes, historicamente condutoras do processo "político" de criação do Direito.

Intensifica-se a responsabilidade do Ministério Público enquanto órgão de defesa do regime democrático e da ordem jurídica, buscando tornar aquele regime progressivamente democratizante e esta ordem realmente justa. O Ministério Público deve funcionar como cambiante dos valores plasmados no âmbito social, internalizando-os na superestrutura, em perfeita sintonia com a base dos quais advieram.[42]

Eis o mister do Ministério Público, ser responsável pelo acesso das classes dominadas à justiça, atuando nas questões coletivas envolvendo conflitos de classes, mediando-os. Mais que uma instituição posta na superestrutura, o Ministério Público integra e representa a sociedade civil. Portanto, deve exercer o papel de comunicador entre o povo e os órgãos burocráticos estatais; servir como canal de demandas sociais e coletivas, assim como agente criador e aplicador do direito.[43]

7 ALTERNATIVIDADE E SEUS LIMITES

O que se propaga, falsamente, é a idéia de que o Direito Alternativo é algo revolucionário, representando somente a negação da lei. De plano, observa-se uma arraigada incompreensão a respeito do tema. Parece que é dada uma importância exagerada a este movimento, que, humildemente, busca a efetivação dos princípios construídos por todo um processo histórico, além de buscar acompanhar e corresponder às expectativas desta nova sociedade, que se renova a cada momento.

Quanto à negativa da lei, advém, exatamente, da procura pelo justo. Este está diretamente ligado ao dinâmico desenvolvimento social, por isso, não se satisfazendo mais com a aplicação usual, requerendo uma alternati-

41 MACHADO; GOULART, 1992, p.41.
42 MACHADO; GOULART, 1992, p.42.
43 MACHADO; GOULART, 1992, p.42-3.

va. Contudo, devem ser impostos limites às próprias alternativas. Devem elas ser verdadeiramente voltadas à concretização da justiça.

A dogmática tradicional não mais consegue albergar as necessidades sociais e dar resposta equânime. Provém especialmente deste descompasso a investigação objetivando algo novo, que satisfaça os jurisdicionados. Eis que surge o Direito Alternativo, na busca por novos paradigmas.

E essa concepção encontra amparo no próprio ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o art. 5º da Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil) dispõe: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Da análise do dispositivo, compreende-se que o objetivo da aplicação (até mesmo da existência) da lei é atender os fins sociais, além das exigências do bem comum. Sempre terá que se aplicar a lei dando-lhe sentido social, de forma teleológica, visando à vontade e às necessidades dos cidadãos. E é este o intuito do Direito Alternativo quando de sua aplicação prática.

Somente para enfatizar, o que seria até desnecessário, tem-se, ainda, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que prescreve: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Observa-se, mais uma vez, que o próprio ordenamento motiva a utilização da alternatividade. Seria suficiente a simples leitura dos primeiros dispositivos da Constituição da República de 1988 (do art. 1º ao art. 5º, em que se encontram os princípios e garantias fundamentais do Estado democrático de direito).

Nos dois primeiros casos, de aplicar-se a analogia e os costumes, não se vêem maiores dificuldades, pois sempre estará no sentido que indica o art. 5º do mesmo diploma. O que merece destaque, no momento, são os princípios. Estes sim, porque não se deveria aguardar a omissão da lei para sua aplicação, já que a lei deveria obedecer-lhes quando de sua elaboração. Aqui seria uma confissão do legislador, na qual assume a possibilidade de produzir leis que não respeitem os princípios ou que, durante o caminhar histórico, percam sua função democratizante de ofertar a justiça.

André Tavares, em sua obra Curso de Direito Constitucional, ao tra-

tar do sistema constitucional, considera-o como uma composição de normas, mas não simples agrupamentos destas. Elas devem formar um sistema, harmônico e ordenado, coeso, sem contradições internas. Assume a norma condição de gênero, tendo como espécies as regras e os princípios. Dessa forma, evidenciam-se as normas principiológicas e as normas-regras. As primeiras têm grande abstratividade, tendo como objetivo imprimir significado às demais normas, constituindo-se como verdadeiros vetores interpretativos. As segundas possuem grau de abstratação reduzido em relação às primeiras, voltando-se mais para o mundo concreto. Podem estas serem imediatamente aplicadas ao caso concreto, enquanto aquelas necessitam de uma verdadeira integração do aplicador para concretizá-las [44].

Os princípios caracterizam-se por serem base do sistema, seus fundamentos últimos. Nesta direção é que se entende a sua natureza normogenética. São, pois, fundamentos das regras, constituindo razão de ser e motivo determinante da existência destas.

Canotilho, citado por André Tavares, pontifica que: "os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses [...] Em outras palavras, os princípios são responsáveis pela incorporação de valores fundamentais no sistema jurídico" [45].

A própria Constituição absorveu uma elevada carga de princípios que o Estado deve efetivar, além de nortear todo o sistema normativo estatal. Não se pode pensar em aplicação do Direito longe dos princípios. Estes são proposições gerais, idéias de aceitação comum, surgindo da consciência coletiva, tanto dos valores sociais como da mentalidade científica dos juristas, sendo, inclusive, reconhecido, atualmente, a sua carga normativa [46]. Como a consciência coletiva está sempre mudando, os princípios também mudam (o que revela o caráter evolutivo para acompanhar, *pari passu*, a sociedade). Contudo, é irrelevante estarem ou não escritos.

Este seria o motivo pelo qual, muitas vezes, encontram-se no Judiciário entendimentos díspares para casos semelhantes, exatamente por não

44 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 91.
45 TAVARES, 2003, p. 93.
46 Cf. TAVARES, 2003, p. 91-94); BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 255-94.

existir uma regra rígida de como as leis devem ser vistas face os costumes, jurisprudência, doutrina, princípios. Assim, cada juiz aplica ao caso concreto as normas de acordo com o que entende ser o mais justo e razoável (orientado por aqueles princípios).

Portanto, fica claro que os princípios do direito também fazem parte do sistema jurídico positivado, negando, desta forma, a possibilidade de existência de lacunas no Direito. Eles possuem três funções: informadora, normativa e interpretativa. A primeira função consiste na inspiração que aparece nos legisladores, para elaboração de novas normas jurídicas. A função normativa é uma fonte supletiva do direito, aparecendo em casos de lacunas ou omissões da lei, já que a eles deve a lei respeitar. A terceira, a função interpretativa, serve de direcionamento para os intérpretes, orientando-os em sua função de aplicar a lei. Nesta última se concentra o papel preponderante dos alternativistas.

No momento da aplicação, surgem inúmeros problemas a envolver questões interpretativas, de lógica, premissas, subjetividade, além de o caso concreto ser sempre uma nova realidade. Tendo as leis como referências, deve-se buscar, também, o máximo respeito visando a trazer certa segurança, isto quando for possível e plausível obedecê-las.

Chegar à individualização do geral, à concretização do abstrato não é simples. Primeiramente, procede ao conhecimento do fato, sua repercussão, relevância, suas verdadeiras necessidades de intervenção estatal para, posteriormente, conhecer o direito, enquadrando-o à realidade. É necessária, pois, uma crítica formal e substancial da norma. Seguidos esses passos, pode-se ter menos chances de haver injustiça.

Tem-se que ter em mente que a concepção do Direito Alternativo é nascida diretamente da crise paradigmática que marca os tempos de hoje, em que valores e direitos fundamentais precisam impor-se e ser efetivamente reconhecidos, ou seja, grande parte foi conquistada, necessitando ser realizada plenamente.

Devido aos contrastes sociais, a práxis desenvolvida nos países latinos foi peculiar e muito diferente da desenvolvida na Europa, no que diz respeito à alternatividade. Na Europa, a atuação alternativa centrou-se na

hermenêutica intrassistêmica, utilizando as contradições, ambigüidades e lacunas do direito legislado para realizar uma interpretação, uma releitura, que possibilitasse a aplicação dos ideais de justiça e legitimidade sobre o estritamente legal, utilizando argumentos *praeter legem*, sempre estando o limite para a violação das regras nos princípios de direito — dando a esta atividade o nome de "uso alternativo do direito" [47].

O Direito Alternativo, por sua própria natureza, crê na existência da atuação do Estado, inegavelmente, como produtor do direito, porém ele não é o único dentro da própria estrutura e organização estatal que cria o direito, acreditando numa pluralidade de instâncias produtoras do direito. Mostra-se o direito dogmático, visto de forma hermética, insuficiente na resolução de conflitos, já que este deveria estar em constante mutação, na busca de aproximar a norma jurídica à realidade social.[48]

Juntamente com o direito estatal, oficial, e do Judiciário, há um direito alternativo, que surge quase que espontaneamente da sociedade, mais especificamente dos setores desfavorecidos da mesma. Dessa forma, este direito nascente (alternativo), parte de um padrão desviante, admitindo decisões *contra legem*, vez que o mesmo não se priva à legislação estatal. Enquanto que o uso alternativo do direito estaria no plano do *praeter legem*, por ser uma releitura das próprias leis, com a finalidade de beneficiar, utilizando-se das pequenas aberturas existentes na legislação para realizar uma ampliação pela hermenêutica.[49]

Assim, há diferença entre o instituído negado (direito alternativo), que brota da própria sociedade, paralelamente à produção estatal, e o instituído relido (uso alternativo do direito) que ocorre no interior do próprio Judiciário e tem como operadores os próprios profissionais do direito. O primeiro seria a concretização dos princípios vistos como conquistas: uma luta dentro do Direito posto, buscando a eficácia concreta dos direitos individuais e sociais constantes nos textos legais. No segundo, instituído relido, configura-se uma atividade de hermenêutica, caminha ao encontro de uma nova interpretação das normas jurídicas já existentes, de acordo com os

47 CARVALHO, 1998, p. 55-6; Cf. ROZA, 2006.
48 CARVALHO, 1998, p. 59-61; Cf. ROZA, 2006.
49 Idem, p. 59-61; Cf. ROZA, 2006.

anseios sociais. Em sentido estrito, não pode ser considerado alternativo, visto ser apenas uma maneira diferente de interpretar as normas jurídicas já postas. Por outro lado, o que se vê no direito alternativo, além do instituído relido, é a luta pelos direitos não positivados pela ordem estatal, mas verificados empiricamente na sociedade.[50]

O tema, segundo a maioria dos estudiosos e defensores do Direito Alternativo, envolve três planos: o uso alternativo do Direito, a positividade combativa e o Direito Alternativo em sentido estrito.[51]

O "uso alternativo do Direito" ocorre dentro do sistema já positivado, utilizando as contradições, ambigüidades e lacunas numa ótica democrática, extraindo um novo texto, mais compatível com as necessidades sociais (corresponde ao instituído relido). Já a "positividade combativa" corresponde ao instituído sonegado. Atua para que as conquistas democráticas que já foram erigidas à condição de lei tenham efetiva concretização. Por seu turno, o "Direito Alternativo, em sentido estrito", refere-se ao instituído negado, vindouro do pluralismo jurídico, sendo um Direito paralelo, emergente e insurgente, que coexiste com o estatal.[52]

Vive-se uma crise do Direito Dogmático, isto é, a ineficácia e a inércia do Estado, não conseguindo fazer prevalecer suas fontes. O que ocorre são diversas outras fontes e até outros sistemas éticos se apresentando, invadindo a esfera estatal e, às vezes, se sobrepondo a ela. Por conseqüente, o Direito Alternativo se apresenta como uma das opções, uma das saídas para a resolução de conflitos sociais.

> Nesse contexto, mesmo sendo importante realizar uma distinção clara entre reação ao legalismo estatal e aquilo que seria "Direito Alternativo", distingui-los teria apenas valor para efeitos teóricos, visto que na prática, tais reações extra-dogmáticas representam apenas mecanismos difusos para substituir o ineficaz legalismo do estado por outras vias de juridicidade.[53]

50 CARVALHO, 1998, p. 55-61; Cf. ROZA, 2006.
51 CARVALHO, 1998, p. 55; Cf. ROZA, 2006.
52 CARVALHO, 1998, p. 55-61.
53 SANTOS, Bernardo Vidal Domingues dos. O direito alternativo é dogmático? **Jus Navigandi,** Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003.

"A lei é conquista da humanidade e não se vislumbra uma vida numa sociedade sem normas seguras, como a lei".[54] Segurança que só existe acompanhada do sentimento de justiça, ou corre-se o risco de se ter a segurança de que somos injustiçados, segurança de que somos inseguros, em nome da legalidade.

Portanto, a luta dos alternativistas visa ao surgimento de leis mais justas, que sejam compatíveis com os anseios da população, superando um legalismo estreito, mas sempre dentro dos princípios jurídicos (não se restringe, claramente, à negativa da lei). Diante da crise que atravessa o dogmatismo jurídico, este enfrentamento é realizado via técnica hermenêutica, aproximando a lei e a justiça no caso concreto, que, tem em muitas situações se afastado.

8 CASUÍSTICA ALTERNATIVA: POSTURA PRÁTICA

A idéia de Direito Alternativo, ainda, pode parecer um tanto quanto vaga. É difícil visualizar no campo prático como as idéias e os conceitos estudados podem ser aplicados em favor da justiça, quebrando as barreiras do formalismo, que quase sempre se apresentam como intransponíveis. Desse modo, torna-se imperioso demonstrar-se como este movimento atua. Esta também foi a preocupação de Amílton Bueno de Carvalho [55], quando apresentou alguns acórdãos que refletem a questão aqui debatida, os quais serão analisados a seguir.

> APELAÇÃO TEMPESTIVA: INTIMAÇÕES DO DEFENSOR E DO RÉU. DENÚNCIA: INÉPCIA INEXISTENTE. JOGO DO BICHO. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. ABSOLVIÇÃO. O **prazo para a apelação** conta da última intimação, seja ela do defensor ou do réu, sendo tempestiva a que seria intempestiva pela primeira intimação (defensor), que é apenas precipitada em relação à última (réu). **Denúncia** que descreve o fato com a descrição típica, mas associadas a outros elementos descritivos da conduta não é inepta. **Jogo do Bicho**: O Estado perdeu o monopólio dos jogos e loterias para, v.g., empresas de comu-

54 CARVALHO, 1998, p. 53.
55 CARVALHO, 1998.

> nicação e apresentadores do programa acrescidos de apostas via telefone. Diluiu-se a qualidade de bem jurídico tutelado pelo direito penal com a perda da exclusividade estatal na exploração de sorteios, loterias, etc. Convence que a adequação social supera contravenção denunciada. Em vez de punir um fato por ser típico, deve-se adequá-lo à realidade vigente, aos costumes sociais, enfim, à consciência coletiva. A lei deve ser interpretada 'pro societate', e, ao que tudo indica, a coletividade não se interessa pela punição dos 'bicheiros'. Ao contrário, já inseriu o jogo do bicho em seu dia-a-dia. Provimento ao RSE e apelação.[56]

O acórdão acima registrado reflete a possibilidade de a comunidade política poder interagir com o Direito Penal, buscando descriminalizar tipos penais, de acordo com a sua aceitação ou não na sociedade, reconhecendo por unanimidade que o fato não constitui infração penal, adequando-se na conceituação de "Direito Alternativo em sentido estrito".

No caso do Jogo do Bicho, é evidente, não há reprovação pela maior parte da sociedade, mas, decerto, aceitação social. No entanto, é importante destacar que apesar da interiorização de certas condutas pela comunidade política poder acarretar a descriminalização, devido ao princípio da reserva legal, o mesmo não pode acontecer com a criação de tipos penais.

Os dois exemplos seguintes referem-se à discussão sobre a possibilidade da lei ser negada em favor do valor Justiça. Veja-se:

> Em situações excepcionais, presentes critérios de utilidade e conveniência, pode o juízo de execução penal alterar a pena restritiva de direitos fixada no juízo da condenação. Agravo provido.[57]
>
> AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. Não se regride regime carcerário quando o novo crime é insignificante, pena de agressão ao princípio da proporcionalidade. Inteligência do art. 118, da Lei das Execuções Penais. Agravo provido para restabelecimento de regime semi-aberto.[58]

56 Apelação-Crime e Recurso em Sentido Estrito nº 297036758, rel. Aramis Nassif, 4ª Câmara Criminal, TJRS.

57 Agravo nº 295061550 – Porto Alegre, rel. Amílton Bueno de Carvalho, 4ª Câmara Criminal, TJRS.

58 Agravo nº 298007113. Rel. Amílton Bueno de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, TJRS.

No primeiro exemplo, um cidadão envolvido em acidente de trânsito requer a substituição da pena restritiva de direito, que, no caso, foi a interdição temporária para dirigir veículo, decorrente de sentença condenatória definitiva, por prestação de serviços à comunidade, já que o mesmo precisava de seu carro para exercer sua profissão. O pedido foi negado em primeiro grau. No entanto, foi acolhida a substituição, como se depreende do Acórdão.

Verifica-se que tal posicionamento causa uma série de polêmicas, pois, sob o ponto de vista de muitos, acaba por ofender o princípio da coisa julgada. Entretanto, entende-se ser mais justo e mais proveitoso para a sociedade e para a família do acusado que ao mesmo seja possibilitado o trabalho, não se escusando de cumprir sua condenação, que, sem prejuízo da sanção correspondente e da reprovabilidade de sua conduta, pode ser substituída por uma pena alternativa, como a prestação de serviços à comunidade.

O segundo caso trata de um cidadão condenado por diversos furtos, que estava cumprindo pena em regime semi-aberto, com benefício de trabalho externo. Ocorre que o mesmo sofreu pena disciplinar, regressão de regime para o fechado com perda do trabalho externo e condenação por porte de droga, devido ao fato de ter sido encontrado com 0,174 gramas de maconha. No entanto, o acusado interpôs agravo, requerendo a continuação do regime semi-aberto com a possibilidade de trabalho.

Na questão em análise, realizou-se uma releitura do art. 118, inciso I, da Lei das Execuções Penais: "A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I. praticar fato definido como crime doloso ou falta grave". Entendeu-se que o crime praticado pelo acusado foi insignificante, não sendo suficiente para regredir o regime carcerário e impossibilitar o trabalho, o que de fato consistiria em uma agressão ao Princípio da Proporcionalidade. É imperioso que a execução seja cumprida de maneira mais útil à sociedade como um todo e menos danosa ao condenado, concedendo-lhe a oportunidade de restabelecer contato mais produtivo com a vida em sociedade.

O acórdão que se segue reconhece a possibilidade de, quando o réu tem direito à pena base no mínimo e ainda atenuantes a seu favor, o juiz poder baixar a pena aquém do mínimo.

> Atenuante da confissão pode baixar a pena aquém do mínimo abstratizado: aplicação analógica do benefício concedido ao delator. Declaração de voto. Apelo parcialmente provido. Extinção da punibilidade pela prescrição.[59]

E ainda como outros exemplos:

> A gravidade do fato, por si só, não impossibilita a concessão de liberdade provisória. Concederam a ordem [60].
> Repetir termos da lei não é fundamentar mas obrar burocraticamente. A gravidade do delito, por si só, não autoriza prisão preventiva. O abalo que eventualmente sofre a comunidade exige rapidez processual e não prisão do cidadão ao arrepio da lei [61].
> Respeito a posição do voto majoritário do Relator e do Parecer, entendo que, em casos especialíssimos, é possível romper com o texto legal, em seu mandamento primário e original, se respeitado, todavia, o espírito geral da lei que, tantas vezes é desprezada em nome de interpretação fria e literal. É o caso em julgamento: trata-se de jovem que comete seu primeiro erro, sem antecedentes. A lei pretende que a pena, além de seu caráter retributivo, tenha eficácia reeducadora para que o réu seja reinserido no contexto social abalado por sua ação. Se o cumprimento da lei falha em sua carga teleológica integral, por que impor exatamente o lado perverso de sua falência, ou seja, a que sacrifica o indivíduo, traindo a mens legis? Com o voto minoritário, ou seja, acolho os embargos para conceder 'sursis' no prazo e condições deste.[62]

Também, no intuito de confirmar que o movimento do Direito Alternativo não tem como objetivo simplesmente a negativa da lei e ressaltar

59 Apelação-Crime nº 296021173, rel. Amílton Bueno de Carvalho, 4ª Câmara Criminal, TJRS.
60 Habeas-Corpus nº 297006132, rel. Amílton Bueno de Carvalho, 4ª Câmara Criminal, TJRS.
61 Acórdão nº 297039950 – Câmara de Férias Criminal, rel. Amílton Bueno de Carvalho.
62 3º Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, rel. Aramis Nassif.

a busca pelo exercício do papel fundamental do juiz, que deve aplicar a lei quando esta realmente expressar a justiça no caso concreto, apresentamos o seguinte Acórdão:

> HABEAS-CORPUS. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO. PAPEL DO JUÍZ: O regime democrático exige do Juiz criminal compromisso inarredável com a liberdade do cidadão quando o Leviatã impõe prisão acima do tempo legal. Aqui talvez resida a nobreza de sua função.[63]

O caso em questão refere-se a um cidadão preso preventivamente mediante requerimento da autoridade policial. No entanto, passados mais de oitenta dias com o mesmo ainda preso, foi deferida ordem de *habeas-corpus*, em virtude do reconhecimento de que, de acordo com o art. 10 do Código de Processo Penal, "O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indicado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente".

Pode-se evidenciar um exemplo claro de "positividade combativa" nesta decisão. A norma prevista no referido dispositivo resume conquista democrática, devendo, portanto, ser aplicada. Injusto, neste caso, seria autorizar o descumprimento da lei.

Registrem-se, também, alguns casos também apresentados pelo eminente Amílton Bueno de Carvalho [64], em que apresenta decisões e acórdãos considerados de vanguarda, diante do fato de refletirem a imprescindível tarefa, que é a aplicação da lei de acordo com a ótica moral e social, sempre em busca da justiça.

Sobre Penhora, decisão encontrada em Julgados da Alçada gaúcha, prolatada por Talai Djalma Selistre, cuja ementa segue: "Ainda sem previsão legal (art. 649 do CPC), por princípios que transcendem ao direito legislado, não se admite a penhora sobre bens, cuja falta atinge a própria dignidade da pessoa".[65] Percebe-se que o juiz, ao declarar impenhoráveis bens de uso doméstico ao arrepio da lei, pretende demonstrar que a aplicação do direito legislado estritamente pode acarretar como conseqüência a

63 Hábeas-Corpus nº 295037816, rel. Amílton Bueno de Carvalho, 4ª Câmara Criminal, TJRS.
64 CARVALHO, 1992, p. 42-53.
65 CARVALHO, 1998, p. 42-3.

promoção de injustiças.

Outros julgados particularmente interessantes dizem respeito às ações possessórias. Neste sentido, podem-se destacar os posicionamentos de magistrados como Lívio Paulo Susin, Mário Gomes Pereira, Victor Sant'Anna Luiz de Souza Filho, Pedrinho Antônio Bortoluzzi. Ao julgarem ações de reintegração de posse, provocadas em decorrência das inúmeras invasões de propriedades, levadas a cabo por grupos de sem-terras, reconheceram o processo como um meio para expressão das angústias vividas por estes.

O argumento positivista em situações como estas é de que a lei não admite esbulho possessório. No entanto, ele cai por terra quando se leva em consideração que o compromisso do Judiciário não é com a lei, e sim com o justo no caso concreto, que deve ser apreciado na ótica da igualdade material. Como é de fácil percepção, este justo, que não é neutro, muitas vezes não se encontra nas leis, já que estas estão quase sempre a favor das grandes elites.

Desse modo, entende-se que a invasão é fruto da desesperança ante a justiça social. Baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, estes juízes têm decidido que, nestes casos, não há esbulho e sim estado de necessidade e "legítima defesa" contra a miserabilidade a que foram os cidadãos relegados pela sociedade e pelo poder. Sendo assim, antes de deferirem liminarmente o pedido de reintegração, eles deram possibilidade aos sem-terra de se manifestarem nos autos, denunciando em suas decisões o clamor e a imagem das distorções sociais, bem como a falta de vontade política em levar a cabo as reformas pertinentes.

Quanto à questão de haver conflito entre o direito fundamental à propriedade e a sua função social, não parece condizente. Isto porque se elimina o conflito a partir da postura ético-ideológica adotada e intimamente relacionada com os anseios sociais, ou seja, entre a individualidade da propriedade e a função social que deve ela ter, não se cogita confronto, vez que, buscando hierarquizá-los, logo se adere a função social em detrimento, logicamente e de forma "justa", do interesse particular.

Como é perceptível, as posturas alternativistas adotadas pelos magistrados supracitados direcionavam-se à defesa da promoção da justiça no

caso concreto, na qualidade de função primordial do Poder Judiciário, deixando de aplicar a lei quando esta violar direitos fundamentais, buscando sustentáculo no princípio da dignidade da pessoa humana, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais, como preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil.

9 CONCLUSÃO

A lei, vista por muitos como base para a aplicação do Direito e fonte imediata de todo o ordenamento jurídico, foi analisada com enfoque em sua ineficácia diante do atual valor que lhes concedem, podendo, por isso, ser desconsiderada quando da aplicação do Direito, sempre que houver violação a direito fundamental ou originar injustiça.

Diante do quadro obtido, os princípios de direito, por serem base de todo e qualquer ordenamento, podem se sobrepor a determinações legais. Isso possibilita ao julgador a faculdade de negar a lei, quando esta não encontra fundamento nos princípios mencionados, interpretando-a de forma democratizante, em consonância com a igualdade material.

É papel que incumbe a toda a sociedade a mudança do posicionamento atual, que acaba por ocasionar algumas distorções na aplicação do Direito, levando a graves injustiças. Por isso, devem-se unir sociedade civil e comunidade jurídica, compreendendo advogados, Ministério Público, magistrados, juristas e cientistas da área para empreender todos os esforços no sentido de democratizar o espaço social na promoção do bem comum, refletido na esfera jurídica como promoção da Justiça. O denominado Direito Alternativo entende que isso só se faz possível quando se rompem as amarras meramente formais.

O movimento alternativista tem intuito de incentivar decisões verdadeiramente comprometidas com a democracia e os direitos fundamentais do cidadão, até mesmo acima da legalidade (em sua visão tradicional, evidentemente), balizadas pelos princípios, aquecendo as discussões no âmbito do Judiciário, em que se realiza preponderantemente a aplicação do

Direito. Provocar, por meio dessas discussões, uma abertura no pensamento dos operadores do Direito em geral, especialmente dos aplicadores, é o desiderato tencionado.

Ter ciência da função judicante é reconhecer a impossibilidade de permanecer neutro diante da realidade; é encarar e assumir a subjetividade presente em sua atividade, sempre orientada pela justiça social, promovendo o bem comum e a concretização da democracia. Entretanto, a realização deste empreendimento deve ter como limites as proposições gerais, idéias de aceitação comum, surgidas da consciência coletiva, advindas tanto dos valores sociais quanto da mentalidade científica dos juristas; servindo a lei somente como referencial que pode ser descartada no processo de efetivação daquelas diretrizes principiológicas.

O Direito Alternativo caracteriza-se pela busca de um instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática. Uma atividade comprometida com a utópica vida digna para todos, com abertura de espaços visando à emancipação do cidadão, tornando o direito um instrumento de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação, o direito enquanto concretização da liberdade. Aliás, a natureza da função judicial passa a ser esta mesma.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é Direito Alternativo?** 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARVALHO, Amílton Bueno de. **Magistratura e Direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

_____. **Direito Alternativo**: teoria e prática. Porto Alegre: Síntese, 1998.

FERNANDES NETO, Francisco Nunes. **Iniciativa probatória do juiz**: enfoque nas varas cíveis da Comarca de Mossoró/RN, 2005. 99 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Mossoró, 2005.

FREITAS, Juarez. **Hermenêutica Jurídica**: o juiz só aplica a lei injusta se quiser. Porto Alegre: Ajuris, 1987.

GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 13-25.

MACHADO, Antônio Alberto; GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

ROZA, Adriana de Andrade. **O uso alternativo do Direito**: solução para dirimir conflitos intersubjetivos. Disponível em: <www.datavenia.net/opniao_usoalternativododireito.htm>. Acesso em: 20 jul. 2006.

SANTOS, Bernardo Vidal Domingues dos. **O direito alternativo é dogmático?** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3751>. Acesso em: 15 jul. 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.