

DIREITO ALTERNATIVO

José de Oliveira Ascensão

1. O “uso alternativo do Direito”

I – Surge hoje no Brasil uma corrente metodológica aguerrida que se agrupa sob a etiqueta do “Direito Alternativo”.

Para a compreendermos começamos por referir a uma orientação antecedente, de origem europeia, em que aquela manifestamente se inspirou.

Nalguns meios europeus, que ideologicamente se fundavam em pressupostos marxistas, desenvolveu-se a doutrina do uso alternativo do Direito. São particularmente conhecidos juristas italianos, como Barcellona, e juristas espanhóis em tempo mais recente.

O Direito oficial representaria expressão da classe dominante. O uso alternativo consistiria num modo de prosseguir a luta de classes, não pela revolução nem sequer pela negação da legalidade, mas pela exploração de todas as potencialidades abertas pela ordem jurídica vigente. Aproveitar-se-iam as lacunas, contradições e imprecisões do próprio sistema positivo para extrair soluções mais favoráveis aos explorados. Assim se ampliaria sucessivamente o espaço democrático.

II – Estas orientações traduzem uma preocupação pela Justiça das soluções, e portanto a colocação em primeiro plano do conteúdo das ordenações jurídicas e não já dos aspectos formais.

Expurgando aquilo que nestas orientações representa ideologia em estado bruto, elas objetivam a reação contra a situação das sociedades industrializadas que nos rodeiam, em que as forças económicas dominam os meios de comunicação, os meios de comunicação formam a opinião pública e a opinião pública assim formada escolhe os titulares convenientes dos órgãos do poder. O Direito daí emanado é um Direito parcial, e portanto injusto.

Estas escolas representam juridicamente uma afirmação da Justiça perante uma ordem social e jurídica que em muitos pontos a contraria.

Perante a ordem jurídica, há assim que perguntar: até que ponto a injustiça do conteúdo pode ser motivo para o entendimento e a aplicação a fazer do direito posto?

Tomamos posição no que respeita à violação dos princípios fundamentais de convivência; bem como afirmamos que estes são o conteúdo precípua de toda ordem positiva.

Acentuamos que o Direito é uma ordem da sociedade, o que é fundamental para possibilitar um entendimento integrado das leis.

Para além disso, porém, resta ainda um vasto campo na apreciação do material legislado. Mas esse material não está fora do método jurídico. Pelo contrário, é justamente o objeto da determinação do conteúdo das normas e da solução dos casos.

Por isso, o contributo destas doutrinas deverá ser apreciado nos capítulos sobre hermenêutica e sobre aplicação do Direito.

Então haverá que fazer a análise do significado que poderá ter a injustiça da solução. Não por um ponto de vista de luta de classes mas justamente pelo ponto de vista da Justiça.

Terá em todo caso que se proceder à integração da situação na ordem jurídica total. E hoje em dia é muito importante a ordem constitucional, que consagra princípios, como a igualdade, que são freqüentemente decisivos para a solução dos casos.

Para isso o trabalho sistemático dentro da ordem jurídica vigente é fundamental. Com isto reencontramos a realidade do sistema¹. O sistema contém princípios e cláusulas gerais que nos permitem enquadrar as situações e obter quase sempre um resultado justo.

III – A este propósito, há uma observação que nos parece de grande alcance. O voluntarismo, imperante no século XVIII, trouxe consigo o desinteresse pelo conteúdo das normas e situações jurídicas.

Mas a formalização que trouxe apresenta hoje pontos de rotura. A retomada da valia autónoma dos conteúdos está em progressão nas ordens jurídicas.

As preocupações que fundaram a escola do uso alternativo do Direito deveriam encarregar-se para o aprofundamento das vias que vão sendo abertas, por vezes com uma

¹ Cfr o nosso *Introdução à Ciência do Direito*, 3.^a ed., Renovar (Rio de Janeiro), 2004, n.º 274.

amplitude muito superior àquela que à primeira vista se suporia, nomeadamente na ordem jurídica brasileira.

2. O Direito Alternativo

I - No Brasil desenvolveu-se uma corrente mais radical. Não se fala de uso alternativo do Direito, mas de Direito Alternativo².

É difícil indicar sequer os parâmetros desta doutrina, tantos são os entendimentos e tão frágil é a estruturação jurídica.

Para nos entendermos, devemos proceder antes de mais a um saneamento terminológico. Podemos classificar os entendimentos de Direito Alternativo em restrito, médio e lato:

- 1) Alternativa ao Direito
- 2) Direito Alternativo em sentido restrito
- 3) Uso alternativo do Direito

No entendimento restrito, antes se falaria efetivamente em alternativa ao Direito, pois se assenta num repúdio *in totum* da ordem positiva formal por esta ser emanção da classe exploradora.

O entendimento médio é aquele que será especificamente considerado, por ser o que anima a generalidade dos aderentes desta orientação.

² Para a história do movimento, cfr. Lédio Rosa de Andrade, *Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro*. Vejam-se as obras de Amilton Bueno de Carvalho, Edmundo de Arruda Júnior, Cláudio Souto, A. C. Wolkmer, João Maurício Adeodato, Rui Porta Nova, Salo de Carvalho e outras, citadas na bibliografia final do nosso citado “O Direito”.

No sentido lato invoca-se por vezes o Direito Alternativo para integrar posições que representam ainda, afinal, o uso alternativo do Direito³.

A posição-padrão, que é a posição média, parte da afirmação que, perante a ordem dominante, o jurista não é neutro. A lei deve ser rejeitada quando conduzir a um resultado desfavorável às classes dominadas⁴ (e sustentada no caso contrário). Admite-se assim a decisão *contra legem*.

Foi muito acentuada a referência à Justiça. Buscou-se apoio na frase de Couture, de que em caso de conflito entre a lei e a Justiça deve prevalecer a Justiça⁵. Fala-se também de um “jusnaturalismo de caminhada”, que traduz as preocupações substancialistas desta orientação.

II – Também aqui, devemos afastar posições de ideologia em estado bruto, que nada servem uma teoria do Direito e têm contrariado a aceitação da doutrina.

Há falta de fundamentação dogmática destas orientações, que dificulta grandemente a sua compreensão. Apesar dos protestos, tal como vem normalmente desenhada é uma porta aberta para a arbitrariedade. Tudo dependerá de sorte ou de azar de ir para às mãos de um juiz “alternativo” e da maneira como ele concebe as relações de classe.

Como é natural, essa pecha não se encontra nos melhores juristas que têm versado o tema, como Cláudio Souto e João Maurício Adeodato.

³ Num novo entendimento, diferente de qualquer destes, fala-se em Direito Alternativo para qualificar as soluções jurídicas que são impostas por circunstâncias excepcionais. Cfr. em Portugal Paulo Otero, *Lições*, I, 2.º tomo, § 15, mas para designar a bidimensionalidade do Direito, pois se impõe o afastamento da legalidade normal perante circunstâncias extraordinárias. Distingue uma legalidade alternativa incorporada, quando o próprio sistema dá abertura a essa intervenção (seja o caso do estado de necessidade, de que já falámos), e a não incorporada, que seria a que particularmente interessaria. A salvaguarda de valores, bens e interesses de toda a comunidade, perante situações de exceção a que a lei não ocorre, permitiria o afastamento da legalidade normal.

O A. tem razão, contra uma hipócrita afirmação da legalidade. Já diziam os romanos, *salus populi suprema lex est*. Porém, nada tem que ver com o nosso tema, não obstante a identidade de terminologia, pois está em causa apenas a reação perante circunstâncias, e não o juízo sobre a ordem positiva normalmente vigente.

⁴ Com a possível ressalva, que não aparece expressa, de que assim não acontecerá se tal acarretar um mal maior.

⁵ Infelizmente, esta frase não é acompanhada da necessária fundamentação.

III – Assim, Cláudio Souto⁶ constrói o Direito Alternativo como Direito desviante da legalidade estatal, em nome de uma idéia social de Justiça.

Fala ainda em “direito grupal efetivamente existente e eficaz”, mas combate afinal esta perspectiva porque a ser assim esse direito seria tão formal quanto o estatista.

O autor assenta sobretudo na “injustiça manifesta”, que levaria o intérprete a atuar *praeter legem* e em casos excepcionais *contra legem*. Torna-se assim essencial determinar a noção de Justiça que permitirá este controle. O autor identifica praticamente Direito e Justiça, integrando-os: Direito é a idéia de “Justiça” informada científico-empiricamente; e a Justiça seria o sentimento de agradabilidade do homem normal, que teria por trás de si o impulso de conservação, o impulso de ser⁷. O autor também desenvolve fórmulas gerais (2.3), que fazem lembrar a estrutura do imperativo categórico de Kant e são, tal como este, formais.

3. Apreciação

I – O avanço do Direito só pode resultar da construção de uma ordem racionalmente captável, que tenha capacidade de abranger todos os fenômenos de modo objetivamente comprovável.

A desagregação da unidade da ordem jurídica pela afirmação de um Direito Alternativo, como realidade oposta, verifica-se nos países onde subsistem ordens tribais à margem do poder político estatal estabelecido. Não corresponde, se não em franjas mínimas, a uma sociedade como a brasileira.

O Direito Alternativo também não exprime a pluralidade de ordenamentos jurídicos, que é fenômeno diverso. Só nos poderíamos resignar a admiti-lo se os instrumentos comuns fossem impotentes para resolver os problemas, muito reais aliás, que estão na origem desta escola. Não cremos que seja o caso.

De fato, o recurso ao Direito Alternativo tem um preço muito elevado, na quebra da unidade do sistema e na criação da loteria judiciária. Cada juiz tem em si a

⁶ Tempo do Direito Alternativo, 5.2.

⁷ Ob. cit. 1.3 e 4.3, com alguma variação na expressão e na idéia.

totalidade da jurisdição. Não tem o poder de decidir por suas luzes do destino dos outros: nenhum de nós lho concedeu. Só pode decidir segundo o Direito.

Formulações como a de Cláudio Souto procuram resolver justamente este problema, colocando no centro o juiz, como aplicador do Direito.

Há porém um elemento na construção deste autor que, a nosso parecer, torna inaceitável a sua posição: é a construção da Justiça assente sobre um sentimento de agradabilidade⁸. É impossível deixar tudo dependente de um sentimento de cada juiz, por mais que o autor procure escorar este sentimento em impulsos vitais. A variação dos sentimentos não tem limites. Só racionalmente conseguiremos bases mais estáveis.

Há assim que levar o mais longe possível a construção do sistema, em vez de renunciar a ele. Doutra maneira ficaríamos sem norte, porque a decisão alternativa se confundiria com a arbitrariedade. Seria como instaurar agora a lei da selva, rejeitando o esforço de tantos séculos de aperfeiçoamento da ordem objetiva.

II – Mas será possível, com os instrumentos atuais, e mesmo independentemente do tão necessário aperfeiçoamento da ordem legislativa, resolver de algum modo os problemas de exclusão de categorias sociais e de distorção do ordenamento jurídico que estão na gênese social desta doutrina?

Não se resolve na totalidade. Mas não se pode pedir à interpretação e aplicação do Direito o que só na totalidade do sistema poderá ter solução.

Porém, há espaço para avançar na construção de um sistema jurídico capaz de dar resposta a muitas situações. Muitos dos casos que têm sido apresentados podem resolver-se se o sistema for manejado por juristas capazes.

O positivismo ainda imperante, que curiosamente coexiste com uma prática freqüentemente ilegalista, deverá ceder espaço a uma orientação substancial, tal como a que se defendeu.

Retomamos aqui a posição expressa a propósito do uso alternativo do Direito. Não reduzimos os temas um ao outro: admitimos soluções *contra legem* desde que fundadas na ordem natural. Mas tudo se tem de encontrar dentro do sistema, e não como alternativa ao único Direito existente.

⁸ Esta posição do autor é bem consciente. Afirma que a segurança está também, e basicamente, no sentir (2.3). Por outro lado, afirma adiante que a fonte do Direito pode ser meramente mental (5.3).

O jogo dos princípios jurídicos pode-nos levar muito longe na maleabilização do sistema. A boa-fé, os bons costumes, o abuso do direito, a alteração das circunstâncias, a condenação de cláusulas abusivas e vários outros são instrumentos de que os juristas dispõem já. Precisam é de ter formação adequada para os saberem aplicar.

Os princípios constitucionais, trabalhados com a precisão científica que exclui o arbítrio⁹, têm um grande impacto perante situações de injustiça social.

Os direitos humanos, nomeadamente na sua manifestação positiva através dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, são outra fonte de largo potencial. E, visto que fundados na natureza do homem, impõem-se por si, independentemente de lei positiva que os contemple, e não obstante lei positiva que os contrarie.

III - Tem sido particularmente notável, nestes últimos tempos, o avanço alcançado no domínio do controle pelo sistema do conteúdo das leis e dos negócios jurídicos.

Por oposição ao voluntarismo, atrás assinalado, foi-se desenvolvendo em vários aspectos o retorno ao primeiro plano da valoração pelo conteúdo das soluções.

E se no Direito Internacional Público pouco se avançou além do *pacta sunt servanda*¹⁰, já no espaço público a afirmação dos direitos do homem, não obstante todas as distorções, traduz na realidade uma demarcação de limites ao arbítrio da maioria no poder.

Também no campo das instituições privadas numerosas cláusulas de salvaguarda, que se vão acumulando, representam afinal uma limitação à soberania da autonomia da vontade, obtida graças à crítica do conteúdo. Assim se passa com as cláusulas abusivas há pouco referidas. E se bem que se procure torná-las aceitáveis através de uma roupagem voluntarista¹¹, na realidade o que já se verifica é uma bitola estritamente objetiva, em que o que se afasta é a desproporção ou desequilíbrio entre as partes que fira manifestamente a Justiça.

⁹ Como exemplarmente faz Castanheira Neves, a propósito do princípio da igualdade.

¹⁰ Acompanhado por uma afirmação balofa de direitos humanos que esconde mal a realidade de um puro direito de ingerência de quem tem a força.

¹¹ Cfr. o nosso “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, in ROA, ano 60, II, Abr/00, 573-595; e in separata à RF, vol. 352, 103-114.

4. Conclusão

I – Chegamos por isso à conclusão de que estas situações não devem ser colocadas de fora do sistema jurídico. Pelo contrário, é mediante o sistema jurídico que devem receber a solução possível; pois doutro modo a cura seria mais grave que a doença.

Isto significa que, tal como em relação ao uso alternativo do Direito, é nos capítulos da Interpretação e da Aplicação que devemos buscar a resposta da ordem jurídica aos problemas que ficam enunciados¹².

Essa resposta surge já em dois institutos em que o Direito brasileiro tem soluções próprias, afastando-se nomeadamente do Direito português: a interpretação corretiva e a interpretação ab-rogante valorativa.

II – Interpretação corretiva

Pode o intérprete chegar à conclusão que a lei foi corretamente interpretada mas conduz a resultados anômalos, que o legislador certamente não teria querido sancionar, se lhe tivessem ocorrido no momento da elaboração da lei.

Somos de parecer que o intérprete deve então, na ordem jurídica brasileira, afastar aquela derivação anômala da regra. A isso leva a prevalência do bem comum, imposta pelo art. 5 da Lei de Introdução ao Código Civil. O âmbito da norma deve ser restringido, para excluir aquela categoria de casos em que se produziriam aqueles resultados desastrosos.

Repare-se que então se está ainda dentro da interpretação: pergunta-se qual o sentido da lei. Não se trata de recusar a aplicação da norma num caso concreto, por efeito dos resultados que derivariam dessa aplicação, mas ainda da fixação do verdadeiro sentido da norma jurídica.

Procedendo assim, o intérprete não afasta a norma, como seria a solução fácil mas injustificada do Direito Alternativo. O intérprete fixa o verdadeiro sentido desta, que é mais restrito que o que aparentava. E deste modo, encontra dentro do próprio sistema, os

¹² Cfr. as posições que adoptamos no nosso *O Direito* cit. sobre a interpretação corretiva e sobre a interpretação ab-rogante valorativa, n.ºs 240 e 242 IV, respetivamente.

instrumentos bastantes para excluir as conseqüências injustas que poderiam resultar daquela incidência das disposições vigentes ¹³.

III – A interpretação ab-rogante valorativa

A conclusão semelhante devemos chegar em caso de interpretação ab-rogante valorativa.

O pressuposto desta é a existência, no seio do ordenamento jurídico, de regras que exprimem valorações contraditórias. Por exemplo, pode concluir-se que uma regra, vigente em certo setor, contraria um princípio fundamental da ordem jurídica.

Salvo se o princípio for de nível hierárquico superior (por exemplo, se for um princípio constitucional) o intérprete não está autorizado a rever as valorações do legislador e, em conseqüência, a pôr em causa a regra que lhe parece de menor âmbito valorativo, ou até a afastar a aplicação de ambas as regras.

Mas no Direito brasileiro há um desvio a esta orientação geral. De novo a prevalência da consideração do bem comum permite uma intervenção mais adiantada do intérprete. E assim, se aquela contradição provocar situações de incongruência que não são toleráveis e põem em risco a paz social e o sentido de Justiça, o intérprete poderá afastar a regra anômala, quando não houver motivos para supor que o legislador a quis mesmo tendo presente esse caráter de anomalia; noutros casos, poderá considerar que as duas regras se neutralizam mutuamente, e que em seu lugar surge uma lacuna, a preencher segundo os métodos comuns de integração, perante a gravidade do conflito que se verifica.

IV – Estes dois exemplos mostram que o sistema, se atuado por juristas de boa formação técnica e com sentido dos valores fundamentais da ordem jurídica, nos pode conduzir muito longe na eliminação de aspectos chocantes do direito constituído.

A solução não está por isso na rejeição do sistema, como pretenderia o Direito Alternativo, mas na racionalização e aperfeiçoamento incessante deste.

Não é contra o sistema, mas dentro do sistema, que os reais problemas que impressionaram os adeptos do Direito Alternativo serão, na medida do possível, resolvidos.

¹³ Cfr. o nosso *O Direito* cit., n.º 240.