

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 149

janeiro/março – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Visão panorâmica do Direito Alternativo

Cristiano Carrilho S. de Medeiros

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Dificuldades de modernização do Direito. 3. A crise do Direito Estatal. 4. Antecedentes históricos do Direito Alternativo. 5. A alternatividade do Direito na Europa e no Brasil. 6. Desmitificando o Direito alternativo. 7. Direito Natural e Direito Alternativo. 8. A proposta do Direito alternativo. 9. Planos conceituais do Direito Alternativo. 10. Conclusões.

### *1. Considerações iniciais*

Na lição do mestre Otacílio de Paula Silva, “a realidade jurídica é fruto, obviamente, de um conjunto de fatores de natureza econômica, social, política e ética” (SILVA, 1994, p. 295). O mundo ocidental moderno adota a conceituação dogmática do Direito em juízos de “dever ser”. O Direito oficial, carente de uma moldura flexível para sua evolução e concretização da justiça, tem apresentado lacunas e contradições. A ineficiência estatal em criar, aplicar e monopolizar normas deixa transparecer a crise do Direito Dogmático.

Nessa realidade social, em que o Estado tem deixado um verdadeiro vazio na solução dos conflitos, prejudicando a distribuição da justiça entre as diferentes camadas sociais, o Direito Alternativo surge como tentativa de suprir essas lacunas.

Analisando aspectos do Direito Alternativo, Rinez Trindade afirmou que esse Direito não constitui um programa efetivamen-

Cristiano Carrilho S. de Medeiros é Advogado Trabalhista Especialista (Pós Graduação *Latu Sensu*/UFPE) e Mestrando em Direito Privado/UFPE.

te orgânico e organizado (articulado). Tem em comum a negação do Direito Positivo, embora alguns defensores de tal Direito digam o contrário, assim como a insatisfação com as formulações do Direito Natural, re colocando até mesmo os argumentos marxistas sob diferentes pontos de vista ou propondo um viver solipsista, transgressor e anárquico, cuja filosofia, em que pese a riqueza e a sedução que provoca, esquece que a satisfação dos desejos pressupõe o assentimento do outro e, freqüentemente, os desejos não são coincidentes (TRINDADE, 1992, p. 180).

O presente estudo tem por objetivo analisar e desmitificar a proposta do Direito Alternativo no cenário da insuficiência do Estado na solução das lacunas e contradições, presentes na atual realidade jurídica.

## *2. Dificuldades de modernização do Direito*

O Direito evolui permanentemente e vivemos no espírito de uma época que preconiza a moderna concepção do Direito como aquele que atingiu determinado nível de complexidade e organização.

A ordem sociocultural ocidental é sustentada em paradigmas teóricos em que a dogmática é o referencial do estudo, interpretação e aplicação do Direito.

O processo para que uma sociedade venha a dogmatizar seu Direito pode ser considerado lento. João Maurício Adeodato cita pressupostos sociológicos para que o Direito em dada sociedade se torne dogmático: a pretensão estatal do monopólio na produção das normas jurídicas, a ascensão das fontes estatais em prejuízo de outras fontes do Direito e a emancipação do subsistema jurídico dos demais subsistemas normativos éticos (ADEODATO, 1997, p. 258).

Os juízos prescritivos do “dever ser” repousam no chamado dogma jurídico. Os dogmas sociais, morais e religiosos estariam no mundo do “ser”, nos juízos descritivos. Assim, o Direito Dogmático derivando

sua legitimidade pelo império do Estado na sua criação e aplicação implicaria, num primeiro momento, o acatamento inquestionável das disposições normativas do ordenamento jurídico estatal, colocando as camadas sociais em posição de submissão.

O Direito dogmaticamente organizado apresenta faces e graus de diversidade fixando textos normativos, dando significação aos termos que o compõem, argumentando com referência a eles, decidindo com base neles e justificando decisões concretas.

Fica ilustrado, portanto, o quadro de dificuldades de modernização do Direito diante das diferentes realidades sociais e das tentativas de “desdogmatização” de ordenamentos jurídicos de certos locais.

Uma realidade jurídica que tem por escopo a pacificação social deveria acompanhar o uso de fontes do Direito não apenas dogmáticas, socorrendo-se de diferentes campos de conhecimento e fontes “não-oficiais”. Por ser um sistema social, o Direito está relacionado com outros sistemas, sendo preciso se estabelecer relações de intercomunicação.

A interferência dos demais subsistemas normativos, principalmente os éticos, pode ser considerada como benéfica ao desenvolvimento do Direito. Na lição de José Carlos Vieira, o Direito, sendo produto condicionado mas que também condiciona o comportamento social, deve ter em seu estudo o conhecimento dos fatores sociais que dão substrato a sua existência (VIEIRA, 1998, p. 46).

Seria algo essencial para a boa interpretação e aplicação das normas jurídicas, que os operadores do Direito aceitem o fenômeno jurídico como fato social, facilitando a intercomunicação de outros subsistemas na facilitação de se constituir uma ordem normativa mais ética e menos dogmática.

## *3. A crise do Direito Estatal*

Em decorrência da inibição do processo de mudança em função da experiência, exis-

te uma tendência em afirmar a “desdogmatização” do pensamento jurídico.

O Estado demonstra dificuldades em monopolizar o Direito deixando transparecer uma verdadeira crise. Quando analisamos o Direito Estatal nos países desenvolvidos e nos países subdesenvolvidos, observamos o crescente surgimento de novos grupos sociais, criando situações não-previsitas no ordenamento jurídico oficial. Nesse cenário, em que o Estado não consegue suprir certas lacunas, novas esferas normativas são criadas paralelamente ao Direito Oficial.

A multiplicidade dessas esferas normativas, que possuem efetividade no plano social, mas que não são prescritas oficialmente no ordenamento jurídico estatal, originam o chamado pluralismo jurídico.

Esse contexto expressa a fragilidade de certas teorias, a exemplo da visão kelseana, na explicação da legitimidade do Direito. Em síntese, Hans Kelsen reduzia o Direito a norma jurídica formalmente válida, derivada de uma norma anterior também formalmente válida, numa estrutura escalonada que teria como ponto de partida uma norma fundamental.

Lembrando as palavras de José Carlos Vieira, “a pureza metodológica, proposta por Kelsen, leva a que se considere o Direito, visto a partir da norma, que decorre de uma norma fundamental, como justo, produto da vontade estatal” (VIEIRA, 1998, p. 47).

Contudo, tal concepção “piramidal” é questionável quando observamos a realidade social que muitas vezes considera “Direito” certos comandos que não derivam sua legitimidade da referida “pirâmide kelseniana” e possuem eficácia, mesmo estando divorciados de uma norma jurídica preexistente formalmente válida.

Nos países subdesenvolvidos, o Estado se mostra inerte em deter a produção e a aplicação do Direito. Nesses países, a crise do Direito Estatal vincula-se na interferência do subsistema econômico, tornando o Direito o instrumento de privilégios das eli-

tes abastadas, onerando os desprivilegiados na ótica econômica.

O Direito Dogmático, nessa realidade, significa um mecanismo de controle social em crise quando se percebe sua incapacidade de deter o monopólio de aplicação e criação de normas. Exemplo dessa crise é a interferência e até a sobreposição de outros sistemas normativos éticos sobre o Direito.

#### 4. Antecedentes históricos do Direito Alternativo

As origens do Direito Alternativo se encontram na atitude de juristas insatisfeitos com a vigência de normas jurídicas, criando métodos modernos de interpretação e aplicação.

Seja qual for a opinião que se tenha sobre as origens históricas do chamado Direito Alternativo, é inegável registrar como antecessores históricos desse movimento a Escola Histórico-Evolutiva de Salleilles ao lado da Escola do Direito Livre, de Hermann Kantorowicz.

Os debates doutrinários da Escola do Direito Livre destacavam o princípio da ampla liberdade do juiz na solução dos litígios, permitindo que o julgador decidisse a lide sem estar limitado à lei.

Kantorowicz salientava que num primeiro momento o aplicador da lei buscasse o “justo” e num segundo momento utilizasse a lei.

Kantorowicz entendia que a autorização para que o juiz decidisse *contra legem* teria fundamento na idéia de que a realização da justiça estaria num plano superior à lei.

A doutrina audaciosa que posterga a própria lei (*contra legem*) despertou largo exame e brilhante polêmica. Difundiuse logo seu conhecimento, graças à edição italiana e autorizada do juiz Majetti, na qual, entretanto, houve alguns retoques, ligeiro recuo no sentido da escola de Ehrlich. Ainda Stampe e Schmitt palmilharam a trilha de Kantorowicz e tiraram largo proveito das apóstrofes de Bülow, aliás, contrário ape-

nas à jurisprudência meramente casuística e formalista, cultora exclusiva de preceitos e brocardos, pandectológica, indiferente ao exame dos fatores sociais dos fenômenos jurídicos (MAXIMILIANO, 1999, p. 74).

### *5. A alternatividade do Direito na Europa e no Brasil*

Em interessante estudo, o mestre Alexandre da Maia salienta as peculiaridades do Movimento do Direito Alternativo na Europa. Segundo a tradição europeia, a alternatividade estaria nos limites da esfera estatal da solução dos litígios, inexistindo o chamado “Direito Alternativo”, mas, sim, um “uso alternativo do Direito” (MAIA, 1997, p. 44).

Esse “uso alternativo do Direito”, buscando a concretização de certas normas – em princípio pouco aplicadas no ordenamento –, atenderia a uma lógica interpretativa de prioridades a princípios gerais.

Otacílio de Paula Silva, analisando a realidade brasileira, observou que “o brasileiro não ostenta, em regra, convicta disposição no sentido de normal cumprimento da lei, o que leva alguns a denominar esse caráter como ‘crise de ética’” (SILVA, 1994, p. 296).

No presente exame, confrontando-se a realidade brasileira com a europeia, percebem-se nítidas diferenças. Existe no Brasil o Direito Alternativo propriamente dito, como uma tendência de desburocratizar o sistema estatal (MAIA, 1997, p. 46).

No Brasil, o Direito Alternativo começa a ser organizado a partir da década de 90, consagrando uma prática diferente para o Direito, que atualmente é aceita pela sociedade e pela comunidade jurídica.

Em nosso país, o marco inicial desse movimento foi a criação de um grupo de estudos organizado por magistrados do Rio Grande do Sul. Preocupados em libertar o Direito das estreitezas da dogmática, investiram-se nas prerrogativas de melhorar o alcance da lei por meio dos princípios ge-

rais. Esse processo seria guiado pela finalidade humana, atendendo-se aos fatores sociológicos do fenômeno jurídico.

Edmundo Lima de Arruda Júnior e Clèmerson Merlin Clève são exemplos de juristas que já falavam na viabilidade da criação de um verdadeiro Direito Alternativo. Em 1991, frustrada a tentativa da imprensa em desmoralizar o movimento do Direito Alternativo no nosso país, realizou-se em Florianópolis-SC o I Encontro Internacional de Direito Alternativo.

Finalmente, o Direito Alternativo encontrado no Brasil é verificável pela busca da sociedade civil pelos seus direitos tendo em vista a intercomunicação social no Direito Positivo.

### *6. Desmitificando o Direito Alternativo*

Freqüentes ataques ao Direito Alternativo criam mitos negativos a esse movimento prejudicando a efetivação de sua aplicação no plano jurídico, deixando a sociedade temerária a essa nova forma do Direito.

O mito mais freqüente está contido na idéia que caracteriza o Direito Alternativo pela negação da lei. Essa alternatividade, buscando a realização dos anseios da população, luta na verdade pelo surgimento de leis mais justas, em sintonia com a dignidade dos indivíduos.

Numa perspectiva sociológica, o Direito não pode ficar identificado apenas com a lei nem se pode conceber o Estado como único responsável pela produção normativa.

Outra ficção preconiza que o Direito Alternativo põe em risco a segurança jurídica, autorizando excessivos poderes ao órgão julgador, que poderia decidir arbitrariamente. Na verdade, o que os alternativistas procuram é a superação do legalismo estreito, mas dentro de determinados limites.

Tais limites orientadores da postura do órgão julgador são os princípios gerais do Direito que garantiriam o critério de julgamento. Os princípios guiam, fundamentam e limitam as normas positivas já sanciona-

das e seriam instrumento do julgador no compromisso da realização da justiça.

É necessário desmitificar o Direito Alternativo, pois a oposição às idéias alternativas surge a partir de falsas concepções desse movimento. Não se cogita de operadores do Direito Alternativo combatendo a lei em si. Na verdade, a solução alternativa dos litígios encontra respaldo dentro do próprio ordenamento jurídico, por meio principalmente dos princípios gerais de Direito.

### *7. Direito Natural e Direito Alternativo*

As relações intrínsecas entre Direito Alternativo e Direito Natural apontam esse como o antecessor fundamental daquele (SOUTO, 1997, p. 95).

O jusnaturalismo ainda influencia o Direito nos tempos atuais. Sua forma imprecisa se deve às variações no tempo e na sociedade, segundo as épocas que se apresentam.

O fulcro do jusnaturalismo é a existência de uma lei acima da norma jurídica positiva que deve orientar o Direito Positivo. Nesse sentido, o verdadeiro Direito não é apenas o ordenamento jurídico positivo.

A idéia de justiça social se faz presente no Direito Alternativo e no Direito Natural; ambos combatem o estrito legalismo buscando soluções para a crise estatal no Direito.

### *8. A proposta do Direito Alternativo*

Devido à inércia estatal na solução eficiente dos conflitos sociais, não conseguindo monopolizar a produção das normas jurídicas, inúmeros sistemas normativos se sobrepõem ao Direito, deixando transparecer a decadência do Direito Dogmático.

Diante dessa incapacidade do Estado, a proposta do Direito Alternativo representa uma saída em meio a essa crise. O Direito Oficial, próximo da exclusão e opressão, fica ao lado de um Direito paralelo, inoficial.

Não se pode afirmar que esse movimento possua uma carga ideológica própria,

mas sim pontos comuns entre as diversas posições doutrinárias de seus adeptos.

Normalmente a proposta do Direito Alternativo tende a rejeitar o modelo capitalista e o liberalismo burguês como sistema sócio-político, combatendo a miséria e lutando pela ordem democrática, realizando as igualdades.

Entre as críticas dos alternativistas ao positivismo jurídico está a proposta de se romper os limites do estrito legalismo formal de apego total à lei. O excessivo rigor formal proporciona certas contradições e lacunas, como é denunciado pelos juristas alternativos.

Outra proposta do Direito Alternativo está na mobilização de classes menos favorecidas abrindo espaços sociais inéditos, revelando novos agentes políticos criadores de direitos.

Segundo Cláudio Souto, o Direito Alternativo seria a norma desviante em relação à legalidade estatal, na medida em que esta última lhe é desviante. Não coincide com a legalidade do Estado, só sendo tal pelo desvio, pela não-identificação, pela dessemelhança em relação ao conteúdo da legislação estatal (SOUTO, 1997, p. 96).

A redução do Direito Alternativo a simples modo de expressão da vontade popular deve ser desconsiderada, pois tal prática pode estar viciada por uma noção de dominação, prejudicando a própria comunidade.

### *9. Planos conceituais do Direito Alternativo*

Uma concepção de Direito deve ser decididamente sociológica. O Direito existe para os homens que vivem em sociedade e não se pode conceber uma sociedade humana sem uma ordem jurídica, até mesmo nas formas mais rudimentares de estado. O Direito deve espelhar a consciência do grupo, o que esse grupo social entende por certo.

As regras de Direito devem conter um mínimo de precisão indispensável à segu-

rança das relações sociais. A maior parte da doutrina aponta o Direito Alternativo como sendo um procedimento extradogmático.

Em interessante estudo jurídico, Amilton Bueno de Carvalho coloca o Direito Alternativo em três planos: o uso alternativo do Direito, a positividade combativa e o Direito Alternativo em sentido estrito (CARVALHO, 1998, p. 3-5).

O referencial histórico do chamado “uso alternativo do Direito” seria o final da década de 60, na Itália. Utilizando as contradições e lacunas presentes no próprio sistema jurídico, as decisões eram emanadas em sintonia com as necessidades sociais, num conteúdo mais democrático. Correspondia a uma releitura das instituições jurídicas de modo diverso da forma tradicional.

A “positividade combativa”, por seu turno, seria a concretização de princípios considerados como conquista, a eficácia de direitos individuais e sociais que não seriam estranhos ao Direito positivado. Na medida em que a concretização das conquistas democráticas já tomaram condição de lei, em termos estritos, não poderia ser considerado como “alternativo”.

O “Direito Alternativo em sentido estrito” seria a alternativa ao Direito Estatal na esfera do pluralismo jurídico, preocupando-se com o atendimento das necessidades das camadas populares excluídas. Esse direito paralelo emergente e insurgente seria empiricamente verificado na sociedade, principalmente na América Latina.

### *10. Conclusões*

1. O mundo ocidental ampara o conceito dogmático de Direito em juízos de “dever ser”. O Direito Oficial apresenta lacunas e contra-sensos, deixando um vazio na solução dos conflitos.

2. Por ser um sistema social, o Direito possui uma relação de intercomunicação com outros sistemas. Entretanto, a ordem

sociocultural ocidental se sustenta em paradigmas teóricos em que a dogmática é o referencial de estudo, interpretação e aplicação do Direito.

3. O Estado tem demonstrado não conseguir monopolizar o Direito, principalmente nos países subdesenvolvidos. Nessa realidade, o Direito Dogmático deixa transparecer sua crise, sendo sobreposto por outros sistemas normativos.

4. Os antecedentes históricos do Direito Alternativo têm referencial na Escola Histórico-Evolutiva de Salleilles, ao lado da Escola do Direito Livre, de Hermann Kantorowicz.

5. Enquanto na Europa sobressai o “uso alternativo do Direito”, no Brasil existiria o “Direito Alternativo propriamente dito”, como tentativa de desburocratização do sistema estatal, começando a ser organizado a partir da década de 90.

6. As concepções equivocadas mais frequentes sobre o Direito Alternativo são o mito da negação da lei e a ficção do risco da outorga de excessivos poderes ao julgador.

7. Jusnaturalismo é o antecessor fundamental do Direito Alternativo e seus princípios ainda influenciam o movimento, a exemplo da idéia de justiça social, presente no Direito Alternativo e no Direito Natural.

8. Entre as propostas do Direito Alternativo, o rompimento do estrito legalismo e a mobilização de classes menos favorecidas representam uma saída diante da crise do Direito Dogmático.

9. Podemos situar o Direito Alternativo em três planos conceituais: o uso alternativo do Direito, a positividade combativa e o Direito Alternativo em sentido estrito.

10. O Direito Alternativo encontra-se inserido no próprio ordenamento: quando se busca uma maior efetividade a certas normas ou uma melhor interpretação; e, também, paralelo ao Direito Oficial: quando verificado empiricamente nas relações sociais, surgindo espontaneamente diante da ineficiência Estatal na solução das lides.

## Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. Modernidade e direito. *Revista da Esmape*: Recife. v. 2, n. 6, p. 256-262, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo: uma revista conceitual*. Disponível em: <http://www.uerj.br/~direito/rqi/07/070402.htm>. 14 out. 1998.

MAIA, Alexandre da. O movimento do direito alternativo e sua influência na comarca do Recife. *Revista da OAB – Seccional de Pernambuco*. Recife, n. 24, p. 41-46. 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Otacílio de Paula. Sociedade e direitos alternativos. *Revista LTR*, p. 295-297, maio, 1994.

SOUTO, Cláudio. *Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TRINDADE, Rinez. A problemática da justiça e aspectos do chamado direito alternativo. *Ajuris*. Ano 12, n. 56, p. 179-190, nov. 1992.

VIEIRA, José Carlos. O direito como fato social. *Semina*, v. 1, n. 9, p. 45-50, 1998.