

# PODE EXISTIR DIREITO ALTERNATIVO?

**LUIZ MACHADO**

*Professor da EMERJ e da UERJ*

## APRESENTAÇÃO

O adjetivo “alternativo” vem do latim *alter*, “outro” e, no caso, indica o que não está ligado ao que é dominante, ao que está estabelecido, à *norma agendi*.

O direito estabelecido, *jus cond tum*<sup>1</sup>, é uma conquista da Humanidade. Cite-se, por exemplo, a Reserva Legal, aqui escrita com iniciais maiúsculas para ressaltar-lhe o bem social que representa. Podemos imaginar os caminhos difíceis através dos séculos até ficar escrito que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (na nossa Constituição Federal, de 1988, art. 5º, item II) e, no campo específico do direito penal, que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* (na nossa Constituição Federal, art. 2º, item XXXIX).

O dicionário define friamente “código” como “coleção de leis”, “conjunto metódico e sistemático de disposições legais relativas a um assunto ou a um ramo do direito”, mas um CÓDIGO é muito mais do que isso; é uma conquista da Humanidade, acumulada a pouco e pouco desde o código de Hamurabi, a mais antiga coleção de leis que se conhece, datando do século XIX a.C.

O direito positivo se contrapõe ao arbítrio, à vontade absoluta dos soberanos, dos déspotas.

Se há leis injustas, também existem os mecanismos legais para alterá-las, mas não é a vontade dos governantes ou as convicções pessoais de cada magistrado que decide sobre isso.

## ORDEM JURÍDICA

<sup>1</sup> Pronuncia-se /cônditum/, com a primeira sílaba “con” como tônica, pois se dissermos /condítum, com a sílaba tônica “di”, na expressão *jus cond tum*, estaremos dizendo “molho bem temperado”, uma vez que *jus* tanto significa “direito” como “suco”, “molho”.

Não obstante o truísmo, cabe repetir: ninguém pode ficar acima da lei. O juiz tem de **dizer** o direito; ele tem *jurisdição* (do latim *jus*, “direito” e *dicere* (Pronuncia-se /dícere/), “dizer”: “dá-me o fato, que te darei o direito” (Em latim: *da mihi factum, dabo tibi jus*) e **julgar**<sup>2</sup>, isto é, exercer o raciocínio jurídico sobre um fato, fundamentado nas normas de direito em vigor. Mas ao juiz não cabe **fazer** ou modificar a lei conforme suas convicções pessoais.

Seguramente, todos estamos preocupados com os problemas sociais; todavia, não é com propostas líricas e, às vezes, demagógicas, de implantar a subjetividade na composição dos conflitos e, sim, na objetividade das leis que contribuiremos para uma sociedade mais justa.

Nada afeta tanto as pessoas quanto o Direito. E se a lei for comprovadamente injusta, existem os mecanismos legais para que sejam alteradas, repita-se.

Se a lei a ser aplicada fosse uma elaboração da cabeça dos juízes, como iriam atuar os advogados? *Rogando, suplicando, implorando* justiça? E esta justiça seria a das convicções pessoais do juiz? A independência entre juízes, advogados e promotores, hoje existente na lei, ficaria abolida, pois todos estariam subordinados às idiossincrasias dos julgadores. “Livre convencimento”, “convicção do julgador”, “consciência do juiz” significam a interpretação das provas, obedecendo ao direito expresso para prolatar sentença, isto é, o resultado de reflexão profunda, de análise percuciente das provas trazidas a juízo para fundamento dos direitos demandados. *Sentença* vem do latim *sententia*, do verbo *sentire* (Pronuncia-se /sentíre), “sentir”, que também dá origem a *senso*, bom *senso*. Como foi citada a palavra “juízo”, vejamos o que significa, no caso: “é uma qualidade que tem por base o discernimento (distinguir o bem do mal, o verdadeiro do falso). É a faculdade pela qual, depois de haver discernido, se compara, se julga, isto é, se apreciam as condições relativas das diversas coisas, e se decide o que se deve fazer segundo a razão, conforme a lei.

A lei pode ser omissa... o Direito jamais. Resta-nos também indagar se é omissa a lei que prevê a possibilidade de omissão? O art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil diz: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

---

<sup>2</sup> Ver do mesmo autor **Que Significa Julgar?**

Não cabe ao juiz julgar se uma lei é justa ou injusta, conforme suas próprias virtudes morais e, sim, aplicá-la. Se existe regra de Direito que diz como devem ser supridas as lacunas da lei, vê-se que esta pode ser omissa, mas o Direito não o é. Mas este não é o nosso tema que, no momento, restringe-se à análise de sabermos se é possível, sem graves riscos para a sociedade, soluções fora da ordem jurídica.

A *ordem jurídica* é a regulamentação, evolutivamente estabelecida, para manter o equilíbrio entre as relações do ser humano na sociedade, no tocante a seus direitos e a seus deveres.

Na *ordem jurídica* assenta-se o conjunto de regras obrigatórias, formuladas para proteção de todos os interesses e para a norma de conduta de todas as ações.

O objetivo das leis, seja quando prescrevem uma norma de ordem pública ou uma norma de ordem privada, é assegurar a própria ordem jurídica preestabelecida, mantendo as instituições públicas e o respeito recíproco que deve haver entre os seres humanos, como o reconhecimento dos próprios direitos que lhes são atribuídos.

## CONSCIÊNCIA DO JUIZ

Quando se fala em *consciência do juiz*, em relação à sua atuação no terreno judiciário, nós nos referimos à sua *consciência jurídica* que é formada por seu conhecimento jurídico, e não à palavra *consciência* no sentido geral de não contrariar os ditames da razão, da bondade, de agir conforme as regras que o homem médio considera justas.

## EQÜIDADE E DIREITO ALTERNATIVO

O item 37, do art. 113, do Capítulo II, **Dos Direitos e das Garantias Individuais**, da Constituição de 1934, preceituava: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou *por eqüidade*”. (O grifo é da presente transcrição).

A palavra *eqüidade*, do latim *aequitas* (Pronuncia-se /éqüitas/) (de *aequus* [Pronuncia-se /éqüus/], “igual”), já foi sinônima de justiça, no sentido comum de virtude moral que inspira a concessão de direitos independentemente da Ordem Jurídica, chegando a um sentido de tal amplitude que se mostrava como um princípio de Direito Natural que poderia até contrariar as regras do Direito Positivo, o direito normativo. *Eqüidade* até se confun-

dia com “caridade”. Ora, quando a lei era considerada injusta, apelava-se para que, na sua aplicação mais fossem atendidos outros fatores que não a própria regra do Direito.

Nessa época, era comum o advogado *pedir justiça* ao juiz, o que hoje não mais se justifica, pois o que o julgador deve fazer é aplicar a lei abstrata ao caso concreto. Se pedíssemos justiça, estaríamos deixando ao arbítrio do juiz decidir o que seria **justo** e **razoável** no uso da lei, podendo ele até optar por não aplicá-la.

Cabe aqui uma explicação sobre “legal”, “legítimo” e “lídimo”. “Legal” é “baseado numa lei, feito conforme a lei, prescrito pela lei, concedido pela lei”. “Legítimo”, também significa “conforme a lei” mas acrescenta a idéia de “conforme a equidade, a razão, a ordem natural”. É bem ilustrativa a expressão “legítima defesa”. Ela ocorre conforme a lei com base no direito natural.

“Lídimo” é forma popular de “legítimo”, a qual com o tempo se tornou literária.

Vamos fazer uma incursão no Código Penal do Nazismo e verificar aonde a idéia de “direito alternativo” pode levar.

O regime nazista, ao admitir, declaradamente, a analogia no Direito Penal, pela lei de 28 de junho de 1935, que modificava o texto do artigo 2º do STGB (**Strafgesetzbuch**, “Código Penal”), nos seguintes termos: “*Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung Verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbare Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft*”. (“É punido quem comete um ato que a lei declara punível ou que merece punição segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se nenhuma lei penal determinada encontra aplicação imediata ao fato, então o fato é punível segundo a lei cuja idéia principal melhor se lhe adapte”). Ao fazermos uma tradução literal do texto, queremos mostrar-lhe o absurdo desprezo pela segurança da ordem jurídica de que os cidadãos precisam. Ora, quem iria determinar se o fato constituía crime seria, em última análise, o julgador, possivelmente nomeado pelo **Führer** ou seus prepostos. Essa é a pior faceta do **direito alternativo**, aquele que só existe na cabeça do julgador que, então, passa a ser uma caixa de surpresas.

*Analogia* não é semelhança na aparência mas sim nas relações. Ela é uma indução começada; daí praticamente não ter limites, dependendo sua aplicação da imaginação do aplicador. A etimologia da palavra é do grego *ana*, no caso, “de acordo com” e *-logos*, no caso, “proporção”.

O texto do artigo citado merece profunda reflexão pois, à primeira vista, ele parece levar em conta os interesses do povo mas, na verdade, deixa as pessoas sem segurança no mundo jurídico.

Embora tenhamos o preceito *dura lex, sed lex* (a lei é dura mas é lei), temos também o de *aequitas sequitur legem* (Pronuncia-se /éqüitas séqüitur légem/) “a eqüidade acompanha a lei”, pois a eqüidade não pode ser contra a lei. O art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil consagrou esse princípio ao estipular “na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”.

Ao analisarmos bem, podemos dizer que o art. 113 da Constituição de 1934 foi desmembrado nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Se um juiz manda libertar uma mulher que furtou leite em pó de um supermercado para alimentar seu filho, tem fundamento legal sua decisão. O juiz não iria decidir contra a lei e o fundamento para liberar a infratora na lei, o estado de necessidade (furto famélico); eis aí um caso previsto no direito positivo que a eqüidade acompanha a lei. (CP, art. 23, I e art. 24).

Não se trata aqui do *princípio da insignificância*. A teoria do crime de bagatela é incompatível com o clamor da comunidade por uma tolerância zero em relação a condutas criminosas. A motivação do delito é que conduz à excludente de ilicitude e não sua reiteração.

Ora, se o juiz fosse autorizado a decidir por eqüidade ele iria aplicar a norma que ele mesmo estabeleceria, como se legislador fosse, e legislador único, uma única cabeça.

Pela definição de Celso, o direito é a arte do bem e do justo (*Jus est ars boni et aequi*) e significa que a interpretação da lei, para ser boa, tem de vir temperada pela eqüidade.

Quando se fala em *livre convencimento* do juiz, a lei não está dizendo que ele vai decidir conforme esteja convencido, mesmo fora da lei. Não! *Livre convencimento* significa que fará atuar a lei ao caso concreto sem quaisquer injunções, segundo os conhecimentos que deve ter do Direito e das leis, conhecimentos estes que vão formar sua *consciência jurídica*, que não é a “consciência” no sentido comum da palavra, como já se disse.

O art. 131, do CPC, diz: “O juiz apreciará **livremente** a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o **convencimento**”. (O grifo é desta transcrição). Como se vê, a liberdade de que goza o juiz não pode transformar-se em arbítrio, devendo dar os motivos de seu raciocínio para tomar a decisão.

Todos nós da área do Direito, Juízes, Promotores e Advogados, precisamos desenvolver e aprimorar constantemente a *consciência jurídica* para podermos lidar com as leis, o Direito Positivo.

Os Códigos e o Direito Positivo são conquistas da Humanidade, repita-se, que, em etapas, vem aperfeiçoando as leis para a harmonia social. As injustiças sociais precisam ser sanadas pela promoção social, pelo trabalho. Pretender-se retroagir no rigor das leis é admitir as injustiças sociais, é aceitá-las como fato inevitável e institucionalizá-las. Atribui-se, por exemplo, o aumento da violência a problemas sociais mas isso não justifica a não-aplicação das leis.

#### **JUSTIÇA NO DIREITO POSITIVO**

Não causes dano a ninguém.

Inflexibilidade. Só considera os fatos. Sua única regra é a lei (*dura lex, sed lex*) e não pode afastar-se dela.

Cumprimento com rigor as leis positivas. Exigência de cumprimento das obrigações.

Direito de exigir o que é devido. Não faças aos outros o que não que-

#### **EQÜIDADE**

res que te façam.

Flexibilidade e compassividade. Considera a humanidade com suas fraquezas; o objetivo é corrigir as más intenções e seus defeitos e melhorá-la o quanto possa.

Cede às leis da Natureza. Socorro aos necessitados. Direito de exigir o que é devido.

Pede que perdoemos parte do que nos é devido ou concedamos prazo para o cumprimento de obrigações, principalmente em anos de crise.

Obriga o cumprimento de obrigações com autoridade. Obriga o cumprimento de obrigações imposta pela proibição, pela consciência ou outras considerações ponderáveis.

A equidade é uma obrigação fundada nos princípios da lei natural, que não está sujeita às leis criadas pelo ser humano.

As leis humanas, para serem justas, devem ser reguladas pela lei natural. A justiça é uma obrigação a que se submete o ser humano que vive em sociedade.

### INÍQUO, INÓCUO E IGUALITÁRIO

O adjetivo “iníquo” vem do latim *iniquuâs* (Pronuncia-se /iníquus/), formado de *in*, “não” e *aequus* (Pronuncia-se /équus/), “igual” e significa, portanto, “desigual”, “injusto”, “contrário à equidade”. “Inócuo” vem do latim *innocuu* (Pronuncia-se /inócuu/), formado de *in*, “não” e *nocuus* (Pronuncia-se /nócuus/), “nocivo”, significando, portanto, “que não faz mal”.

“Igualitário” vem do francês *égalitaire* e significa “relativo ao, ou que é partidário do igualitarismo, sistema que preconiza a igualdade de condições para todos os membros da sociedade”.

### CONCLUSÕES

O chamado “direito alternativo” se confunde com *equidade*, tomada esta palavra no sentido técnico, mas o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Ver no CPC, art. 20, § 4º em que aparece a expressão “apreciação equitativa”, art. 1.109 – o juiz não fica obrigado a observar a “legalidade estrita” e ver a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e 1.456, do CC e sobre alimentos, o art. 15 da Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968.

Na aplicação da Lei o juiz atentará aos fins sociais a que ela se destina, sem se deixar guiar pelo princípio da insignificância (*de minimis non curat praetor* [pronuncia-se /de minimis non curat prétor/]), pois ele é incompatível com o clamor da sociedade por tolerância zero a fim de evitar-se a impunidade.

Os juízes democratas sabem o valor de atentar para os fins sociais sem extrapolar os limites da lei. ◆