

ABORDAGEM CRÍTICA DO DIREITO ALTERNATIVO *

* publicado pela *Revista Forense*, 1994, vol. 327, p. 43/50.

FERNANDO FARIA MILLER

Advogado. Juiz de Direito aposentado, no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Campos-RJ.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Teorias sobre a gênese do direito. 2.1. Jusnaturalismo. 2.2. Positivismo Jurídico. 3. A proposta do Direito Alternativo. 4. O silogismo da sentença. 5. Crítica ao Direito Alternativo. 6. Rumo a um positivismo mitigado. Julgamento por equidade.

1.-INTRODUÇÃO

A questão começa pela seguinte indagação: quando o juiz depara-se com uma lei injusta, deve aplicá-la ou não? O juiz deve procurar fazer justiça, ou tem que se submeter ao império da lei?

Tarso Genro interroga: "Um juiz sul-africano, ao julgar uma ação judicial de um negro cujo pedido tem como obstáculo uma lei que sustenta o "apartheid", deve julgar contra a lei?"

E responde: "Sim, o Juiz neste caso deve julgar contra a lei porque o "apartheid" não tem qualquer sustentação ética ou moral, porque é anti-humano e carece de qualquer valor. Este Juiz, é evidente, estará julgando contra a lei e contra o Estado." ¹

Todos nós sabemos que, de acordo com aquela clássica divisão de Montesquieu, os poderes do Estado são três: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Ao Executivo, cabe a função administrativa; ao Legislativo, a tarefa de criar as leis, e ao Judiciário a missão de aplicá-las.

Pois bem. Se dentro dessa divisão de poderes, cabe ao Juiz a aplicação das leis, ele não pode, a princípio, julgar em desacordo com as normas ditadas pelo Estado, pois se o fizer estará substituindo a função do legislador.

Mas, se diante de um determinado caso, o juiz verificar que a aplicação da lei gerará uma injustiça? O que deverá fazer o julgador?

Afinal, é permitido ao juiz o exame da lei com critérios subjetivos, ou terá que submeter-se à vontade do legislador e simplesmente aplicar a norma, de forma objetiva, sem poder questioná-la?

Temos que considerar, de início, que a lei é uma norma genérica, abstrata, que não prevê casos particulares.

Adverte Kelsen que " com o termo *norma* quer-se significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira".

A lei é, na verdade, uma previsão do que pode acontecer. Diz o legislador: "se acontecer isso, se alguém agir dessa forma, a solução para o caso será

¹ TARSO FERNANDO GENRO, "Os Juizes contra a lei", na obra *Lições de Direito Alternativo*, Editora Acadêmica, São Paulo, 1991, página 17.

essa...". Trata-se de uma *norma pensada*, sobre algo vago, genérico, que ainda não aconteceu. E, se quando ocorrer o fato previsto na norma este contiver circunstâncias especiais? Ainda assim o juiz, na sentença, dará ao caso a solução prevista no comando legal?

A questão, como se vê, não é simples. Estamos diante de um tema polêmico e de difícil solução.

Em primeiro lugar, temos que considerar a distinção entre *lei* e *direito*.

2.- TEORIAS SOBRE A GÊNESE DO DIREITO.

Afinal, o que é o direito?

O direito não é apenas a lei. Esta é tão somente uma de suas fontes. Então concluímos que o direito pode estar fora da lei, ou mesmo acima dela.

É conhecida a frase de BUGNET: "eu não conheço o Direito Civil: só ensino o Código Napoleão."

Vive-se hoje, em nosso país, uma realidade diversa daquela em que foi editado o Código Civil, no ano de 1916.

Para exemplificar, observe-se a regra do art. 409 do aludido diploma: "Em falta de tutor nomeado pelos pais, incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: I- ao avô paterno, depois ao materno..." Ora, isto é um absurdo. É uma norma de cunho machista, hoje inaceitável, mesmo porque o mais importante não é definir se a criança ficará com o avô paterno ou o materno, mas o que será melhor para ela. O que deve orientar o juiz é o interesse da criança.

Roberto Lyra Filho chama inclusive a atenção para a distinção entre esses termos - lei e direito - e diz que no direito americano, ambos são designados por uma só palavra: LAW. Mas os próprios americanos e ingleses, para distinguirem uma coisa da outra, quando querem referir-se ao direito (e não à lei) dizem RIGHT.

Nos demais idiomas, os termos são distintos: No latim é *jus* e *lex*. Em espanhol é *derecho* e *ley*. Em italiano diz-se *diritto* e *legge*. Em francês é *droit* e *loi*, e assim por diante. ²

Mas, se o direito não é apenas a lei, então o que é o direito?

O professor MIGUEL REALE, em sua teoria tridimensional, observa que o direito é composto de três elementos: norma, valor e fato.

Assim, quando se examina o fato para verificar se ele se adapta à norma, necessário ter em conta o elemento valor. O direito carrega, pois, um componente axiológico.

E esse elemento "valor" desdobra-se em sete itens, pois como ensina MACHADO NETO "formam o plexo axiológico-jurídico um total de sete valores: ordem, poder, paz, segurança, solidariedade, cooperação e justiça." ³

Mas, o assunto é deveras polêmico e, no pensamento filosófico destacam-se, através dos tempos, duas teorias ou escolas que procuram definir o direito em sua gênese: o JUSNATURALISMO e o POSITIVISMO.

2.1)- JUSNATURALISMO

² LYRA FILHO, Roberto. *Direito e Lei. in O Direito Achado na Rua*. Brasília: Editora UnB, 1988, p. 35.

³ MACHADO NETO, A.L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1969, p. 75.

A teoria jusnaturalista funda-se no DIREITO NATURAL, que em sua primeira fase apresenta-se constituído por princípios gerais de conduta que teriam sido revelados por Deus, já que inerentes ao próprio homem e à própria natureza.

Tal concepção sobre o Direito remonta à época dos pensadores gregos Sócrates, Platão e Aristóteles, que pregam a existência de um direito natural, de uma justiça superior, de origem divina, eterna e imutável, que se sobrepõe às leis humanas.

Numa segunda fase têm relevo os estudos de HUGO GROCIÓ e o Direito Natural, com nova concepção, passa a derivar não de uma ordem divina, mas da razão humana. O direito é assim entendido como um conjunto de princípios racionais e permanentes que se projetam sobre a conduta dos homens e do Estado.

Observa o Prof. Benjamim de Oliveira Filho que na obra de GROTIUS tem-se "uma tentativa, ao menos, de instituir um direito natural independente ou destacado da vontade e da inteligência de Deus, repousando sobre a própria natureza sociável do homem".⁴

São princípios ditados pela razão e inspirados pela natureza e pela sociedade, que se apresentam imutáveis porque universalmente aceitos.

Destaca-se, posteriormente, o gênio de ROUSSEAU com a obra "O Contrato Social". Em seu "discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens", diz que no estado primitivo da natureza viviam os homens vida simples e boa. "Eis então quando se verificou o catastrófico acontecimento. O primeiro que cercou um terreno e declarou: "isto é meu", encontrando pessoas bastante simples para lhe dar crédito, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras e assassínios, quantas misérias e horrores não teriam sido poupados ao gênero humano por aquele que, arrancando as divisas, proclamasse a seus semelhantes: "Guardai-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se vos esquecerdes de que os frutos cabem a todos e a terra a ninguém pertence".⁵

Enfim, em sua concepção mais moderna, o jusnaturalismo representa um direito supra-legal, constituído por um sistema de princípios que deve servir de pressuposto para o direito positivo.

2.2)- POSITIVISMO JURÍDICO

Contrapõe-se à teoria jusnaturalista, entendendo que o direito é um conjunto de normas legais ditadas pelo Estado.

Constitui-se assim o direito num conjunto de dogmas, produzidos pelo Estado através de leis, e que sofrem naturalmente as mutações resultantes da evolução da vida em sociedade.

O direito, assim compreendido, identifica-se com a ordem estabelecida pelo Estado.

Nessa escola destaca-se o trabalho de HANS KELSEN, notável professor da Universidade de Viena, autor da *teoria pura do direito*. Como ele próprio diz, uma teoria "purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural".⁶

Na escola positivista prevalece, como se vê, o princípio da legalidade inclusive como pressuposto indispensável à segurança nas relações jurídicas.

⁴ OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Haddad Editor, 3ª edição, 1961, p. 161.

⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discours*, 2ª parte. Citado por Benjamim de Oliveira Filho. Ob. cit., 169.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Editora Armênio Machado, 1984.

3.- A PROPOSTA DE DIREITO ALTERNATIVO

A ideologia que se funda no "uso alternativo do Direito" surgiu em solo europeu e chegou até nós sob a inspiração das lições de ROBERTO LYRA FILHO, Professor da Universidade de Brasília, recentemente falecido.

De seus estudos resultou o movimento surgido no sul do país, encampado por um grupo de juízes gaúchos.

A idéia central dessa doutrina é a de que a LEI não esgota o DIREITO. Por isso o juiz deve assumir diante da lei uma postura crítica: se considerá-la injusta, deve deixar de aplicá-la.

Afinal de contas, a lei emana de quem? Do Estado, através de seu poder legislativo. Ocorre que a lei surge como produto da classe dominante. Quem faz a lei é quem está no poder. Por isso, a lei reflete o interesse da burguesia, em detrimento do proletariado.

E o que se tem feito ao longo da história? Aplicar-se a lei, mesmo sendo ela injusta. E advertem os seguidores dessa doutrina: os operadores do direito (advogados, juristas, magistrados) nada têm feito além de copiar modelos já fabricados de petições e de sentenças, sem que se assuma uma visão crítica diante da norma ditada pelo Estado.

O julgador, aplicando assim a lei, copia mas não cria. Fica à margem do processo criador do direito.

A doutrina do Direito Alternativo, também denominada de Direito Insurgente, combate os mitos da neutralidade da lei e da imparcialidade do juiz.

Afirma-se que a lei não é neutra, visto que oriunda do poder dominante. O legislador dita assim normas tendentes à manutenção do *status quo*.

Quanto ao juiz, segundo a ótica dessa doutrina, não pode ele ser imparcial, porquanto tem que apreciar subjetivamente os fatos e posicionar-se a favor de uma parte ou de outra.

A doutrina alternativista amplia os poderes do juiz, permitindo-lhe questionar a lei vigente.

A proposta dessa "alternatividade jurídica", em que se busca criar uma "teoria crítica do Direito", surge assim como instrumento de defesa da parte mais fraca na relação processual.

Observa Lédio Rosa de Andrade que "enquanto a cultura jurídica tradicional age para eternizar as instituições, a teoria crítica do Direito visa a transformar a sociedade, para edificar uma nova ordem, calcada em uma eqüitativa divisão de poder entre os cidadãos. Deseja um novo Direito, direcionado aos interesses da grande massa populacional, hoje banida das benesses da legislação, mas submetida às suas obrigações." ⁷

Trata-se de uma proposta inovadora no campo do Direito, de um movimento ousado, corajoso e revolucionário.

Um juiz gaúcho, Amilton Bueno de Carvalho, defensor do direito alternativo, disse o seguinte: "Na Faculdade de Direito ensinaram-me que o profissional capaz era aquele que mais conhecia a lei. No exercício da advocacia percebi que não bastava o conhecimento do direito positivo, necessário era saber o que pensavam os juízes, qual o caminho da jurisprudência. Ao assumir a magistratura, quando não mais tinha a responsabilidade ética de pedir bem, mas sim de decidir, descobri, em meio a angústia e sofrimento, que saber da lei e da jurisprudência não era suficiente. Os dispositivos legais ao serem aplicados, com freqüência, resultavam em decisões injustas. A jurisprudência, por comprometida com situações concretizadas, nem sempre chegava ao justo." ⁸

⁷ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Juiz Alternativo e o Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, p. 33.

⁸ CARVALHO, Hamilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. Porto Alegre: Editora Acadêmica. 1992, p. 13.

Segundo afirmam os adeptos dessa proposta, "a visão do Direito, como um mero sistema normativo, tem se revelado frustrante do ponto de vista da efetivação de seus fins mais nobres: a realização da justiça e a promoção da paz social." ⁹

O uso alternativo do direito parte assim desse estudo centrado na Sociologia Jurídica, valendo-se de concepções realmente válidas do ponto de vista filosófico, pois não se pode negar que a lei não esgota o Direito. Não se pode deixar de reconhecer a existência de princípios gerais que formam um Direito supra-legal, daí admitir-se, sem dúvida, a existência de normas jurídicas não-estatais e que devem servir para uma apreciação crítica da lei diante do caso concreto.

Entretanto, a proposta do Direito Alternativo não fica só nisso. O que se pretende é dar ao juiz o poder de julgar de forma totalmente subjetiva, fazendo do magistrado um defensor da classe oprimida. O juiz entra assim na luta de classes, perdendo a sua postura de imparcialidade.

É uma nova visão do Direito. O direito visto com ótica socialista.

A proposta consiste na aplicação de um "direito alternativo", supra-legal e comprometido com a justiça social, adotando assim uma concepção marxista do direito.

Segundo apregoam os adeptos desse novel movimento, o direito, construído com base no positivismo kelseniano, fica espremido dentro de um sistema legal, afastando-se dos valores sociais. Há, nessa ótica, um distanciamento entre a norma de conduta contida na lei e a realidade social.

A teoria alternativista, como se observa, repudia o dogmatismo no Direito. Afastando-se do pensamento dogmático, parte-se para um pensamento crítico acerca do Direito.

O juiz, segundo tal ideologia, como operador jurídico, não pode ser posto à margem do processo de criação do direito.

Por isso, alertando para que os estudiosos da ciência jurídica não se deixem levar pela "armadilha kelseniana", Roberto Lyra Filho dá a receita para um direito capaz de realizar a tão esperada justiça social: a concepção dialética, em que se estimula a reflexão sobre a problemática social, evitando-se aplicar leis injustas aos oprimidos.

Afirma o aludido mestre que: "A lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade, politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção." E acrescenta que não se pode admitir, de forma ingênua, "que toda legislação seja Direito autêntico, legítimo e indiscutível. Nesta última alternativa, nós nos deixaríamos embulhar nos pacotes legislativos, ditados pela simples conveniência do poder em exercício." ¹⁰

Enfim, sustentam os juristas "alternativos" que não se pode mais admitir que o juiz continue assumindo uma postura passiva diante da atual legislação porque esta constitui um Direito burguês, que defende os interesses da permanência do "status quo".

Amilton Bueno de Carvalho critica duramente a atual estrutura do Poder Judiciário e diz que:

" O magistrado vive em tormentosa angústia: como prestar jurisdição a milhares de pessoas? ...Ora, ante o insuportável volume de trabalho, a forma mais rápida do Juiz livrar-se dos processos é julgar mecanicamente. Ao invés de ter atividade criadora, crítica, transformadora, o excesso de trabalho faz com que, de maneira menos desgastante no plano físico, seja aplicado o saber consagrado, ou apenas a dita vontade do legislador ..."

⁹ FARIAS, Maria Eliane Menezes de. *Direito Achado na Rua*. Brasília: Editora UnB, 1988, p. 19.

¹⁰ LYRA FILHO, Roberto. *Direito e Lei*. Brasília: UnB, 1988, p. 36.

E acrescenta: "Evidentemente que o juiz não investigador do real conflito, não-criativo, não-contestador, interessa àqueles que são os donos da lei...O excessivo volume de trabalho carrega, pois, vantagem: o juiz continua conservador e acomodado." 11

Criticando o ensino jurídico no Brasil, dizem os adeptos da escola alternativa que é preciso que as Faculdades de Direito passem a se preocupar mais com a visão crítica do Direito. Não se pode admitir que as Faculdades limitem-se ao ensino do direito positivo, reduzidas a "escolas de legalidade".

José Eduardo Campos Faria, professor da USP, disse que "a ausência de raciocínio crítico e problematizante termina por esclerosar o conhecimento jurídico..., impedindo por completo sua adaptação às novas situações sociais." 12

4)- O SILOGISMO DA SENTENÇA

Sabe-se que ao prolatar a sentença, o juiz aplica a lei, que é uma norma genérica, a um caso concreto. Da sentença surge uma norma concretizada.

Ao se examinar a estrutura da sentença, costuma-se dizer, tradicionalmente, que essa operação lógica de concreção da norma corresponde a um silogismo.

O que é o silogismo? É a conclusão que se tira de duas proposições, chamadas premissas. Parte-se de uma premissa maior para uma premissa menor e aí chega-se a uma conclusão.

E é isto que acontece na sentença. O juiz parte da lei (premissa maior, porque é norma genérica) para o fato ou caso concreto (que é a premissa menor), daí chegando a conclusão, que é a parte dispositiva da sentença.

Exemplo dado por Ovídio Batista da Silva: Tomemos um preceito legal - o art. 1122 do C.Civil, que regula o contrato de compra e venda. Segundo tal norma dá-se a compra e venda quando um dos contratantes obriga-se a transferir o domínio da coisa e o outro a pagar-lhe o preço combinado. Esta é a lei (a norma genérica). Mas é tarefa do juiz verificar e decidir que o contrato celebrado entre Pedro e Antônio é uma compra e venda e que o comprador, que pagou o preço, tem direito ao bem. Então, neste caso, verifica-se que a norma do art. 1122 é a premissa maior, que diz que o comprador que paga o preço tem direito à coisa adquirida. Partindo daí para o fato de que Pedro (o comprador) pagou o preço - premissa menor - chega o juiz à uma conclusão lógica: cabe a Antônio o dever de entregar a coisa vendida. 13

Está aí, como se vê, a estrutura silogística da sentença. E contra ela insurge-se a escola do Direito Alternativo, por entender que esse esquema silogístico estéril aprisiona o juiz, reduzindo-o a um decodificador automático.

O processualista uruguaio EDUARDO COUTURE diz que "o juiz é um homem que se move dentro do Direito como o prisioneiro dentro de seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade. O Direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental no Direito não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem." 14

Procura então a doutrina alternativista inverter esse silogismo da sentença, buscando socorro na máxima latina *da mihi factum, dabo tibi jus*: dá-me o fato e te darei o direito.

11 CARVALHO, Hamilton Bueno de. Ob. cit., p. 65.

12 FARIA, José Eduardo Campos. *Positivismo X Jusnaturalismo*. Brasília:UnB, 1988, p. 25.

13 SILVA, Ovídio Batista da Silva. *Curso de Processo Civil*, vol I. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2ª ed., 1991, p. 338.

14 COUTURE, Eduardo. Citado por Nagib Slaib Filho. *Sentença Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 203.

Isto significa que o juiz, ao prolatar a sentença, não deve partir da norma para o fato, mas do fato para a norma, porque o caso concreto pode escapar à incidência do comando da lei, cabendo ao julgador, na busca da realização da justiça, tirar sua conclusão de forma mais subjetiva, não aprisionado por critérios objetivos.

5)- CRÍTICA AO DIREITO ALTERNATIVO

A proposta do uso alternativo do direito possui méritos inegáveis e precisa ser aproveitada para o aprimoramento da prestação jurisdicional, desde que podados os seus exageros.

Enfoquemos, então, as principais críticas que vêm sendo feitas a essa doutrina e que, a meu ver, procedem.

1)- Em primeiro lugar, é preciso expurgar desse movimento a sua indisfarçável finalidade de fazer do Judiciário um instrumento de luta de classes.

O movimento apresenta-se no cenário jurídico com as tintas fortes do socialismo, dando prevalência à ideologia política e assim retirando do Direito o seu aspecto de ciência normativa.

2)- O Juiz não pode substituir o legislador. Se a lei é injusta, é óbvio que se deve lutar para modificá-la, mas não pode o magistrado incumbir-se da tarefa criativa de normas de conduta.

Ao Poder Judiciário cabe o julgamento dos conflitos com base na ordem jurídica vigente, já que a prestação jurisdicional lhe é confiada em atenção à divisão tríplice dos poderes inspirada por Montesquieu.

3)- Não se pode admitir o fim da imparcialidade do Juiz. Pretende-se dar ao julgador um comprometimento prévio com uma das partes da relação processual.

Ressalte-se que a imparcialidade do juiz não significa, obviamente, que deva ele manter-se neutro à demanda, mesmo porque diante da moderna concepção publicista do processo, não pode mais o magistrado assumir uma postura passiva diante dos interesses em conflito. O que não se admite é que possa o juiz ter uma idéia preconcebida de julgar a favor de uma determinada classe social: a favor do rico ou do pobre.

E se o juiz depara-se com uma situação em que a justiça está do lado do patrão e não do empregado? Se, em determinada circunstância, a razão estiver com o dono do imóvel e não com o inquilino? Se a razão estiver com a instituição financeira e não com o comprador do automóvel? ...

4)- Atente-se também para o risco em se alargar demais os poderes do juiz. A doutrina do direito alternativo confere ao magistrado um livre-arbítrio perigoso e inaceitável, conduzindo ao que se tem chamado de ditadura do Poder Judiciário.

Imagine-se o perigo de se entregar ao juiz o livre arbítrio de emitir julgamentos de acordo com seus critérios subjetivos, comprometido com uma ideologia política, despindo-se da toga para empunhar a bandeira do proletariado...

5)- Esse exagerado subjetivismo da sentença traria como consequência natural a possibilidade de julgamentos contraditórios, visto que cada juiz poderia ter um posicionamento diferente e pessoal diante de situações idênticas. Isto, é óbvio, geraria insegurança nas relações jurídicas.

Assim, indo em busca do justo, sacrificar-se-ia a segurança. E, como sabemos, não apenas o valor justo, mas também o valor segurança, são tidos como pilares da ordem jurídica.

Neste sentido, tem-se a seguinte manifestação: "A postura recomendada pelo uso alternativo do direito segundo as bandeiras do jusnaturalismo, entendendo superada, em razão da definitiva argumentação expendida por Hans Kelsen, quando apreciou o dualismo entre o direito positivo e o direito natural, comparando tal

doutrina ao dualismo metafísico entre a realidade e a idéia platônica, convencendo-me de que tal doutrina não buscava explicar racionalmente a realidade, mas, ao contrário, aceitá-la ou rejeitá-la emocionalmente, o que, revestida do peso do poder empalmado pelo juiz, importa, inexoravelmente, admitir-se que, em busca do valor justo, fiquemos na dependência da apreciação subjetiva do Juiz, resultando, não raro, o sacrifício do valor segurança, que também compõe o plexo axiológico-jurídico do ordenamento jurídico." 15

6)- Na doutrina do Direito Alternativo há a negação do princípio do *due process of law*, ou seja, o "devido processo legal", conquista máxima do direito moderno, que se apresenta como garantia constitucional de um julgamento seguro.

E o que significa o *due process of law* ? Significa que ninguém pode ser atingido em qualquer bem ou direito (quer seja o direito de liberdade, o direito ao patrimônio ou qualquer bem jurídico tutelado) sem o devido processo legal, em que se respeite os princípios diretivos do processo, tais como: o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio do juiz natural, o princípio do contraditório e outros assegurados pela Constituição.

A doutrina em exame nega a importância do direito processual, valorizando apenas o direito material. Para que a parte (mais precisamente a parte tida como socialmente sacrificada) possa obter o bem da vida pretendido, pouco importa que sejam ou não seguidas as regras processuais, podendo-se desrespeitar prazos e desobedecer as normas diretivas da marcha processual.

A proposta alternativa passa por cima disso tudo em nome de uma pretensa justiça social.

Com tais exageros, a doutrina do Direito Alternativo apresenta-nos, a todas as luzes, um direito não factível.

O juiz, como todo ser humano, é passível de erros. Ele é falível. Ora, então como se atribuir ao juiz tamanha liberdade de apreciar subjetivamente um caso, sem que tenha ele que examiná-lo à luz de uma determinada norma legal?

Se é do juiz que se espera uma atuação equidistante dos interesses em jogo, que segurança podem ter as partes quando o juiz se desobriga do compromisso com a imparcialidade?

6).- RUMO A UM POSITIVISMO MITIGADO. JULGAMENTO POR EQUIDADE.

Mostrados os excessos desse novel movimento, postos a nu os exageros desse pensamento filosófico, cumpre agora que se faça uma reflexão sobre a importância dessa doutrina, buscando-se aproveitar o que ela tem de útil para a criação de um novo Direito.

É preciso colocar tempero nessa receita. É necessária uma posição intermediária, de equilíbrio, entre o jusnaturalismo e o positivismo, para que daí surja a aceitação de um positivismo jurídico mitigado.

Na verdade, não se pode mais aceitar o positivismo puro de Hans Kelsen.

O juiz não pode ser, como dizem os "alternativistas", um leguleio, ou seja, um mero aplicador das leis, um escravo da lei.

Atente-se para o que diz o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

¹⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Uma Abordagem Hermenêutica sobre o chamado Direito Alternativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 681, 1992, p. 278.

Outrossim, dispõe o art. 126 do CPC que no julgamento da lide cabe ao juiz "aplicar as normas legais: não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito".

Não se pode negar que muitas vezes é preciso que o juiz venha a se valer da equidade, de um direito supra-legal, para que possa fazer justiça em determinadas situações especiais.

Considere-se que a lei é feita para regular situações semelhantes, que se repetem. E justamente por isso não deve ser aplicada se o caso concreto reflete uma situação especial.

A lei só está apta a regular situações genéricas, não os casos especiais.

A questão, portanto, deve ser colocada da seguinte forma:

a)- Se o caso concreto situa-se dentro da normalidade, da generalidade, o juiz não pode deixar de aplicar a lei. Isto ocorre quando o fato submetido a julgamento apresenta condições genéricas que se subsumem na previsão legal.

b)- Se, todavia, o caso em exame reveste-se do caráter de especialidade, aí sim, pode e deve o juiz deixar de aplicar a lei e então criar com a sentença uma norma concreta que passa a regular aquela situação específica.

O caso concreto pode, portanto, apresentar-se aos olhos do juiz com o caráter de generalidade ou de especialidade.

A sentença, já se disse, expressa o sentimento do juiz. Esse "sentir" consistirá exatamente no questionamento em torno da generalidade ou da especialidade do caso concreto.

Quando o fato reveste-se de circunstâncias de tal modo especiais que o afastam do campo de incidência da norma genérica, aí aparece o confronto entre a lei e o justo. Neste caso, o julgador deixa de lado a lei para fazer justiça.

Vale aqui lembrar EDUARDO COUTURE: "Teu dever é lutar pelo direito. Mas, no dia que encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça." (4º Mandamento do Advogado).

Mas, frise-se bem que o juiz não pode considerar genericamente uma lei como injusta. Se assim o fizer, estará substituindo o legislador.

Esse prévio juízo axiológico da lei é que se me afigura incabível.

É aqui o ponto em que o Poder Judiciário estaria usurpando as funções do Poder Legislativo.

Entendo, assim, que tanto deve ser rejeitado o positivismo puro, como os exageros da doutrina alternativista. O mais racional, sem dúvida, será o uso de um positivismo mitigado, temperado pelo direito alternativo, que, no entanto, só se mostra factível diante dos casos que escapam à previsão da norma.

De todo o exposto, conclui-se que o juiz não deve aprisionar-se às regras do positivismo jurídico, cabendo-lhe inverter o silogismo da sentença e partir do fato para a norma, buscando sempre questionar se o caso concreto encontra-se ou não no campo de incidência da regra abstrata.

Não se perca de vista que o processo há de servir para o alcance do bem da vida a que tem direito a parte, não como óbice à sua realização. Cabe ao juiz, assim, velar pela garantia do acesso à justiça.

Anote-se o seguinte exemplo: Tendo ocorrido no Cartório o extravio de uma peça de contestação numa ação de despejo, o escrivão certificou o decurso do prazo de resposta "in albis" e fez os autos conclusos ao Juiz. Este, induzido em erro, prolatou a sentença, decretando o despejo com base na revelia. Após isso, "apareceu" a peça extraviada. O juiz já não poderia alterar a sentença. Veio o recurso, mas a apelação, neste caso, nos termos da atual legislação processual, só pode ser recebida com efeito devolutivo, não suspensivo. Todavia, considerando as circunstâncias especiais do caso em análise, o juiz deve deixar de aplicar a lei e receber o recurso com efeito suspensivo para que não se consuma a injustiça. Trata-se de julgamento por equidade.

Um outro exemplo, recolhido do meu cotidiano no exercício da judicatura: Ajuizada uma execução de título extrajudicial, o devedor ofereceu

embargos, alegando que assumira a dívida em jogo de cartas, tratando-se, pois, de obrigação natural, desprovida de vínculo jurídico. O Juiz, que me antecederia na Comarca, havia proferido julgamento antecipado, inadmitindo a produção de provas. Não houve recurso e, transitado em julgado a sentença, prosseguiu-se a execução. A penhora havia recaído sobre bem imóvel do devedor, ficando este como depositário. Ocorre que após a constrição judicial, o devedor vendeu o bem a terceiro, o que levou o credor a pedir sua prisão, como depositário infiel. A prisão pareceu-me injusta, porque entendi que injusta já tinha sido a sentença prolatada na ação de embargos. Resolvi então examinar a questão com um enfoque mais favorável ao devedor. E constatei que sua prisão não seria necessária, mesmo porque a compra e venda do imóvel, no caso, é válida. Tal alienação é ineficaz em relação ao credor, o que significa que o imóvel, embora agora pertença a terceiro, continua garantindo o juízo da execução. Trata-se da responsabilidade patrimonial indireta, ou, como diz Humberto Theodoro Júnior, da responsabilidade sem débito. E indaga-se: qual o fundamento da prisão do depositário infiel? Para que serve? Serve apenas como meio coercitivo para compelir o devedor a pagar a dívida. A prisão, no caso, não é pena, distinguindo-se da que é imposta em sede criminal. Então, se continua o imóvel garantindo o juízo da execução, não havendo prejuízo para o credor, não se justificaria a prisão, daí porque indeferi tal pedido.

Esta é ou não uma decisão justa, amoldada à especialidade do caso concreto? Evidentemente que sim, mas tomada com apoio na ordem jurídica vigente, sem o uso do "Direito Alternativo". Isso mostra que o juiz pode encontrar a solução justa sem afrontar a lei, mas dando a ela sua verdadeira dimensão diante de casos concretos de características especiais.

Posso ainda mencionar mais um exemplo: Uma administradora de consórcio propõe ação de busca e apreensão de veículo, convertida em ação de depósito, em razão da inadimplência do consorciado (contrato com cláusula de alienação fiduciária). Na contestação, o réu alega que deixou de pagar as prestações porque o veículo havia sido roubado, fato que não fora comunicado à autora. Em razão disso, esta desiste da ação, com que concorda o réu. Veja-se o que dispõe o art. 26 do CPC: "Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu."

Ora, no caso acima narrado, não se pode impor à autora o ônus da sucumbência, porque isso lhe seria injusto. Na verdade, a autora somente propôs a ação porque desconhecia fato que não lhe fora comunicado pelo réu. A omissão do réu é que deu causa à existência do processo. Pois bem. Cabe então ao juiz declarar extinto o processo, mas dispondo sobre o ônus da sucumbência de forma diversa da prevista no art. 26 do CPC. Mas como faria isso? Com base em que regra jurídica?

A solução que proponho deve ser buscada no alargamento do uso da equidade.

Veja-se, entretanto, que o entrave a essa maior liberdade, a ser concedida ao juiz no momento da decisão, está no disposto no art. 127 do CPC: "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei."

O legislador, como se vê, limitou a atuação do magistrado, pondo-lhe essas amarras. O julgamento por equidade é excepcional e somente se torna possível quando alguma lei expressamente o admite.

Então, nos exemplos acima apresentados, o juiz não poderia julgar com base na equidade? Teria que aplicar a lei, mesmo constatando que o caso especial posto em julgamento escapa ao modelo padronizado na norma genérica? A resposta afirmativa parece-me absurda.

Em consiste a equidade?

Diz o Prof. Hélio Tornaghi que ela "é a justiça iluminada pela razão, que lhe permite ver melhor as circunstâncias de cada caso".

E observa ainda que:

"Toda norma jurídica tende a generalizar-se. Ao fazê-lo despreza as particularidades de cada caso individual e concreto e já não se presta a uma justiça perfeita. Daí a necessidade de recorrer a algo que permita a justiça, em cada caso, ou

seja a equidade... Mas ao regular as relações entre os homens por meio de normas gerais, a lei leva em conta os grupos de casos que têm, entre si, um denominador comum e despreza as diferenças específicas. Por isso a justiça legal não atenta para os acidentes, mas apenas para o essencial. A equidade toma em consideração esses acidentes, isto é, as circunstâncias de cada caso. Ela não corrige o que é justo na lei e sim completa o que a justiça da lei não alcança."

E arremata: "A justiça traduzida em normas gerais e abstratas toma formas geométricas definidas, que nem sempre se acomodam à conformação real de cada caso. A norma geral é dura, é sólida, e os sólidos não se conformam aos recipientes."

Na verdade, a equidade "sem dissolver o Direito e, sobretudo, sem lhe cambiar a essência, torna-o pastoso e lhe permite amoldar-se a caso por caso." 16

Assim, parece-me que o caminho é conferir ao juiz maior liberdade para o julgamento por equidade, sem que isso importe em arbítrio.

Para tanto, o artigo 127 do CPC passaria a ter nova redação, que poderia ser a seguinte: "O juiz só decidirá por equidade nos casos que, em razão de suas peculiaridades, estiverem comprovadamente afastados do modelo legal".

Com isso, sem afrontar o ordenamento jurídico, teria o juiz condições de movimentar-se com maior desenvoltura no espaço delimitado pela norma jurídica, utilizando-se da equidade sempre que encontre um caso especial que não se amolde ao padrão previsto pelo legislador.

Cumpra ao juiz envidar esforços para a efetividade do processo, ou seja, para que o processo se mostre como meio eficaz de solução dos conflitos de interesses e como instrumento de pacificação social. 17

Cabe, portanto, ao julgador assumir uma postura mais ativa na condução do processo, determinando provas mesmo não requeridas pelas partes, não se contentando com a verdade formal, já que o mito da neutralidade do juiz fica afastado dentro da moderna concepção publicista do processo.

O processo não pode mais ser visto como mero instrumento de que se valem as partes para o alcance do direito material, mas como instrumento da jurisdição, em que o juiz deixa sua postura de mero expectador para posicionar-se como paladino da justiça.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Lédio Rosa - *Juiz Alternativo e Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1992.

¹⁶ TORNAGUI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2ª edição. vol I, 1976, p. 34-35.

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo. 2ª edição. Editora Fossense Universitária, 1990.

- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*, tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Uma abordagem hermenêutica sobre o chamado Direito Alternativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 681, 1992.
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Positivismo X Jusnaturalismo: Um falso dilema*, "O Direito Achado na Rua". Brasília: Ed. UnB, 1988.
- FARIAS, Maria Eliane Menezes. *As Ideologias e o Direito.*—"O Direito Achado na Rua". Brasília:, Editora Unb, 1988.
- GENRO, Fernando Tarso. *Os Juízes contra a lei*, in *Lições de Direito Alternativo*, São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processua*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2ª edição,1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Editora Armênio Machado, 1984.
- LYRA FILHO, Roberto. *Direito e Lei*. "O Direito Achado na Rua". Brasília: Editora UnB, 1988.
- MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de Introdução À Ciência do Direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1969.
- OLIVEIRA FILHO, Benjamim. *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Haddad Editor,1961.
- SLAIB FILHO, Nagib. *Sentença Cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SILVA, Ovídio Baptista - *Curso de Processo Civil*, vol I, Sérgio A. Fabris Editor. Porto Alegre: 2ª ed., 1991.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense,1986.
- TORNAGUI, Hélio. *Comentários ao C. de Processo Civil*. vol. I. São Paulo: Ed.RT, 1976.
-