

Em torno do direito alternativo

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

S U M Á R I O

1. Introdução. 2. Direito livre, escola histórica ou direito natural? 3. A legalidade democrática. 4. A imparcialidade. 5. Conclusão.

1. *Introdução*

Gosto de começar muitas vezes citando a expressão completa de Aristóteles, contida na *Política* (livro I, capítulo I):

"É evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social. Como costumamos dizer, a natureza nada faz sem um propósito, o homem é o único entre os animais que tem o dom da fala. Na verdade, a simples voz pode indicar a dor e o prazer, e outros animais a possuem (sua natureza foi desenvolvida somente até o ponto de ter sensações do que é doloroso ou agradável e externá-las entre si), mas a fala tem a finalidade de indicar o conveniente e o nocivo, e portanto também o justo e o injusto; a característica específica do homem em comparação com os outros animais é que somente ele tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e de outras qualidades morais, e é a comunidade de seres com tal sentimento que constitui a família e a cidade."¹

Como se vê, à qualidade social do homem está ligada sua capacidade de falar: por con-

José Reinaldo de Lima Lopes é professor da Faculdade de Direito da USP; pesquisador do Cediso (Centro de Estudos Direito e Sociedade).

¹ ARISTÓTELES. *Política*. I, 1253a. (na trad. de Mário da Gama Cury). Brasília: UnB, 1988, p. 15.

seqüência, sua capacidade de mentir e, daí, a de ser livre. Por isto mesmo, a discussão, a comunicação e a busca do discurso capaz de convencer e de dizer a verdade são tão essenciais. Impensável a vida humana sem os problemas que lhe são próprios pelo simples fato de verdade, veracidade e sinceridade serem apenas possíveis, mas não necessárias. Mais ainda: impensável uma sociedade, uma vida em comum, em que o pressuposto seja o de que todos mentem e devam mentir. Consta-se que todos mentem, ou podem mentir, mas tem-se como regra (como ideal) que não se deve mentir. Um discurso sobre a verdade e a mentira não é o propósito deste comentário. É, no entanto, um esclarecimento prévio e necessário e deve ser compreendido na seguinte linha: a verdade convence, a verdade se demonstra e demonstrada a inverdade (como engano, erro) de uma tese, ela deve ser abandonada pelos homens de boa-fé. Claro está que a demonstração racional de uma verdade não conduz necessariamente à adesão do interlocutor a uma prática nova.

Para citar outro clássico, moderno, cuja reflexão é esclarecedora da dialética do individual e do social, vale a pena reler Fichte:

"O homem (assim como todo ser finito em geral) só se torna homem entre os homens; e não pode ser outra coisa senão homem, e verdadeiramente não o seria, se não fosse assim – se deve haver homens em geral, é necessário que sejam vários. Não se trata de uma opinião admitida arbitrariamente, baseada na experiência havida até hoje, ou sobre outros fundamentos verossímeis, senão que é uma verdade que se estabelece estritamente a partir do conceito de homem. Na medida em que se determina perfeitamente este conceito, somos levados, a partir do pensamento de um indivíduo, a aceitar um segundo para poder explicar o primeiro. Assim, pois, o conceito de homem não é realmente o conceito de um indivíduo, visto que é algo impensável, mas o de um gênero".²

Este trecho de Fichte servirá de base para esclarecermos um ponto fundamental na antropologia de base de um direito alternativo sério, contraposta a uma antropologia de base de um direito conformista e pouco profundo, que em geral se difunde como "o direito".

Pesam sobre o movimento do direito alternativo no Brasil algumas definições, dadas por seus opositores em geral, que merecem nossa atenção pelo debate teórico que suscitam e, pois, pelas implicações práticas que evidentemente trazem. Uma diz que o direito alternativo nada mais é do que uma recuperação tardia da escola histórica, ou da escola do direito livre. Outra afirma que o direito alternativo põe em risco o fundamento do Estado democrático, ao praticamente

² FICHTE, J. G., apud Luc Ferry, *Filosofia política*, v. 1; México: Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 130. Neste mesmo ponto, vale lembrar o precioso comentário de Ortega y Gasset, sobre nossa teoria social, de fundo individualista e contratualista. Ela determina uma série de confusões, que estão na base das duas antropologias opostas, do direito tradicional e do direito alternativo:

"Um dos mais graves erros do pensamento moderno, cujos efeitos ainda sentimos, foi confundir a sociedade com a associação, que é, aproximadamente, o contrário daquela. Uma sociedade não se constitui por acordo das vontades. Ao contrário, todo acordo de vontades pressupõe a existência de uma sociedade, de pessoas que convivem, e o acordo só pode consistir em definir uma ou outra forma dessa convivência, dessa sociedade preexistente. A idéia da sociedade como união contratual, portanto jurídica, é a mais insensata tentativa já feita de se colocar o carro na frente dos bois. (...) Querer que o direito seja as relações entre seres que não vivem previamente em efetiva sociedade parece-me – e perdoe-me a insolência – uma idéia bastante confusa e ridícula do que é o direito. (...) Boa parte da perturbação atual provém da incongruência entre a perfeição de nossas idéias sobre os fenômenos físicos e o atraso escandaloso das "ciências morais". O ministro, o professor, o físico ilustre e o novelista costumam ter dessas coisas conceitos dignos de um barbeiro suburbano. Não é perfeitamente natural que seja o barbeiro suburbano quem dê o tom ao tempo?" (Ortega y Gasset, *A rebelião das massas*, trad. de Marylene Pinto Michael; São Paulo: Martins Fontes, 1987)

abolir o princípio da legalidade. Outra diz respeito à parcialidade dos adeptos do direito alternativo. A partir de tais afirmações, será necessário esclarecer muita coisa.

2. *Direito livre, escola histórica ou direito natural?*

Seria necessário fazer algumas ressalvas. A jurisprudência livre e o romantismo da escola histórica de Savigny não estão na linha dos precedentes do direito alternativo tanto quanto posso imaginar. Creio que precedentes do direito alternativo podem ser encontrados sobretudo em algumas vertentes das escolas do direito natural. Ora, nossos códigos de direito privado são produto – indiretos talvez – da escola do direito natural moderno racionalista, deitando raízes, por exemplo, nos esforços de Pufendorf. Mas não apenas o nosso direito privado: também nosso direito público tem raízes no jusnaturalismo moderno. Assim, não se poderia dizer que o jusnaturalismo leva ao fascismo; bem ao contrário, muitas foram as resistências ao fascismo advindas do jusnaturalismo e justamente porque os jusnaturalistas não aceitavam a legitimidade do ordenamento nazista ou fascista em si mesmos; é um positivista, como Kelsen, quem dirá que o direito nazista é direito vigente. Assim, como toda generalização histórica é perigosa, muito perigoso é acusar o direito alternativo de ser uma semente de autoritarismo pura e simplesmente. Claro está que, sob o pretexto de julgar na forma de um direito alternativo, pode-se chegar a resultados autoritários, sobretudo quando o Judiciário não se submete a nenhum controle externo, e sim apenas à lei. Mas, dizendo com Riobaldo Tatarana, *viver é muito perigoso*, e nada afasta os perigos na vida.

O direito alternativo, creio eu, distingue-se da escola histórica e da jurisprudência livre, por alguns traços concretos muito importantes. Em tese de doutorado expus algumas destas questões, tratando das diferenças entre a obra de Ehrlich e Renner (*Direito e mudança social*, 1991). O primeiro destes traços, e mais relevante, é justamente sua inserção política. O romantismo pretendia uma espécie de conservação de uma ordem antiga

e tradicional contra a nova ordem, burguesa e moderna. A modernidade imposta pelos códigos era combatida com a sabedoria da tradição. Ora, o direito alternativo, concretamente no Brasil, não é bem a defesa de uma ordem tradicional contra uma ordem moderna. Olhando nossa realidade social e econômica, creio que muito do que se chama de direito alternativo é bem o contrário: é o apoio a avanços, a modernização das relações sociais contra um coronelismo e caciquismo político, econômico e social que vigora no Brasil de maneira informal, mas real. Evidentemente, sob o nome de direito alternativo encontram-se hoje muitas correntes: algumas levando a sério a modernidade para lançar-se a uma pós-modernidade como resistência, outras parecendo mais apelar para a pré-modernidade. Distinção, aliás, que pode ser vista também no discurso conservador: os temerosos da modernidade democrática, apreciadores da modernidade do mercado e do Estado-polícia, coisa velha e ineficaz.

O jusnaturalismo, que julgo estar na matriz do direito alternativo, não é irracional: ao contrário, seja na sua versão clássica, na sua versão tomista, na sua versão moderna, o apelo dos jusnaturalistas sempre foi à racionalidade e à razão humana. Esta, com todas as suas diferenças nas diversas escolas, era alçada ao grau de instância crítica do dever de obedecer. Naturalmente, no Estado moderno e contemporâneo algo precisa ser desatado e salvo.

É que, se, na teoria jusnaturalista do direito, o dever de obedecer é temperado pela crítica racional da ordem, a lei é uma expressão racional do bem comum. Uma lei que não conduz ao bem comum, que não tem sentido universal, é desqualificada como lei. Ora, o problema bem levantado é que este julgamento não pode ser feito por um juiz singularmente e nem pode ser feito por critérios emocionais. Ensinava Santo Tomás que a virtude da justiça é intelectual, diz respeito a julgar retamente, não diz respeito aos apetites (*Suma*, II, IIae, quaestio LVIII, art. IX). E isto tem muito de verdade. E por isso mesmo nos conduz a um tema da maior importância: o Parlamento detém a representação popular,

enquanto o Judiciário, não. O Parlamento está sujeito ao controle da vontade popular, é democrático como organização. O Judiciário, não. O Judiciário não detém soberania fundada diretamente na representação popular, não é controlado por ninguém, não presta contas ao povo. Em outras palavras, seu poder de julgar vem da Assembléia Constituinte, vem por delegação constitucional e legal, não por representação popular. Assim, sua legitimidade para julgar está exclusivamente assentada na sua conformidade com as leis. Ou o julgador faz uma demonstração racional, tomando como ponto de partida o direito positivo, ou perde totalmente a sua legitimidade para decidir. A questão, porém, é que, tendo o mesmo ponto de partida, ou seja, o direito positivo, as soluções podem ser muito diversas. Se assim não fosse, não haveria necessidade de recursos, de tribunais compostos por vários juízes, ou todos os outros mecanismos que tradicionalmente conhecemos para assegurar a diversidade de entendimentos e a possibilidade de mudanças de interpretação judicial. Outro aspecto importantíssimo a destacar: todos os argumentos técnico-jurídicos podem servir a duas decisões diversas, a de primeira instância num sentido, a de segundo grau noutro.

Além disso, é preciso considerar duas linhas de abordagem do direito presentes na Escola Histórica e que são refutadas pelo direito alternativo. Uma, de difícil interpretação, é o *voluntarismo* jurídico. A segunda, o *individualismo*, que toma como elemento articulador de toda a doutrina jurídica o conceito de direito subjetivo individual e como seu protótipo mais perfeito o direito de propriedade.³ Ora, estes dois elementos são em geral questionados pelo direito alternativo: o voluntarismo é colocado em questão na sua vertente positivista (o direito como expressão da vontade do Estado, ou da maioria, ou do mais forte). O individualismo é colocado em questão pela inversão das hierarquias nos julgamentos: a vida, não a propriedade, é o primeiro *direito subjetivo*. É a vida, ao contrário da propriedade, não pode ser objeto de disponibilidade. Este traço, pode-se dizer, também não é novo. Certo, sua novidade não consiste no uso das palavras, que aliás não se

trocam na história, como se troca de roupa.⁴ Sua novidade consiste no uso da tradição moderna, revolucionária e liberal para expandir igualdade e liberdade na vida jurídica. Dito de outra maneira, a novidade do direito alternativo consiste em retomar a questão da sociabilidade e da igualdade, como condições de vida jurídica (na tradição kantiana, por exemplo), sem abrir mão da liberdade. Não é por acaso que direito alternativo e redemocratização têm andado juntos em toda parte. Pensar o contrário é assumir que a democracia moderna, ao contrário do que disseram alguns de seus mais célebres pioneiros, deve se contentar com a disjuntiva: ou igualdade ou liberdade. Este dilema é o que se torna presente, de modo novo, pois novas são nossas circunstâncias, no debate proposto e iniciado não pelos neo-liberais, mas pelo direito alternativo. E não por iniciativa dos juízes, mas por pressão de grupos de cidadãos que se dispõem a superar, valendo-se de meios jurídicos conhecidos, as relações de poder antigas mantidas no Brasil.

3. A legalidade democrática

A questão leva-nos a um ponto crucial: se o Judiciário deseja manter-se, na explosiva sociedade brasileira, com legitimidade para julgar, é preciso que também se abra para ser "julgado". Um contato com as populações carentes do Brasil, que somam aproximadamente 60% dos cidadãos, mostra que o Judiciário atravessa uma crise de legitimidade. Duas palavras-chave se encontram na boca de todos: medo e impunidade. A população está atemorizada com a violência, e está escandalizada com o grau de impunidade a que chegamos. São centenas, milhares de pessoas mortas por violência policial, ou de grupos armados nas periferias das cidades.

³ Para uma discussão mais longa a respeito do tema, ver Jesus Ballesteros, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*; Madrid: Tecnos, 1990.

⁴ Cf. Marc Bloch, *Introducción a la Historia*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 31:

"Para desesperación de los historiadores, los hombres no tienen el hábito de cambiar de vocabulario cada vez que cambian de costumbres."

São raríssimos os casos que vão a julgamento e são condenados. Qual a espécie de prestação de contas a que se submete a Administração da Justiça? Que espécie de esforço sobre-humano se exige da população para ver os casos julgados? E aqui, é bem de ver, não podemos pensar no juiz individualmente, mas no aparelho judiciário como um todo, em funcionamento, o que vale dizer: cartórios, polícia judiciária, promotorias de justiça etc. Quais têm sido as providências, que podem ser cobradas pelos cidadãos, tomadas pelo Judiciário, de iniciativa própria em várias esferas, para melhorar a Administração da Justiça, para torná-la acessível e transparente aos cidadãos organizados?

Têm razão, pois, os que se preocupam com a legalidade: se o Judiciário se legitima pelo cumprimento da lei, todo fundamento de justiça deve ser demonstrado como forma de justiça legal. Mas a justiça legal é, também, justiça constitucional e, pois, justiça política.

A questão que surge, neste momento, é a seguinte: se o direito alternativo está mais na linha de tradição do Direito Natural do que da Escola Histórica, esta tradição jusnaturalista não é contrária ao cumprimento das leis? Ela não pretende a revogação da lei pela consciência do seu intérprete? Nem tanto. Aqui vale lembrar dois exemplos clássicos de duas tradições jusnaturalistas diversas. Em primeiro lugar, lembro Santo Tomás de Aquino. Na *Suma Teológica* (II, IIae, quaestio LX (De Iudicio), art. V) aparece o problema: "Videtur quod non sit semper secundum leges scriptas iudicandum" (Parece que não devemos sempre julgar de acordo com as leis escritas). A resposta vai na linha da defesa da interpretação benigna das leis, sua interpretação pela sua finalidade: uma lei escrita não pode contrariar o direito natural, caso em que não é lei, por ser injusta; ou, uma lei justa pode não resolver adequadamente um caso particular. Em ambos os casos, o intérprete não revoga a lei: apenas desenvolve um juízo, segundo Santo Agostinho (citado por Santo Tomás), que julga não *da lei*, mas *pela lei*. A questão é complexa, e este sumário não dá conta de toda sua complexidade. Mas vemos que um jusnaturalista de vertente conteudística, como Santo Tomás, não descarta o tema de legalidade.

Outro exemplo, este já moderno e, pois, mais procedimentalista, é o de John Locke. Na sua *Carta a respeito da tolerância*, afirma que a autoridade da lei tem que ser salva, mesmo que contrarie a consciência do indivíduo particular, "porque o julgamento particular de qualquer pessoa, com relação à lei, promulgada em assuntos políticos, visando ao bem público, não suprime a obrigação à mesma, nem merece dispensa" (São Paulo: Ibrasa, 1964, p. 49). Assim, mesmo um jusnaturalista moderno, racionalista e procedimentalista considera a legalidade como medida de justiça. O que talvez nos falte, hoje, é a discussão da própria legalidade em que vivemos, discussão que pode e deve começar pelos grandes princípios constitucionais, fonte de toda legalidade entre nós. E entre eles, a justiça social não é um princípio inferior ou secundário.

Voltando à questão levantada, creio, portanto, que a rediscussão dos fundamentos e precedentes do direito alternativo é da maior importância. E creio que ela deverá levar a uma rediscussão dos fundamentos da teoria do direito como um todo. Neste sentido, não será mais o caso de falar da jurisprudência romântica ou da simples inadequação dos códigos aos fatos (*Leitmotiv* da escola do direito livre). Será a vez de propor a discussão racional do fundamento do direito e, do que é direito, ou seja, do que pode ser invocado como regra de decisão. Tem razão Luciano de Oliveira ao distinguir direitos políticos de direitos sociais, não em função de sua importância, mas de suas diferentes regras de funcionamento.⁵ Isto não se fará sem um amplo debate a respeito das condições reais do Brasil: do papel do Estado, da situação econômica e social do seu povo, das grandes transformações que todos esperam há mais de um século neste País de descendentes de escravo.

⁵ Para uma contribuição extraordinária a este debate, podemos invocar os autores que hoje discutem a filosofia moral e o próprio direito. Mais do que a teoria liberal de Rawls, creio que têm importância fundamental Karl-Otto Apel (*Teoría de la verdad y ética del discurso*; Barcelona: Paidós, 1991) e muito especialmente (erabóra divirjam entre si) Antoni Domenech (*De la ética a* (Continua)

O direito alternativo tem a sua novidade, mas, como tudo na História, e tudo o que é sério, sua novidade não é novidadeira, não é a moda. Dentro em pouco a expressão *direito alternativo* estará tão gasta e usada que todos a usarão e todos se aplicarão a mesma. Ora, a História é feita de continuidades e longa duração, como nos ensinou Fernand Braudel e toda a *Nouvelle Histoire*: o direito alternativo tem seus antecedentes e se assenta na tradição ocidental de luta pela justiça, pela liberdade, pela igualdade. Sua novidade deve-se ao seu contexto, deve-se ao fôlego daqueles que abandonam o conformismo com o *status quo*, outra linha de tradição de nosso direito.

4. A imparcialidade

A segunda linha de objeções que se fazem é de que o direito alternativo não é consistente. Esta consistência, parece, está na sua *parcialidade* e no relativismo, que permite ao juiz escolher a lei que deseja aplicar.

Quanto à escolha da lei a ser aplicada, a questão está respondida pela própria existência de mecanismos de recursos e tribunais de apelação. Se não houvesse a possibilidade de, no *campo legislativo* do Estado contemporâneo, escolher duas leis que estão em vigor e são antinômicas, não haveria necessidade de revisões de julgados por meio de recursos. Se não houvesse a possibilidade de interpretações divergentes das mesmas leis, não haveria necessidade de recursos, sobretudo se considerarmos que na sociedade contemporânea não há um cimento ideológico e cultural hegemônico e unívoco. Se não houvesse possibilidade de enganos quanto à apreciação de fatos e provas, não haveria necessidade de recursos. Assim, o relativismo não é uma novidade dos *alternativos*. O sistema legal mesmo o reco-

(Continuação da nota 5)

la política - de la razón erótica a la razón inerte; Barcelona: Crítica, 1989) é o já clássico Alasdair MacIntyre (*After virtue*; Notre Dame: Univ. of Notre Dame Press, 1984); em português foi editado recentemente seu *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991). Indispensável também Franz Hinkelamert (*Crítica à razão utópica*; São Paulo: Paulinas, 1986). Entre nós existe a reflexão importante de Luciano de Oliveira num *paper* chamado "Ilegalidade e direito alternativo: notas para se evitar alguns equívocos", preparado em Recife para a Fundação Joaquim Nabuco.

nhece e o leva a sério. Afinal, a coisa julgada é o instrumento para pôr fim ao relativismo, que de outra maneira é sem limites. A coisa julgada faz do branco preto, diz-se no foro. Claro que a coisa julgada faz-se com a autoridade, não com a verdade: os tribunais superiores definem porque são tribunais, não porque são mais aptos a descobrir a verdade. *Autoritas facit legem non veritas*. E o juiz, também ele, decide não por ser mais sábio, mas por ser autoridade. As partes não escolhem um juiz porque sabem de sua capacidade e prudência: a ele recorrem porque tem autoridade.⁶ A discussão com o direito alternativo torna-se claramente uma discussão em torno da autoridade. Uma autoridade fundada na lei (na vontade expressa na lei), ou uma autoridade fundada na verdade (na justiça do caso concreto)? Esta discussão é da maior importância em nosso contexto. É que desde há muito deixamos de levar a sério a possibilidade de a discussão da justiça (e pois da verdade da ação) ser definida em termos racionais. Em geral somos dominados pelo emotivismo ético. E não é sem boas razões históricas que se abandonou a discussão da verdade: a intolerância das guerras de religião foi evento determinante para que se colocassem as convicções sobre verdade e justiça dentro da esfera psicológica individual, de foro interno, à moda da *devotio* moderna. Assim, discussões em torno da verdade e da justiça, para o homem comum do século XX,

⁶ Esta é uma diferença essencial, como se sabe, entre o juízo arbitral e o judicial/estatal. No segundo, vigora a regra do *juiz natural*, enquanto no primeiro as qualidades pessoais do árbitro são da maior importância e existe liberdade de sua escolha pelas partes. A importância da arbitragem é cada vez maior. Tanto assim, que para alguns, como creio ser o caso de José Eduardo Faria, uma das alterações fundamentais nos processos de resolução de conflitos na sociedade brasileira é o exercício, por diversas instituições estatais ou não-governamentais, do papel de árbitro. Na Universidade de São Paulo, foram criadas diversas disciplinas, nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, relativas aos mecanismos de solução de conflito no direito internacional. Tenho debatido algumas dessas questões com o professor Guido Fernando da Silva Soares, e creio que, da tradição de um direito internacional em que nunca se formou um soberano/Estado, temos muito a aprender, inclusive no que diz respeito aos diversos institutos: mediação, bons ofícios, conciliação e arbitragem.

educado no irracionalismo moral, parecem absurdas. E no entanto, lançado um olhar sobre nossa realidade, é evidente que o abandono da discussão não levou ao reino de paz previsto pelos iluministas do século das luzes. Ditaduras, guerras, opressão econômica, colonialismos, trocas internacionais injustas, marginalização cultural, étnica, sexual, tudo isto convive com nosso abandono da discussão racional em torno da Justiça.

Num segundo nível, basta-nos citar um jurista contemporâneo da mais clara convicção democrática e do maior respeito ao princípio da legalidade: Norberto Bobbio. A integração e a interpretação das normas inevitavelmente dão alguma liberdade ao julgador.⁷ Tenho insistido, diversas vezes, em que sob o nome de *direito alternativo* encontramos novos critérios de interpretação. E tenho insistido em que tais critérios sejam cada vez mais esclarecidos, expostos e levados a seu limite, de modo a não conduzir a lamentáveis equívocos. Nesse sentido, algumas das objeções levantadas são da maior importância. Sua resposta depende, porém, de inserir com clareza o problema da decisão individual de casos concretos num Estado e numa sociedade que não têm sido capazes de

⁷ "Duas normas incompatíveis do mesmo nível e contemporâneas são ambas válidas. Não podem ser, ao mesmo tempo, ambas eficazes, no sentido de que a aplicação de uma ao caso concreto exclui aplicação da outra; mas são ambas válidas, no sentido de que, apesar de seu conflito, ambas continuam a existir no sistema, e não há remédio para sua eliminação (além, é claro, da ab-rogação legislativa). A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para justiça do ordenamento." (Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*; Brasília: Ed. UnB, 1989, p. 113.) (grifos no original).

Por seu turno, Hans Kelsen ressalta:

"A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação correta. Isso é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica." (*Teoria pura do direito*; Coimbra: Armenio Amado Ed., 1979, p. 472).

Poderia ser discutida a afirmação de Kelsen, no que tem de ceticismo e de emotivismo em relação ao fundamento ético do direito, mas sua honestidade e coerência, claramente, se definem nestas frases finais de sua obra.

elaborar políticas públicas de redistribuição dos benefícios do crescimento econômico (numa visão *conservadora*), ou de instituição de mecanismos de controle e apropriação democráticos do mesmo desenvolvimento (numa visão *progressista*). Este contexto social concreto leva a um esgotamento do modelo tradicional de decisão, uma vez que os casos julgados no foro apresentam-se, para uns como casos isolados, para outros como casos exemplares de situações de amplas parcelas dos cidadãos.

Mas a questão que merece comentário é relativa à imparcialidade do juiz. Nesse sentido, muito precisamos aprender. Claro que se um juiz se vê diante de um caso singular e deste caso não percebe suas dimensões reais, fará dos princípios contidos em nossas leis instrumentos de opressão e não instrumentos de defesa das partes. Assim, por exemplo: o Brasil não é uma república no sentido democrático-político do termo. E não é porque não nos organizamos com base nos direitos dos cidadãos, mas com base nos privilégios. Nossa organização jurídica é uma colcha de privilégios e nosso Judiciário corre o risco de, aplicando tais coisas, fazer apenas aumentar estes privilégios. Já comentamos acima o caso das violências a que se submete a população indefesa. Comentemos o caso dos posseiros. Vistos como grupo social, como classe, os posseiros são excluídos de nosso regime jurídico, são marginais. Contra eles, como detentores de privilégios, de leis particulares, estão os senhores das terras brasileiras. Será que os juízes, ao se confrontarem com questões e conflitos de terra, dão-se conta de que a aplicação do art. 125, I, do CPC exige, de sua parte, tratamento diferenciado para as duas partes? Ou seja, será que para dar tratamento igual a partes desiguais, o juiz não será obrigado a interferir de maneira ativa? Será que para julgar com imparcialidade, não terá que visitar a área de confronto, será que não deverá requisitar gratuitamente peritos pelo menos tão gabaritados e competentes para os peões quanto aqueles que serão contratados por honorários régios pelos detentores de poder econômico? Será que ao determinar os honorários de peritos estará fazendo justiça às duas partes, ou já de início

impossibilitando uma das partes de se valer da Justiça? Não se diga que isto nada tem a ver com a função jurisdicional. Tem, e muito, uma vez que foram sucessivas reformas de nosso ordenamento jurídico positivo que deram aos juízes uma função de zelar pela igualdade de tratamento das partes, pela busca da verdade real etc. Assim, é importante não confundir a imparcialidade do juiz, que é sua prontidão para ouvir e ponderar seriamente (inclusive para descartar, na motivação de sua sentença) os argumentos de ambas as partes, com a sua inércia, ou passividade ou acomodação a um ideário liberal de defesa da propriedade privada contra tudo e contra todos, como valor maior a ser protegido pela ordem jurídica. Parece que uma das vertentes do direito alternativo está na direção de rompimento com esta passividade, mais do que na perda de sua imparcialidade.

E, no entanto, a perda da imparcialidade é um risco, sem dúvida. Risco, naturalmente, que não está apenas nos defensores do direito alternativo. Vejamos que inúmeros casos relatados por centenas de centros de defesa de direitos humanos pelo Brasil afora dão-nos conta da parcialidade de diversos julgados: decisões relativas a posse de terras dadas em liminares (que são sempre uma forma de suspender o contraditório, quando as liminares são dadas sem a oitiva da parte contrária), absolvição de mandantes de crimes, demora na solução dos casos. A demora, aliás, é vista como uma forma de parcialidade: muitas vezes ação possessória é iniciada e tem por autor uma empresa, uma usina, uma fábrica, e por réus posseiros pobres. Nestes casos, queixam-se inúmeros advogados e réus, a celeridade do processo é grande. Naturalmente a celeridade pode dever-se a várias coisas: recursos de locomoção fácil para o advogado, o oficial de justiça, ou facilidade de obter documentos e certidões junto a órgãos estatais (um instituto de terras), ou até – por que não? – a facilidade para forjar provas, ameaçar testemunhas e partes etc. Além disso, contam os autores nestes casos, e isto é grave, com a ideologia da propriedade privada que significa mais ou menos a desconsideração sistemática do aspecto jurídico da posse. Dito de outro modo, a alega-

ção de propriedade impede que a questão seja colocada nos seus termos próprios, visto que a disputa pela posse é, até certo ponto, independente da disputa pela propriedade.⁸ Assim, para uma parte considerável da população e dos cidadãos, o julgamento aparentemente na estrita legalidade é fonte de verdadeira parcialidade.

Claro está, pois, que o risco de parcialidade hoje está simultaneamente no lado de uma autodenominada estrita legalidade, visto que esta tem correspondido muitas vezes (não sempre) a um conformismo com a incapacidade de impor regras democráticas na sociedade brasileira. Isto porque a estrita legalidade pode ser, de fato, a negação de regras jurídicas, leis mesmo, vigentes. Exemplo: o abandono do Ministério Público a si mesmo, sem os meios suficientes para a ação penal ou pública de sua competência para o controle externo da atividade policial (Constituição Federal, art. 129, VII). Outro exemplo: a não-aplicação da inspeção judicial prevista no CPC e tão necessária em vários casos. Abandono da regra do art. 125 do CPC no seu aspecto material e muitos outros exemplos que poderiam ser trazidos. Todos eles estariam a indicar que a estrita legalidade é, de fato, a aplicação da lei segundo um filtro cultural, segundo padrões, hábitos e práticas cujo abandono ou transformação não significam, necessariamente, o abandono da legalidade.

Devemos pensar em instituições capazes de controlar a parcialidade, pois confiar apenas na boa-vontade de um funcionário é

⁸ Para um texto de valor histórico e dogmático a respeito do regime jurídico da terra no Brasil, ver Fernando Pereira Sodero, *Esboço histórico da formação do direito agrário no Brasil*; Coleção Seminários, n.º 13; Rio: AJUP, 1990. Para dar-se conta das implicações contraditórias que podem existir entre uma visão simplista dos conflitos sociais, cito o exemplo elaborado por Paul Singer: a lei do inquilinato, que pretende ser uma norma de justiça social, e que por muitos juizes e juristas é entendida como tal e como exemplo de defesa do inquilino pobre contra o proprietário rico, é, para aquele economista, o exemplo típico de lei que disciplina relações entre indivíduos na sua maioria da mesma classe social (cf. Paul Singer, *Aprender economia*; São Paulo: Brasiliense, 1983). É que a verdadeira forma de apropriação capitalista do solo urbano não se dá nas relações de locação, mas no complexo industrial-financeiro da construção civil e na centralização das reservas de terrenos.

muito pouco. Assim, o respeito à lei é essencial. A fundamentação da sentença é essencial. E também, é certo, o sentido de justiça é essencial e pressuposto de toda interpretação jurídica. De outro modo, o ponto de partida de qualquer interpretação seria o da mentira: interpretar-se-ia a lei crendo que ela foi feita para prejudicar alguém, ou para criar desigualdades, ou para ocultar verdadeiras intenções. Em outras palavras, não apelar para a justiça (que é, conceitualmente falando, sempre uma *forma de igualdade*), no discurso fundamentador da decisão jurídica, seria o equivalente a não apelar para a verdade na fundamentação do discurso científico. Seria tirar ao discurso a possibilidade de ser. Assim, a Justiça, como fundamento último do pensamento jurídico, não é um ideal filantrópico: é sua condição de possibilidade. Isso porque a justiça implica e contém os mais elementares axiomas de um sistema normativo: o princípio da *boa-fé* (das partes de um contrato entre si, mas também do soberano, do legislador, do magistrado) ou princípio da *veracidade* (em filosofia); o princípio da *igualdade* (do qual decorre a isonomia) e que contém, por sua vez, o do equilíbrio, pelos magistrado/soberano/Estado, a ser preservado entre desiguais (exemplos: no direito tributário, a capacidade contributiva; no direito do trabalho, a proteção do hipossuficiente; no direito penal, a presunção de inocência; no direito civil contratual, proibição de cláusulas potestativas).

5. Conclusão

Em resumo, o que se pode dizer ao final deste comentário, creio eu, é que a questão do direito alternativo deve ser encarada de dois pontos de vista distintos, para compreendê-la adequadamente. Em primeiro lugar, o movimento do direito alternativo é, de fato, uma tentativa de resposta às questões que foram trazidas pelo próprio desenvolvimento social brasileiro. Estas questões são principalmente as seguintes: acesso ao Judiciário, litigiosidade entre grupos desiguais econômica e socialmente, confronto com políticas públicas, direito à cidadania em suma. Tais questões não foram suscitadas pelos profissionais do direito ou pelos juizes em primeiro lugar. De fato, continua a valer o *ne procedat iudex sine auctorem*, o princípio de que toda jurisdição é provocada. Elas chegaram ao Judiciário como reivindicações inadiáveis de massas marginalizadas, embora certamente através de grupos pioneiros.

Em segundo lugar, porém, dá vez a uma discussão política e metodológica. A discussão torna-se política porque leva diretamente à questão do poder de julgar, dos seus limites, da sua função social. A discussão torna-se metodológica, porque está em disputa a própria concepção do direito, de seu fundamento racional (vontade, consenso, verdade, lei, maioria?), e da necessidade crescente de os juristas serem formados de maneira nova e diversa, com maior interdisciplinariedade no seu saber, e com mais abertura para o universo social em que vão atuar, e também com maior rigor na sua própria disciplina.