

## O DIREITO ALTERNATIVO AO CASO CONCRETO

Marcelo JOSÉ DASSIE NORONHA<sup>1</sup>

Marivaldo GOUVEIA<sup>2</sup>

**RESUMO:** Originário do Alternativismo, o Direito Alternativo é um sistema de princípios que vão ser introduzidos na vida jurídica como forma de auxílio ou orientação, suprimindo assim as diversas lacunas presentes no ordenamento jurídico sendo que a partir desta definição, o presente artigo aborda os fatores que levaram ao surgimento das primeiras idéias dos pioneiros do movimento e o seu surgimento na Europa e no Brasil, bem como aborda o Direito Alternativo a sua funcionalidade e aplicabilidade no cenário jurídico brasileiro na contemporaneidade, tendo como base uma visão sociológica, filosófica, histórica e jurídica da sociedade e do Direito brasileiro

**Palavras-chave:** Direito alternativo. Direito tradicional. Igualdade. Proletariado. Ordenamento Jurídico. Lei brasileira. Justiça. Desigualdade.

### 1 INTRODUÇÃO

Segundo o caráter político da atividade judicial e a existência de classes por parte dos juízes, a utilização do Direito Alternativo consiste em colocar tudo dentro do possível, ou seja, o Direito junto com os juristas ao lado dos menos favorecidos. Em comparação aos outros movimentos anteriores a este, o Direito Alternativo possui um caráter invocador, o qual fará uma opção aos menos favorecidos

---

<sup>1</sup> Bacharelado de Direito pela Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo- Presidente Prudente no quarto ano. Email: marcelo\_noronha2@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente de Filosofia Geral e do Direito, Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo- Presidente Prudente. Psicólogo clínico e Mestre em Ciências da Religião pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Email: mgouveia@unitoledo.br

“A idealização deste movimento político tem raízes fincadas na doutrina marxista e repudia subjugação das classes menos favorecidas. O alternativismo objetiva colocar o Direito na posição de instrumento de luta de classes na tentativa de desmarginalização daqueles cujo acesso a justiça seja difícil ou mesmo quando apesar de terem esse acesso sejam preteridos em relação as elites” (Bordoni, Miúcha) O Direito Alternativo e a Ordem Positiva do Brasil. (2005, s.p.)<sup>3</sup>

O Direito Alternativo surge como uma corrente minoritária de ideais marxistas, assim, o mesmo indaga a Lei sobre uma interpretação justa e diferenciada ao proletariado. No entanto, forçando o aplicador da norma para que este venha moldá-la ao caso concreto, indo além do Direito e conseqüentemente questionando o sistema.

“Em razão de suas contradições intrinsecamente burguesas o atual sistema jurídico não mais comportaria, para os alternativos, uma exegese puramente científica e jurídica que sirva ao único interesse objetivo da verdade. Será preciso então refazer a realidade histórica, satisfazer as exigências de emancipação de uma classe social até aqui oprimida- ‘o proletariado portador da consciência da transformação social, na concepção marxista clássica’”. (OLIVEIRA, Gilberto Callado De. A verdadeira Face do Direito Alternativo. 1998 p. 54)

O Direito Alternativo classificado muitas vezes como um direito questionador, que irá questionar o direito tradicional (jus positivismo), a história da lei, o porquê de sua existência, e quem é o promotor de determinada lei. Pode-se concluir tal pensamento a partir da metáfora do “Rei que Andava Nu”:

“Na história, um alfaiate espertalhão ofereceu a um rei, uma roupa belíssima que era tecida por fios especiais que só podiam ser vistos pelos olhos de pessoas inteligentes. Vendia o alfaiate a roupa caríssima quando na verdade não existia roupa nenhuma, ou seja, o alfaiate fingindo vestir uma roupa no rei, recebeu seu dinheiro e o rei por sua vez, fingiu ver a roupa pois afinal, a roupa só podia ser vista por pessoas inteligentes, e um rei não poderia passar por tolo. A cena grotesca fica por conta do desfile do rei com a sua roupa nova pelas ruas do reino, quando na verdade, andava ele nu, mas orgulhoso e todos pelas ruas, embora não vissem a roupa, elogiavam; pois também não queriam passar por tolos. Ou seja, todos fingindo ver o que não existia por pura vaidade. Daí que vem uma criança,

<sup>3</sup> Bordoni, Miúcha: **O Direito Alternativo e a Ordem Jurídica Positiva do Brasil**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25403-25405-1-PB.pdf>. Acessado em 11/04/2012.

ou seja, um ser ingênuo que ainda não foi tomado pela vaidade dos adultos e grita que o rei estava nú!” (MARTINS, Fernando. s.d , s.p)<sup>4</sup>

Ou seja, o Direito Alternativo pode-se enquadrar ao papel da criança, indo contra o sistema e aos dogmas impostos pelo Estado. O Direito Alternativo irá questionar o próprio sistema, devido à história brasileira por não possuir raízes democráticas, mas sim imperialistas. Pois, as leis impostas por D. Pedro I favoreciam apenas uma pequena parcela da sociedade (clero e nobreza), deixando as classes menos favorecidas apenas com tributos e excluindo direitos às mesmas.

Conforme Zafaroni:

“O Juiz não pode ser alguém “neutro”, porque não existe a neutralidade ideológica salvo na forma de apatia, irracionalismo, ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém e menor ainda de um juiz”. (ZAFARONI, Eugenio Raul in Becker. O Mito da Neutralidade do Juiz. s.d, s.p.)<sup>5</sup>

A partir da situação brasileira, os alternativistas tentam mudar o cenário jurídico brasileiro, procurando atribuir ao direito uma maior tutela aos direitos dos menos favorecidos, mesmo que tal tutela que almejam não esteja presente no ordenamento jurídico brasileiro.

“Dada essa incapacidade estatal, o Direito Alternativo surge como uma opção, uma saída, em meio a essa crise. Representa uma disputa entre o *ideologicamente generoso*, alternativo, e o formalmente preciso, que seria o dogmático. Configura-se como um Direito paralelo, fruto da inacessibilidade ao Direito oficial: o direito da excludência, da opressão, da miséria.”(PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *“Direito Alternativo: uma tentativa de impedir a modernização do Direito?”* . 2000, p.25).

Para a sua devida aplicação, o jurista alternativo deverá possuir uma formação crítica reflexiva de aprimorar, a partir de um interpretação que leva em consideração outros setores ou estudos, como a antropologia, filosofia, religião,

<sup>4</sup>( MARTINS, Fernando). Disponível em : <http://somostodosum.ig.com.br/clube/artigos.asp?id=29916> Acessado em 14/04/2012 .

<sup>5 5</sup> Zafaroni. Eugenio Raul in: Becker, Laércio Alexandre. **O Mito da Neutralidade do Juiz.**Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19999628010.htm>>. Acessado em 13/04/2012.

sociologia, psicologia, historia, quando ele é formado a partir dessas disciplinas ele irá enfrentar a lei e dá-la as devidas proporções de uma visão inter disciplinar.

## **2 SURGIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO**

A Europa na década de 70 vivenciava uma época de crise devido ao crescimento da competição entre as potências econômicas no âmbito da Guerra Fria (1946-1991). Tal crise teve efeitos sociais, econômicos e políticos, como: o atraso econômico, falta de democracia e a crise nas repúblicas soviéticas.

Assim, a sociedade convivia com período de intensas precariedades sociais e um surgimento de novas idéias. A partir daí, surge um grupo simpatizantes às idéias marxistas e alternativas no âmbito do Direito, como forma de solução à tal caso: O Direito Alternativo, o qual visava a solução dos conflitos da sociedade que interessava ao direito de uma forma mais justa.

No Brasil, esta nova vertente do Direito, surgiu de uma forma mais tardia. Através de um movimento do Rio Grande do Sul na década de 90, o qual era um movimento de juristas que tinham em comum uma nova forma de praticar, ver e ler o Direito. A semente do Direito Alternativo Brasileiro pode ser considerada, a partir de alguns juízes de Direito decorrentes da Ditadura Militar (1964-1984), os quais se reuniam pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com a finalidade de elaborar questões ao Congresso Constituinte.

O surgimento do Movimento do Direito Alternativo no Brasil ocorreu em 25 de outubro de 1990, quando um importante jornal paulista conhecido como Jornal da Tarde, publicou um artigo de autoria do jornalista Luiz Maklouf, com a seguinte manchete: “JUÍZES GAÚCHOS COLOCAM DIREITO ACIMA DA LEI”, a reportagem

com a finalidade de desmoralizar os pensadores do Alternativismo, acabou dando início a este movimento. Com isto, o Brasil já começou a receber as idéias do alternativismo, sendo o I Encontro Internacional de Direito Alternativo realizado em Florianópolis, nos dias 04 a 07 de setembro de 1991.

O movimento trouxe como propostas:

“O movimento não possui uma ideologia, mas pontos teóricos comuns entre seus membros, destacando-se: 1) não aceitação do sistema capitalista como modelo econômico; 2) combate ao liberalismo burguês como sistema sociopolítico; 3) combate irrestrito à miséria da grande parte da população brasileira e luta por democracia, entendida como a concretização das liberdades individuais e materialização de igualdade de oportunidades e condição mínima e digna de vida a todos; 4) uma certa simpatia de seus membros em relação à teoria crítica do Direito. Há uma unanimidade de críticas ao positivismo jurídico (paradigma liberal-legal), entendido como uma postura jurídica técnica-formal-legalista, de apego irrestrito à lei e de aplicação de uma pseudo interpretação lógica dedutiva, somada a um discurso apregoador: a) da neutralidade ou avaloratividade; b) do formalismo jurídico ou anti-ideológica do Direito; c) da coerência e completude do ordenamento jurídico; d) da fonte única do Direito e da interpretação mecanicista das normas efetuada através de um método hermenêutico formal/lógico/técnico/dedutivo.”(ANDRADE, Lédio Rosa de. “Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro”. 1996, p. 105).<sup>6</sup>

Devido a uma grande necessidade de procurar uma forma simplificada de resolver os conflitos em épocas de crise com efeitos: sociais, econômicos e políticos, o direito alternativo foi um dos métodos mais eficazes para a resolução de uma lide.

### **3 DA APLICABILIDADE ALTERNATIVA DO DIREITO NO BRASIL:**

Atualmente no Brasil, o direito alternativo vem sendo muito utilizado pelas técnicas alternativas ao sistema judiciário (Mediação e Arbitragem) com o intuito de que essa pessoa possa usar tais técnicas para resolver seus litígios de

---

ANDRADE, Lédio Rosa de- “ Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro”. (1996, p 105)<sup>6</sup>

uma forma mais rápida, ao invés de recorrerem ao Poder Judiciário, o qual está abarrotado de demandas.

No caso, a mediação é uma técnica consensual utilizada para métodos psicológicos, ou seja, para que um terceiro, neutro, denominado mediador, possa intervir na comunicação entre as duas partes com a intenção de ajudá-las a resolver a lide. O mediador atua como um mero facilitador entre a comunicação das partes, porque muitas das vezes essa comunicação foi interrompida pelo surgimento de uma desavença contratual. As partes são aconselhadas pelo mediador para que estas façam, ou encontrem uma opção de acordo diferente e mais ampla do que a apresentada no início da tentativa de negociação, e, portanto, uma nova oportunidade de acordo entre as partes alcançarem uma solução para a lide.

Já na Arbitragem, o árbitro representa e faz papel de magistrado. Para ser árbitro é preciso ser escolhido de comum acordo entre as partes envolvidas no conflito, no caso, o árbitro pode ser um técnico com vasto conhecimento na área do conflito apresentado pelas partes. O árbitro pode ser escolhido pela lei desde que atenda os requisitos necessários para exercer o cargo, e que a pessoa seja capacitada e de confiança entre as partes.

Arbitragem e Mediação possuem uma grande diferença, pois a arbitragem se assemelha a um processo judicial, ou seja, ao invés de ser administrada pelo Estado, a questão conflitante é administrada por uma Câmara de Arbitragem, a qual atua como se fosse um Poder Judiciário, formando uma espécie de “fórum privado”.

E com advento da legislação sobre o tema, promulgada em 1966, a sentença arbitral foi equiparada a sentença extrajudicial e pode ser executada como título executivo extrajudicial. Tendo como umas de suas grandes vantagens, o fato de ser irrecorrível, assim sendo, uma vez feito o julgamento pelo árbitro, não se pode mais recorrer da decisão

Porém, A Arbitragem e a Mediação abrem espaço para avançarem na construção de um sistema jurídico capaz de dar resposta muito mais rápida aos conflitos. Em muito dos casos, tem sido demonstrado que essas técnicas podem ser aplicadas por pessoas capazes de aplicar o direito ao caso concreto.

O positivismo, ainda imperante do ordenamento brasileiro, que ainda coexiste com uma prática frequentemente legalista, deverá ceder espaço a uma orientação substancial, tal como o direito alternativo.

Retoma-se aqui, a posição expressa do uso alternativo do Direito no Brasil. No caso exposto, não reduz os temas um ao outro: apenas se admite soluções *contra legem*, mas desde que fundadas no Direito Natural. Todavia, tudo se tem de encontrar dentro do ordenamento brasileiro, e não como alternativa ao único Direito existente.

## 4 O CONHECIMENTO DO JUSTO PARA O DIREITO ALTERNATIVO

O termo 'Justiça' nunca possuiu um valor universal em certas idéias e correntes filosóficas. No âmbito do Direito Alternativo, a justiça, diferente do âmbito positivista, vai além da lei propriamente dita. O Direito Alternativo procura tratar a Justiça como um direito individual, tratando de uma forma especial quem a necessite.

Seguindo nessa linha de pensamento, São Tomás de Aquino define justiça como:

“Hábito pelo qual, com vontade constante e perpetua, atribuímos a cada um o que lhe pertence “ (AQUINO, Santo Tomas de. s.d. p. 29).

Para o direito alternativo, justiça se consiste na interpretação da lei e sua aplicabilidade devida. Tratando as classes menos favorecidas de uma forma diferente, porém, democrática em relação às classes mais favorecidas, devido a certas lacunas na lei, e ao pensamento arcaico do legislador em vista da sociedade brasileira e suas respectivas transformações. Mas, além disso, a corrente alternativista não focaliza apenas o aspecto econômico social, pois, a cultura e a religião são itens necessários para sua interpretação, como é o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277<sup>7</sup> no que diz respeito a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Em relação à essa atitude da nossa Suprema Corte, que dispõe sobre a extensão dos direitos civis, como adoção, herança, sucessão, entre outros, aos homossexuais que estão em união estável, têm por base uma decisão alternativista. Portanto, mesmo o Código Civil não reconhecendo os direitos aos homossexuais, o STF (Supremo Tribunal Federal) visando o Direito acima da lei, socorreu-se de uma interpretação do direito alternativo, devido à grande parcela de homossexuais integrando a cidadania brasileira, assim oferecendo os mesmos direitos à todos os cidadãos:

“O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas. Demonstrada a convivência entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de União Homoafetiva como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. As uniões entre pessoas do mesmo sexo representam um fato social cada vez mais constante em todo o mundo.” (NOVAES, Rosângela. União Homoafetiva. s.d., s.p.)<sup>8</sup>.

Outro princípio de autoria do Direito Alternativo, é o Princípio da Insignificância ou Bagatela, utilizado no âmbito penal, o qual define que nem todas as condutas ofensivas à bens jurídicos fundamentais interessam ao Direito Penal. Estas condutas, são as condutas com uma pequena lesão à tais bens. Como é o caso do furto de uma borracha, equivalente à 0,50 centavos, de uma pessoa. A conduta se define como furto (Artigo 155 do Código Penal), porém, por representar

<sup>7</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>.

<sup>8</sup> Disponível em: [www.uniaohomoafetiva.com.br](http://www.uniaohomoafetiva.com.br). Acesso em 11/04/2012.

uma pequena lesão ao ponto de ser insignificante, o Direito Alternativo interpreta a conduta como não lesiva aos olhos do Juiz:

“Segundo tal preceito, não cabe ao Direito Penal preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o bem jurídico.” (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 2008, p.11).

Deste modo, o “justo” para o direito alternativo, vai além da lei propriamente dita, moldando-a ao caso concreto. Logo, a justiça alternativista visará a igualdade sob um olhar sociológico, a qual muitas vezes analisará e interpretará de um modo paritário.

## 5 CONCLUSÃO

Conclui-se que o Direito Alternativo sempre foi encarado como uma forma de solução para os juristas seguidores de tal corrente. Nota-se, esta visão, a partir de sua ‘adaptação’, com o passar do tempo, na sociedade e no ordenamento jurídico.

A partir desta forma de encarar o Direito, em sua aplicabilidade, nota-se uma forte relação entre Direito Alternativo x História. Conforme a alteração da sociedade a partir da História, o Direito Alternativo é obrigado a acompanhar determinado contexto histórico e se adequar ao pensamento da sociedade de determinado período e cultura, com o intuito de aplicar a justiça necessária, e como uma forma de valorizar o próprio Direito, para que este não perca a sua relevância no conceito de justiça para a contemporaneidade.

A título de exemplo desta ação do Direito Alternativo é o caso da prática do “jogo do bicho”, a qual é considerada ilícita pelo nosso ordenamento jurídico penal.

Dessa maneira, mesmo a lei a definindo como ilícita, o Direito Alternativo busca analisar tal conduta além da ilicitude, ou seja, mesmo sendo um ato contra a lei, o Direito Alternativo defende a licitude de tal ato a partir de uma visão sociológica contemporânea. Ou seja, a legalização do “jogo do bicho” pode trazer benefícios para o Estado e á sociedade como: tributos, surgimento de empregos e o desaparecimento de propina por parte da polícia em alguns casos.

Logo, a partir de tal análise, o Direito Alternativo foi além do que estava imposto pela lei, e em busca do que a sociedade contemporânea necessita (emprego). Dessarte, atendendo as necessidades sociais, gera-se justiça, mesmo que, para tanto, se infrinja a própria lei que do mesmo modo possui função de promover justiça.

Contudo, nota-se, então, que o Direito Alternativo não consiste apenas em uma forma de analisar e aplicar o Direito, mas, sim, em analisar determinada situação, através de uma visão sociológica, teológica, filosófica, política e jurídica. Assim, aplicando-a no Direito a qual, muitas vezes, pode ir além da própria lei, gerando o afamado “Direito Justo”, que, a princípio, pode soar como um pleonasmo; mas, que por fim consiste numa forma justa da lei, sobrepondo o próprio ordenamento jurídico, em prol da aplicação de determinada sentença, tornando-a justa para a sociedade, e não para o Direito.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. Porto Alegre: 1996, p. 105- 112.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. **Lições de Direito Alternativo II**. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 159-177.

BOAVENTURA, Luis de Camões Lima. **O Império da Lei x Império da Justiça à Luz do Alternativismo**. In: Conteúdo Jurídico, São Paulo/SP, setembro de 2008. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29897>>. Acesso em 08/04/2012.

BORDONI, Miúcha. **O Direito Alternativo e a Ordem Jurídica Positiva do Brasil**. In: E-Governo, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25403-25405-1-PB.pdf>>. Acesso em 11/04/2012.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 30.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Segunda Edição. Rio de Janeiro: Forense 1986.

KLIPPEL, Rodrigo. **O Direito Alternativo**. In: Jus Navigandi, 19 de novembro de 1996. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/36/direito-alternativo>>. Acesso em 10/04/2012.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Fabris, 1980. p.51.

MIAILLE, Michael. **Uma introdução crítica do Direito**. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979, p. 246.

DE CARVALHO, Amilton Bueno. Op. Cit. p. 3-5. *apud* PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Direito Alternativo: uma tentativa de impedir a modernização do Direito?**. Estudantes Caderno Acadêmico. Recife: 2000, 6 Edição, p.25-36.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **A Verdadeira Face do Direito Alternativo**. Curitiba: 1998, p. 19-33.

SOUTO, Claudio e FALCÃO, Joaquim . **Sociologia e Direito: Textos Básicos para a Disciplina de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: 2002, p. 161-165.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 153.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 10ª Ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 332-340.

ROCHA, Dário Além de. **Considerações Digressivas e Nem Sempre Ortodoxas de Como e Porque Ser e Não Ser Alternativo**. Recife: Revista da OAB Seccional de Pernambuco, 1997, Ano 32 Nº 24.

ZAFARONI, Eugenio Raul in: BECKER, Laércio Alexandre. **O Mito da Neutralidade do Juiz**. In: Acta Diurna. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19999628010.htm>>. Acesso em 13/04/2012.