



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO DIREITOS HUMANOS - LINHA 1

**A PERSPECTIVA TÓPICO-RETÓRICA E PRAGMATISTA DAS DECISÕES
JUDICIAIS DO MOVIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO NO BRASIL**

JOÃO PESSOA – PB
2016

CRISTOVÃO TEIXEIRA RODRIGUES SILVA

**A PERSPECTIVA TÓPICO-RETÓRICA E PRAGMATISTA DAS DECISÕES
JUDICIAIS DO MOVIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO NO BRASIL**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciências Jurídicas – PPGCJ da Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

ORIENTADOR: Narbal de Marsillac Fontes

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITOS HUMANOS

LINHA DE PESQUISA: FILOSOFIA E TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS; TEORIAS CRÍTICAS DO DIREITO; DEMOCRACIA, CULTURA E EDUCAÇÃO EM DDHH.

**JOÃO PESSOA – PB
2016**

S586p Silva, Cristovão Teixeira Rodrigues.
A perspectiva tópico-retórica e pragmatista das decisões
judiciais do movimento do direito alternativo no Brasil /
Cristovão Teixeira Rodrigues Silva.- João Pessoa, 2016.
136f.
Orientador: Narbal de Marsillac
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ
1. Direitos humanos. 2. Filosofia e teoria - direitos humanos.
3. Tópico-problemático. 4. Direito alternativo. 5. Justificação.
6. Decisão judicial.

UFPB/BC

CDU: 342.7(043)

1	1
2	0
3	1
4	1
5	0

Luisa de Araújo P. Gadelha

Pedro Parini Marques de Lima,

Torquato da Silva Castro Junior

Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1 - PENSAMENTO TÓPICO E CONTINGÊNCIA - O CAMPO DA ARGUMENTAÇÃO.....	11
1.1 RACIONALIDADES EM ARISTÓTELES: APODICTICA E DIALÉTICA.....	11
1.2 IDEIA DE AUDITÓRIO UNIVERSAL E PARTICULAR EM PERELMAN	20
CAPÍTULO 2 - DIREITO COMO ESPAÇO CONTINGENTE E PRAGMATISTA.....	30
2.1 A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL – PARA ALÉM DO RACIOCÍNIO DEDUTIVO-FORMAL.....	30
2.2 SILOGISMO RETÓRICO (ENTIMEMA) E A NORMA JURÍDICA COMO PONTO DE PARTIDA.....	37
2.3 DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS: EXPRESSÃO DO PENSAMENTO TÓPICO.....	44
CAPÍTULO 3 - TRÊS VISÕES OU LEITURAS DO ALTERNATIVISMO JURÍDICO NO BRASIL: positividade combativa, uso alternativo do direito e pluralismo jurídico.....	52
3.1 FORMAÇÃO E OBJETIVOS IDEOLÓGICOS DO MOVIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO.....	52
3.2 DIREITO ALTERNATIVO E USO ALTERNATIVO DO DIREITO.....	62
3.3 DIREITO ALTERNATIVO E PLURALISMO JURÍDICO.....	70
CAPÍTULO 4 - ABORDAGEM TÓPICO-PROBLEMÁTICA DO DIREITO - análise de algumas decisões do movimento do direito alternativo.....	78
4.1 POSITIVIDADE COMBATIVA.....	87
4.2 USO ALTERNATIVO DO DIREITO.....	99
4.3 DIREITO ALTERNATIVO EM SENTIDO ESTRITO.....	111
CONCLUSÃO.....	124
REFERÊNCIAS	128

RESUMO

A racionalidade dialética é aplicada ao campo do conhecimento humano onde não há fundamentos absolutos, do qual o direito é uma das expressões. As normas jurídicas são, portanto, *éndoxxa*, boas opiniões compartilhadas em uma dada sociedade, sem qualificativo de verdade. Isto faz com que a validade das decisões judiciais esteja ligada à forma de utilização das normas jurídicas, não a um fundamento inquestionável apresentado como razão. O uso de tais premissas não absolutas foi descrito por Aristóteles por meio dos silogismos dialéticos e retóricos (entimema). Com base nesta teoria, Perelman desenvolveu a ideia de auditório (universal e particular) e o uso de argumentos particulares no discurso. Para este autor, o que o orador busca é conseguir a adesão dos ouvintes (auditório) e para isto utiliza-se das premissas já aceitas por estes, o que lhe garante validade. No direito, o magistrado faz o mesmo processo, decide e depois busca no ordenamento jurídico os elementos suficientes para justificar sua decisão perante os demais cidadãos. Esta perspectiva está ligada ao contexto da descoberta e ao contexto da justificação, tratados por Atienza. Sobre a formação da decisão judicial, Cardozo aponta para a existência de elementos subconscientes, ou seja, influência de fatores não jurídicos neste processo. Em relação à justificação da decisão tomada, Viehweg aponta para o raciocínio tópico-problemático, e Esser refere-se ao uso de princípios (jurídicos) pragmatistas. O que os magistrados fazem, desta forma, é utilizar as normas jurídicas para justificar as decisões tomadas, mesmo que outros fatores tenham sido preponderantes para a escolha feita. No Brasil, um grupo de juízes, no começo da década de 1990, conhecidos como Movimento do Direito Alternativo, afirmou fazer uso das normas jurídicas de forma ideologicamente direcionada. Amilton Bueno de Carvalho divide em três as formas desta atuação alternativista: positividade combativa; uso alternativo do direito; e direito alternativo em sentido estrito. Há uma aproximação entre o alternativismo jurídico e uso tópico-problemático das normas jurídicas. Analisando algumas decisões do movimento esta tese encontra fundamento, pois o que estes magistrados fizeram, ao justificar as decisões tomadas, foi abordar o direito de forma pragmatista. Nesta perspectiva, a realidade social tem primazia na hora de elaboração da decisão judicial, mas as normas jurídicas são as bases da justificação apresentada.

PALAVRAS-CHAVE: TÓPICO-PROBLEMÁTICO; DIREITO ALTERNATIVO; USO ALTERNATIVO DO DIREITO; JUSTIFICAÇÃO; DECISÃO JUDICIAL.

ABSTRACT

The dialectic rationality is applied to the field of human knowledge where there is no absolute essential, which law is one of the expressions. Legal norms are therefore, endoxa, good consensus shared in a given society without truth qualifying. This makes the validity of judicial decisions to be connected to the use of legal norms, not to an unquestionable foundation presented as reason. The use of such non- absolute premises was described by Aristotle through the dialectical and rhetorical (enthymeme) syllogisms. Based on this theory, Perelman developed the auditorium idea (universal and particular) and the use of particular arguments in speech. For this author, the speaker is able to search the accession of listeners (audience) and for this makes use of the premises already accepted by them, which guarantees validity. The judge makes the same process in judicial decisions, he decides and only then he searches at the legal order for sufficient elements to justify his decision before other citizens. This perspective is associated to the context of discovery and to the context of justification studied by Atienza. On the formation of the judicial decision, Cardozo points to the existence of subconscious elements, ie, the influence of non-legal factors in this process. In relation to the justification for the decision taken, Vihweg points to the topic-problematic reasoning, and Esser refers to the use of pragmatic legal principles. What judges do, in this way, is to use the legal norms to justify decisions, even if other factors were predominant for the choice made. In Brazil, a panel of judges at the beginning of the 1990s, known as the Alternative Law Movement, said to make use of law in an ideologically motivated way. Amilton Bueno de Carvalho divided into three forms this alternative practice: combative positivity; alternative use of the law; and alternative right in the strict sense. There is a connection between legal alternativism and topic - problematic use of legal norms, Analyzing some decisions of the movement this argument founds its foundation, for what these judges did, to justify decisions, it was to address the right in a pragmatic way. From this perspective, social reality prevails at the time of preparation of the judicial decision, but legal norms are the basis of the justification provided.

KEY-WORDS: TOPIC-PROBLEMATIC; ALTERNATIVE LAW; ALTERNATIVE USE OF THE LAW; JUSTIFICATION; JUDICIAL DECISION.

INTRODUÇÃO

Como os magistrados justificam suas decisões? Essa pergunta sintetiza o objeto de pesquisa desta dissertação. De forma mais específica, a investigação desenvolvida nesse trabalho busca analisar como os magistrados do movimento do direito alternativo formularam a justificação de suas decisões judiciais, se utilizaram ou renegaram o direito estatal com suas normas e valores fundamentais. Este movimento teve atuação no Brasil do começo dos anos 1990, logo após a promulgação da nova Constituição de 1988 e fim Ditadura Militar (1964 – 1985), até meados do quarto triênio dessa década.

A atuação desses magistrados está ligada ao que hoje chamamos de ativismo judicial ou politização do judiciário, ou seja, atuação dos juízes de forma ativa para concretização de direitos que demandariam ações de escolhas de outras esferas do Poder Estatal, como o Legislativo ou o Executivo. O grupo de magistrados analisados nesse trabalho afirma, nas decisões proferidas, congressos, livros e artigos publicados, ter uma posição ideológica de concretização dos valores constitucionais de democracia e justiça social, enquanto que o Estado, representando o interesse de apenas parcela da população, não visa esta mesma finalidade.

Eis que surge o conflito do movimento: como auxiliar na concretização de valores constitucionais, afirmados como direitos fundamentais em 1988, em uma sociedade estruturada para não os realizar, mantendo-se dentro dos limites da legitimidade democrática? Para resolver o conflito afirmavam a utilização de um direito alternativo, paralelo, emergente, insurgente ou achado na rua. Com isso, queriam ressaltar a dualidade de ideologias que há entre o Estado – representante da classe dominante – e a maioria da população – os dominados e renegados à não efetividade de seus direitos. Ao colocar a questão da concretização das normas constitucionais nessa perspectiva, os alternativistas passam a tratar do direito como instrumento para finalidades específicas – manutenção dos interesses daqueles que detêm o poder estatal ou concretização das escolhas democráticas e de justiça social inseridas na Carta Política de 1988 (erradicação da pobreza, diminuição da desigualdade, respeito à dignidade humana, garantia do mínimo existência, etc.).

A importância de analisar este movimento está no fato de a democracia e a concretização dos direitos sociais (justiça social) serem objetivos em constante realização numa república. E mais, traz à discussão os limites decisórios dos juízes e o papel do direito estatal na formação da justificação das decisões na jurisprudência alternativa. A partir de que conjuntos argumentativos os magistrados alternativistas fundamentaram as suas decisões? A produção da

jurisprudência alternativa foi fruto do rompimento com o direito estatal e uso de direito alternativo ou resultado de uma abordagem tópico-retórica das normas jurídicas positivadas?

Através de pesquisa bibliográfica e documental – livros, artigos e decisões judiciais – essa dissertação apresentará como os alternativistas entendiam a formação da decisão judicial. A partir da compreensão do ponto de vista desses magistrados, poderemos analisar qual o papel que o direito estatal tinha na realização das justificações das decisões proferidas. Essa pergunta será respondida pela análise de algumas decisões classificadas como alternativas por juízes do movimento, no capítulo quatro. Lendo-as poderemos verificar quais os argumentos eram usados e como.

Após analisarmos o que os alternativistas escreveram na literatura e como praticaram o que chamaram de jurisprudência alternativa, poderemos apontar como entendemos que suas decisões foram justificadas e que argumentos foram utilizados. Para nos auxiliar na investigação, tomaremos alguns referenciais teóricos que, em sua maioria, se baseiam no pensamento aristotélico.

O primeiro capítulo servirá para lançar a base sobre as questões conceituais que envolvem a racionalidade apodíctica e a racionalidade dialética. A primeira está baseada em premissas absolutas, primeiras e inquestionáveis, lida com o conceito de verdade. A segunda está voltada para o uso de premissas não definitivas, questionáveis e formadas pelo compartilhamento de valores e, por isso, não busca a verdade, mas o consenso e a adesão a uma tese defendida. Enquanto o que é apodíctico está baseado no monólogo, o que é dialético pressupõe a discussão.

Com base nesses conceitos, Perelman (2005) desenvolveu sua teoria sobre auditório particular e auditório universal. A “nova retórica”, como ficaram conhecidos os estudos deste autor, está fundamentada na ideia de que todos os argumentos usados no discurso são particulares, ou seja, são adequados para apenas um público específico. Perelman retoma de Aristóteles a ideia de *éndoxa* que são premissas usadas na racionalidade dialética para conceituar os argumentos particulares usados pelo orador, pois ambas são baseadas em opiniões compartilhadas pelo público.

Dois pensadores do direito aplicaram os mesmos conceitos de Aristóteles ao direito, vendo neste uma expressão da racionalidade dialética. Para Theodor Viehweg (2008), as decisões judiciais são realizadas com uso de *topos*, ou seja, boas opiniões presentes em um sistema jurídico. A qualidade do *topos* é a sua questionabilidade e contingência, pois são frutos de um contexto social específico. Para Josef Esser (1961), esses *topoi* são encontrados no direito por meio dos princípios jurídicos, neste caso, normas de conteúdo abstrato, as quais só podem

ser aplicadas quando confrontadas com um problema concreto. Tanto Esser como Viehweg entendem que o direito é expressão de um raciocínio tópico-problemático, não expressão de um silogismo formal em que as premissas já estão dadas e a conclusão é necessária.

No direito moderno, a partir das revoluções sociais do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa, os direitos humanos ganharam *status* de valores universais, os quais devem ser aplicados e observados por todos os seres humanos. Porém o contexto de formação de tais valores, como será mostrado, deixa claro que, apesar da pretensão universal, os direitos humanos são particulares e contingenciais, o que não lhes retira a importância como promotores da dignidade humana.

A importância de tal discurso e sua ampliação por meio de vários tratados internacionais que, desde a Segunda Guerra foram elaborados, não lhes garante uma fundamentação absoluta, que todas as sociedades precisam aderir. Pelo contrário, a inefetividade que atualmente o discurso dos direitos humanos encontra frente à realidade social mostra que a busca por um fundamento absoluto não garante a observância destes valores, por serem contingentes, ou seja, tem a estrutura de *éndoxa*.

O uso de tais valores na justificação das decisões judiciais está relacionado com o contexto da descoberta e o contexto da justificação, discussão da teoria do conhecimento, mas aqui definidos por Manuel Atienza (2005). Se pensarmos a decisão judicial desta forma, a justificação desta não seria uma fiel descrição do modo como ela foi formada, mas tem o objetivo de provocar adesão dos auditores à decisão tomada. Esta finalidade também faz parte da racionalidade dialética, na qual há a formação do silogismo retórico ou entimema. Para Maurício Adeodato (2002), esta seria a melhor forma de visualizar o processo de justificação da decisão judicial. O entimema tem a característica de não tornar conhecida todas as premissas usadas, mas apenas aquelas que sejam suficientes para promover a adesão.

Após a conceituação de tais elementos importantes para o entendimento da formação do raciocínio jurídico, o capítulo três tem como objetivo caracterizar a teoria e a prática do direito alternativo no Brasil. A partir da literatura produzida pelo próprio movimento, bem como por críticas de alguns outros autores como Luciano Oliveira (2010), Cláudio Souto (1997) e Oscar Correias (1994), é discutido o conceito que o direito alternativo assumiu no Brasil.

Seguimos a proposta metodológica de Carvalho (1997) em dividir a prática alternativista em três tipos: positividade combativa, uso alternativo do direito e direito alternativo em sentido estrito. Cada um dos subtítulos desse capítulo discute um aspecto do movimento, pela classificação adotada.

Há muitos termos para referir-se à prática do movimento do direito alternativo. Por isso, foi preciso diferenciar conceitualmente as diversas terminologias empregadas. É preciso distinguir direito alternativo de uso alternativo do direito. O primeiro está ligado ao pluralismo jurídico, portanto, pressupõe uma ordem normativa paralela à estatal, bem como uma prática jurídica com fundamentos diversos do direito positivo. Já o segundo, está ligado à interpretação do direito estatal e, por isso, não reivindica um sistema normativo divergente do positivado. Conseguirmos, no capítulo três, tornar claro que, no Brasil, não há pluralismo jurídico, mas uma prática alternativa dentro do próprio direito estatal a partir da interpretação dos textos e argumentação principiológica.

O capítulo quatro traz decisões da jurisprudência alternativa. Estas foram retiradas de uma compilação feita por Amilton Bueno de Carvalho em dois livros, “Direito alternativo: teoria e prática” (1998) e “Direito alternativo na jurisprudência” (1993). A escolha por decisões já compiladas foi feita porque nos permite fazer um comparativo entre a teoria do direito alternativo e as decisões consideradas pelos magistrados do movimento como expressão da alternatividade. A análise é feita sobre a argumentação tendo como base a seguinte questão: quais os fundamentos usados nas decisões judiciais pela jurisprudência alternativa?

Para facilitar o estudo, as decisões foram divididas em três grupos: positividade combativa; uso alternativo do direito; e direito alternativo em sentido estrito. Após as decisões apresentadas, é realizada uma análise dos fundamentos justificadores apresentados com a finalidade de entender se os argumentos apresentados estão ou não contidos no direito estatal e o como os princípios jurídicos tem uma aplicação tópico-problemática.

Os conceitos da retórica aristotélica e da nova retórica de Perelman (2005) servem de base na construção de uma teoria que critique a prática alternativista no Brasil, pois é possível ver o direito como espaço contingente, o que permite o seu uso pragmatista, elemento presente no silogismo retórico e dialético. Ao relacionar o raciocínio tópico-problemático com o alternativismo jurídico fazemos uma escolha pela abordagem do discurso, isto permite que as normas jurídicas possam ser vistas como elementos justificadores das decisões tomadas, não como determinantes de conclusões fixas. Assim, as normas jurídicas assemelham-se à *éndoxa*, não às premissas apodícticas.

A ligação entre a prática alternativista e o uso pragmatista das normas é possível pela aproximação entre normas jurídicas e *éndoxa*, pois tais premissas não estão ligadas a uma verdade ontológica, ou seja, não define de forma absoluta quais as conclusões possíveis com o seu emprego. Fato que não acontece com as premissas apodícticas, caracterizadas pela

vinculação entre o seu emprego e as conclusões daí decorrentes, fundadas numa certeza imutável.

Ao questionar a forma de justificação das decisões alternativistas, a investigação volta-se para a forma como as normas jurídicas são empregadas pelos magistrados, se impõe um tipo ideal de conclusão ou se são instrumentos justificadores das decisões tomadas levando em conta outros elementos. Ao tomar as ideias aristotélicas de racionalidade dialética, a prática alternativistas pode ser entendida como uma forma específica de uso das normas jurídicas, entre tantas outras possíveis. Não é a única, nem talvez a melhor, mas uma que, segundo os objetivos delineados pelos alternativistas, era capaz de atingi-los.

CAPÍTULO 1 - PENSAMENTO RETÓRICO E CONTINGÊNCIA - O CAMPO DA ARGUMENTAÇÃO

1.1 RACIONALIDADES EM ARISTÓTELES: APODICTICA E DIALÉTICA

As ciências sociais, como são exemplos direito, política, moral e ética, são alguns dos saberes onde há um elevado grau de contingência, no sentido de variabilidade de opiniões e padrões a serem seguidos, sem que haja uma última razão. Conhecer como se dá a formação do conhecimento no campo dialético, permite que entendamos melhor como o direito é executado e, por conseguinte, como os magistrados aplicam-no em suas decisões.

A coexistência de uma dualidade de campos de investigação humana foi apresentada por Aristóteles quando diferenciou o campo apodítico do dialético. Para este pensador, os seres humanos lidam com uma diversidade de problemas que, em virtude de tal fato, não podem ser resolvidos da mesma forma. As peculiaridades dos raciocínios estão ligadas aos tipos de questões abordadas. Se não forem usados os modelos específicos para cada campo o raciocínio corre o risco de não atingir o objetivo proposto - a apresentação de uma solução.

No pensamento aristotélico, por exemplo, nos Analíticos Anteriores, há o reconhecimento de uma dualidade de ordem de problemas com os quais lidam os seres humanos, aqueles “baseados em postulados fundamentais” e outros baseado em “uma suposição do que é aparentemente verdadeiro e geralmente aceito” (ARISTÓTELES, 2010, p. 112). Cada um destes requer uma forma específica de raciocínio, em função do tipo do conteúdo abordado e das finalidades objetivadas. Segundo esses critérios os raciocínios podem ser demonstrativos ou argumentativos. Enrico Berti (2002, p. 18) fala em duas formas de racionalidade, na divisão de Aristóteles, a ciência apodíctica e a dialética, respectivamente

Berti afirma que, para Aristóteles, “ter ciência, isto é, saber, significa, em suma, conhecer não somente o ‘quê’, mas também o ‘porquê’ de certo estado de coisas, e saber não é um simples estado de fato, mas uma verdadeira necessidade” (BERTI, 2002, p. 4). Assim estariam delimitadas as duas características da ciência apodíctica, quais sejam, o conhecimento da causa e a necessidade de suas conclusões. Estas qualidades são asseguradas pela demonstração (*apódeixis*), em outras palavras, para Berti (2005, p. 5), “silogismo científico”. Este último é definido, de forma geral, “como discurso, raciocínio, argumentação na qual, postas algumas premissas, alguma coisa de diversos delas resulta necessariamente, somente pelo fato de existirem” (BERTI, 2002, p. 5).

As racionalidades apocíctica e a dialética são formadas a partir de premissas que, no conceito de Aristóteles, "é uma oração que afirma ou nega alguma coisa de algum sujeito" (ARISTÓTELES, 2010, p. 111). Essa oração (premissa) poderá ser qualificada como demonstrativa "se for verdadeira e baseada em postulados fundamentais" (ARISTÓTELES, 2010, p. 112). Ainda descrevendo a qualidade dessas premissas, Aristóteles acrescenta que tais devem ser "proposições verdadeiras" (que não seja contrária aos fatos); "originárias e indemonstráveis" e "causais, melhor conhecidas e anteriores" (ARISTÓTELES, 2010, p. 254). Dizê-las nessas palavras significa que estas são premissas imediatas, ou seja, "aquela que não tem nenhuma premissa anterior" (ARISTÓTELES, 2010, p. 254). No raciocínio demonstrativo, as premissas "são a causa necessária e ao mesmo tempo suficiente da conclusão, por isso a conclusão resulta necessariamente delas" (BERTI, 2002, p. 5).

Essa forma de raciocínio está voltada para o conhecimento que possa ser realizado com os qualificativos de certeza e inquestionabilidade. Há um ponto de partida pressuposto, ou necessário, o qual não pode ser questionado, apenas apreendido. Parte-se destes pontos (premissas) para posterior demonstração (e resultar na conclusão necessária), porém, o ponto inicial não necessita ser demonstrado, sob pena de o raciocínio ir ao infinito, ou seja, não produzir conclusão alguma. Comentando os qualificativos apontados por Aristóteles, Berti diz que estas premissas são verdadeiras por "expressar como efetivamente as coisas são"; são "causa da conclusão" (BERTI, 2002, p. 5-6), já que para Aristóteles ter ciência, ou saber, significa conhecer o porquê; são anteriores e conhecidas antes da conclusão.

Ainda segundo Berti, o que Aristóteles buscou fazer, com a exposição desse tipo de raciocínio, foi descrever como funciona a ciência tomando como modelo a geometria, "ele apenas descreve o estatuto epistemológico" (BERTI, 2002, p. 10) desta ciência. Aristóteles, neste momento, é comparado a "um cultor de geometria que, já estando de posse da ciência em questão, se propõe a expô-la a outros, isto é, a ensiná-la" (BERTI, 2002, p. 11). Berti (2002) afirma que, verdadeiramente, Aristóteles não buscava criar uma forma de raciocínio novo, mas apenas explicitar o que já ocorria na geometria.

Nestes termos, demonstrar significa ensinar, "mostrar a verdade de alguma coisa a quem a ignora, a partir da premissa segundo a qual a verdade é, ao contrário, já conhecida a quem escuta" (BERTI, 2002, p. 11) Há um verdadeiro monólogo, em que o sábio descreve uma verdade e o ouvinte apenas escuta e apreende. Não há construção de uma verdade, nem participação do ouvinte ou do sábio neste conhecimento.

O que precisamos fixar aqui é a existência, para Aristóteles, desse tipo de raciocínio apodíctico ou necessário, o qual decorre de premissas inquestionáveis e imediatas. Sobre tais

premissas primárias não cabe discussão. Aristóteles (2010) menciona o embate filosófico sobre como as premissas de caráter evidente são acessadas, segundo ele “a necessidade de conhecer premissas primárias levou alguns¹ a pensar que não há conhecimento, e outros, admitindo sua possibilidade, a pensar que todas as coisas são demonstráveis” (ARISTÓTELES, 2010, p. 256). Em nenhum dos dois casos seria possível conhecimento apodíctico, nos moldes descritos por Aristóteles.

Para aqueles que, mencionado na citação acima de Aristóteles, tem a demonstração como pressuposto para o conhecimento, não aceitando premissas não demonstráveis, pois se há verdades fundamentais, primeiras e anteriores, e se fosse possível encontrá-las, elas seriam incognoscíveis, "posto que não admitem demonstração, a qual é para estes pensadores a condição exclusiva do conhecimento" (ARISTÓTELES, 2010, p. 256). Para que o conhecimento apodíctico seja produzido, é necessário admitir outra forma de acessar as premissas primeiras, que não seja a demonstração, pois as premissas primeiras são indemonstráveis. Por isso que, para Berti (2002, p. 3, 12), a ciência apodíctica precisa coexistir com uma ciência não apodíctica.

Aristóteles também não aceita a ideia daqueles que acreditam ser possível demonstrar todas as coisas, "uma vez que a demonstração pode ser circular ou recíproca" (ARISTÓTELES, 2010, p. 255). Da mesma forma que a afirmação de que não há conhecimento sem demonstração, esta segunda torna inviável, nos moldes aristotélicos, a existência de conhecimento apodíctico. Para Aristóteles, a demonstração circular seria impossível, pois as premissas precisam ser anteriores e "as mesmas coisas não podem ser simultaneamente anteriores e posteriores às mesmas coisas" (ARISTÓTELES, 2010, p. 257). Para que haja correção no raciocínio demonstrativo é necessário que haja os princípios, sem estes a demonstração não é possível. Aristóteles refuta a ideia de que todo conhecimento depende de demonstração, como também a ideia de uma demonstração recíproca, o que faria com que as premissas fossem coexistentes com a conclusão.

Segundo Berti, se há demonstração, “deve haver um saber dos princípios, que não é do tipo demonstrativo, mas – como Aristóteles diz explicitamente – uma ‘ciência anapodíctica’” (BERTI, 2002, p. 12). Esse conhecimento seria capaz de acessar os princípios de uma ciência para, a partir daí, realizar as demonstrações. Se a ciência, para Aristóteles, busca demonstrar o **porquê** das coisas, esse conhecimento não apodíctico buscaria o **quê**, não a causa, mas o fato em si. Essa forma de conhecimento é designada por Aristóteles, segundo Berti, pela

¹ Há uma nota de rodapé no texto: “309. Aristóteles provavelmente tem Antístenes em mente” (ARISTÓTELES, 2010, p. 256).

palavra *noûs*, a qual o autor chama de “inteligência” (BERTI, 2002, p. 13). Não entraremos nos detalhes, nem na discussão a respeito do significado deste termo usado por Aristóteles, já que esta é uma investigação que não cabe no objeto dessa dissertação. O que nos interessa, neste momento, é entender que Aristóteles falou dessas duas formas de conhecimento, uma demonstrável e outra não demonstrável, mas ambas ligadas ao conhecimento apodíctico.

As premissas primeiras, sendo indemonstráveis, não são passíveis de questionamento. Por isso, Aristóteles entende que, no raciocínio demonstrativo, "faz-se desnecessário propor qualquer questão adicional quanto ao por que, devendo cada princípio por si gerar convicção" (ARISTÓTELES, 2010, p. 348), ou seja, são evidentes. Como essas premissas foram retiradas do conhecimento original, não há sentido em questioná-las, são verdadeiras. Os raciocínios matemáticos gozam de tais qualificativos, pois são estruturas baseadas em princípios inequívocos os quais não são demonstrados, apenas apreendidos. Não há nada anterior que os demonstre, apenas o conhecimento original. Lembremos que essas formulações foram feitas por Aristóteles a partir do conhecimento da geometria.

O que nos interessa agora é a qualidade das premissas que formam esse tipo de raciocínio, as quais são "as coisas que geram convicção através de si mesmas e não através de qualquer outra coisa" (ARISTÓTELES, 2010, p. 348). Então estamos diante de princípios indemonstráveis, ou seja, verdades que são percebidas e aceitas sem questionamentos. Neste campo, a adesão é, pois, necessária, não há possibilidade de pensar de outra forma.

À formação do raciocínio apodíctico e da inteligência (*noûs*), Aristóteles dedicou alguma parte de sua obra, porém a amplitude maior foi conferida a outra forma de raciocínio – a ciência dialética. Para Berti, esta forma de racionalidade está ligada ao diálogo, “no sentido de discutir, com intervenções de ambas as partes, contrastantes uma em relação à outra” (BERTI, 2002, p. 19). Enquanto o raciocínio apodíctico é caracterizado pelo monólogo, onde uma pessoa ensina e a outra apenas escuta e aprende, na dialética há apresentação de uma tese e sua contestação. Se a dialética é caracterizada pela discussão, a demonstração é pelo ensino.

Mas não podemos afirmar que na dialética não há silogismo, pois sua estrutura é a mesma da demonstração, apresentação de premissas para se chegar a uma conclusão. Porém, se o objeto da demonstração é apresentar o **porquê** dos fatos, o objeto da dialética é um **problema**. Berti, partindo do conceito aristotélico, a define como ‘uma alternativa de tipo interrogativo, entre duas proposições, da qual uma é a negação da outra’ (BERTI, 2002, p. 20). A contrariedade de proposições (afirmação e negação), portanto, faz parte da dialética aristotélica.

Outro dado importante, destacado por Berti, é o fato de que a pergunta, no problema dialético, “não delimita minimamente o âmbito de investigação, porque não exclui nenhuma possibilidade” (BERTI, 2002, p. 20), mas apresenta uma hipótese a partir da qual a discussão terá início. A hipótese pode variar conforme a discussão se desenvolve, sendo substituída por outras, à medida que for sendo refutada.

A prática dialética será formada, portanto, por perguntas e definições. As definições apresentadas sempre serão questionadas pelo outro interlocutor, o que faz surgir uma sucessão de teses e contestações. As perguntas serão sucedidas pela argumentação que é “um verdadeiro deduzir de conclusões das premissas, ou seja, um fazer silogismos” (BERTI, 2002, p. 21). Para que esta discussão consiga chegar a um ponto final, é necessário que haja consenso acerca da regra de respeito à *éndoxa*. Isto faz com que a discussão seja frutífera, pois se não há consenso sobre as premissas a serem usadas na argumentação.

As premissas, no raciocínio dialético, são “opiniões de aceitação geral” (*éndoxa*), que “são aquelas que se baseiam no que pensam todos, a maioria ou os sábios [...]” (ARISTÓTELES, 2010, p. 348). A *éndoxa* “serve como ponto de referência comum para a discussão” (BERTI, 2002, p. 23). Aqui as premissas tanto permitem que a discussão exista, pois garantem uma unidade de argumentação, quanto servem de parâmetro para definir a tese vencedora.

A base de formação das premissas dialéticas é diferente das premissas demonstrativas. Não estamos diante de verdades nem de princípios, ou seja, as premissas aqui não gozam de um *status* de inquestionabilidade, não são provenientes do conhecimento original, nem imediatas. Nas palavras de Berti, as premissas do raciocínio demonstrativo “valem por força de si mesmas, isto é, independentemente de qualquer reconhecimento exterior” (BERTI, 2002, p. 24). Lembremos que este raciocínio é caracterizado pelo monólogo, onde o auditório não participa das formulações, mas apenas as aprende a partir do delineamento do orador.

Por outro lado, as premissas dialéticas “valem por força do reconhecimento que lhe é atribuído da parte de todos, ou da maioria, ou dos sábios” (BERTI, 2002, p. 24). A formação da premissa no raciocínio dialético é feita a partir da realidade social onde a discussão é travada, não goza de um *status* de invariabilidade. O elemento interno, que é capaz de garantir a verdade às premissas demonstrativas, não se encontra nas dialéticas. Ao invés, é necessário que um elemento externo, com é o reconhecimento social, dê validade às premissas dialéticas. A *énodoxa*, portanto, não goza de prestígio fora do contexto onde foi criada, por isso, uma premissa não pode ser transportada livremente de uma discussão para outra.

O aspecto prático e contingente das premissas dialéticas pode ser observado pelo contexto de surgimento da arte pública de persuadir. Na Grécia antiga dois tiranos

“expropriaram terras de diversos cidadãos para concedê-las a membros de sua guarda pessoal. Com a queda dos tiranos e o retorno da aristocracia, os expropriados colocaram uma série de pleitos perante o novo governo, com o objetivo de recuperar suas possessões” (ADEODATO, 2014, p. 25). Nessa situação não havia argumento que pudesse ser utilizado e garantisse a adesão dos novos governantes à tese exposta. “O sucesso desses pleitos dependia de um domínio de técnicas argumentativas” (ADEODATO, 2014, p. 25), ou seja, a capacidade de utilizar os argumentos suficientes para produzir adesão, não em uma tese inquestionável fundada na última razão que, de tal forma, impusesse aos novos governantes a devolução das terras aos seus antigos donos.

No espaço público em que esse discurso é utilizado, as premissas apodícticas, que gozam do qualificativo de primeiras, imediatas e verdadeiras não eram utilizadas. A preferência era pelas premissas dialéticas - *éndoxa*. Estas, para Berti, são “opiniões mais autorizadas, importantes, às quais se deve, em todo caso, dar crédito e das quais não se pode afastar” (BERTI, 2002, p. 25). O elemento externo à premissa é o que garantirá sua validade. Porém esse elemento externo não pode ser tido como uma opinião qualquer. Se assim o fosse, o raciocínio dialético não gozaria de crédito algum. Para formar *éndoxa*, a opinião precisa ser compartilhada.

O objetivo da dialética é diverso da apodíctica. Se nesse último o que interessa é a verdade, naquela o objetivo é o consenso. Para Berti, “não significa renunciar à verdade ou contentar-se com um grau de verdade inferior ao da ciência, porque a dialética simplesmente não se preocupa com a verdade, mas apenas com a discussão” (BERTI, 2002, p. 25). O consenso sobre as premissas é o que garante a validade da discussão, pois o uso de premissas estranhas à *éndoxa* torna o interlocutor inadequado à discussão, mesmo que as premissas usadas sejam verdadeiras ou falsas. Qual a premissa a ser usada em uma discussão, aquela verdadeira ou aquela que goza de aceitação geral (*éndoxa*)? A segunda, diria Aristóteles.

Os silogismos definidos por Aristóteles poder ser divididos em três: demonstrativo, dialético e retórico. Para Adeodato, “um silogismo é **demonstrativo** se suas premissas são verdadeiras ou aceitas como verdadeiras, ou seja, se a implicação ocorre necessariamente” (ADEODATO, 2014, p. 34 – grifo no original). Já “um silogismo é **dialético** quando suas premissas não admitem a qualificação de verdadeiras ou falsas, mas constituem-se de opiniões geralmente aceitas e tomam por base catálogos de *topoi* (ADEODATO, 2014, p. 34 – grifo no original). Este dois são diferentes pela qualidade das premissas utilizadas e as conclusões produzidas. Semelhante ao silogismo dialético, Adeodato (2014, p. 34) coloca o silogismo retórico, sinônimo de entimema.

Aristóteles (2010) ainda diferencia mais dois tipos de silogismos os quais poderiam facilmente ser confundidos com o dialético. São o silogismo polêmico ou erístico, o qual é "fundado em opiniões que, embora pareçam receber aceitação geral, de fato não recebem" (BERTI, 2002, p. 26), e o falso silogismo, o qual "não raciocina nem a partir de premissas verdadeiras e primárias nem a partir de opiniões de aceitação geral" (ARISTÓTELES, 2010, p. 348). Essa exclusão que o filósofo faz, permite entender o delineamento do silogismo dialético. Não é igual ao demonstrativo, ou seja, não trata de princípios, porém não é arbitrário. O orador não age de forma supositiva, inventando, fora do contexto real, as premissas que usará, pelo contrário, busca em elementos concretos seus argumentos.

Independente da forma de raciocínio, o que se busca é provocar adesão à tese apresentada. A preocupação de como e quais as premissas serão usadas está mais ligada à dialética, ao raciocínio contingente, pois baseado em *éndoxa*, não em verdades. Como a demonstração tem a pretensão de mostrar o desenrolar de um raciocínio baseado em verdades e princípios, não é possível chegar a conclusões diversas, assim, o orador deve preocupar-se apenas em ser claro e coerente. Não é possível ao auditor, nem ao orador, chegar à conclusão diversa daquela demonstrada, a adesão é necessária.

A dialética não tem os mesmos objetivos que o raciocínio demonstrativo, portanto deve preocupar-se em como os argumentos serão apresentados. Para Aristóteles (2005), a retórica tem esse papel. A atividade de argumentar, contrapor, acusar ou defender é realizada cotidianamente pelos seres humanos. Na realização dessa atividade, "umas pessoas fazem-no ao acaso e, outras, mediante a prática que resulta do hábito" (ARISTÓTELES, 2005, p. 89). A retórica busca estudar "a razão pela qual tanto são bem-sucedidos os que agem por hábito como os que agem espontaneamente" (ARISTÓTELES, 2005, p. 89). Por isso preocupa-se com a formação das premissas e sua utilização, pois estes elementos, quanto mais próximos do auditório para quem se dirige, maior as chances de adesão.

Ao falar do tipo de raciocínio que é usado pela argumentação retórica, Aristóteles (2005) retoma o conceito anteriormente apresentado das premissas dialéticas. As provas e os raciocínios se formam de "argumentos comuns [...] a propósito para comunicação com multidão" (ARISTÓTELES, 2005, p. 93). Não se está preocupado apenas como os argumentos que serão apresentados, mas "discernir os meios de persuasão mais pertinentes a cada caso" (ARISTÓTELES, 2005, p. 94). Fica claro como a retórica tem uma preocupação prática e, conseqüentemente, contextual, pois é a partir destes elementos que as premissas são formadas. A persuasão não pode ignorar as peculiaridades e idiosincrasias que envolvem seus auditores,

pois não há argumentos que sejam aplicáveis a todos os públicos, já que é do particular que nascem as premissas dialéticas.

Não é prudente o uso de premissas que estejam fora do contexto, pois a sua não aceitação pelo grupo torna a persuasão improvável. O uso de tais premissas é analisado por Aristóteles na *Tópica*, que está preocupada com a formação dessas opiniões de aceitação geral, é preciso reconhecer que "estamos lidando com as pessoas com base em suas próprias opiniões, não naquelas de outros" (ARISTÓTELES, 2010, p. 350). Este entendimento permite que sejam usados os argumentos mais eficientes, os mais persuasivos, descartando os que não produzirão estes efeitos.

A contingência faz parte da atividade retórica, assim como de outras ciências sociais – política, ética, direito – já que os casos não se repetem, mesmo apresentando elementos similares, o contexto exige variabilidade nos raciocínios propostos. A *éndoxa* tem por base o conjunto de seres a quem o discurso argumentativo é dirigido. Para cada novo grupo, haverá novas opiniões de aceitação geral. O que caracteriza essas premissas é a sua contextualidade, não universalidade. A *éndoxa* somente pode ser considerada uma premissa geral enquanto inserida no contexto em que surgiu e é usada. Em outros auditórios talvez esta premissa não seja compartilhada, portando não poderá ser usada, tornando-a particular.

A *tópica* aristotélica é a tentativa de "descobrir um método que nos capacite a raciocinar, a partir de opiniões de aceitação geral, [...] e nos habilite, na sustentação de um argumento, a nos esquivar da enunciação de qualquer coisa que o contrarie" (ARISTÓTELES, 2010, p. 347). Tal qual a demonstração, na argumentação é possível chegar a conclusões, mesmo sem que a ideia de verdade e princípios estejam presentes. Tal quais as premissas usadas, no raciocínio dialético, as conclusões são superáveis, sujeitas as contingências próprias das relações humanas.

Para Viehweg, Aristóteles busca "extrair e sistematizar pela primeira vez a distinção do que é apodítico, em face do vasto terreno do que é só dialético" (VIEHWEG, 2008, p. 22). O apodítico está no campo da demonstração, ou seja, é o espaço "da verdade para a pretensão dos filósofos", por outro lado, o que é dialético está no "terreno do meramente opinável, dos retóricos e sofistas" (VIEHWEG, 2008, p. 22). A *tópica* está voltada para este último lugar. O que não cabe é querer diferenciar as duas racionalidades a partir da ideia de verdade. Isto levaria falsamente a crer que o campo apodítico busca e lida com a verdade e a dialética com a falsidade, o verossímil, ou o provável.

Berti (2002) chama atenção para o fato de as traduções de *éndoxa* por **premissas prováveis** ou **premissa verossímeis** podem levar a ideia de que as premissas dialéticas têm um

grau de verdade inferior às demonstrativas ou apenas aparentam serem verdadeiras, enquanto as demonstrativas o são. Porém a diferença entre as duas premissas não pode ser colocada desta forma, tomando a ideia de verdade. Pois a *éndoxa* não tem essa preocupação, mas visa o consenso. A questão deve ser colocada entre premissas compartilhadas e não compartilhadas, assim conseguimos qualificar *éndoxa* e diferenciá-la do silogismo erístico. O que diferencia o campo da apodíctica da dialética não é a veracidade do raciocínio, mas os objetivos que perseguem. Não cabe falar em verdade nas ciências sociais (retórica, direito, ética, política, etc.), onde a dialética é aplicada, porque essa ideia está fora dos elementos que as compõe. Estas são marcadas pela contingência.

Dependendo do tipo de raciocínio empregado e, portanto, das premissas usadas, as conclusões também variam. Levando em conta esses fatores, há apodíctica "quando a conclusão é obtida mediante proposições verdadeiras ou primeiras" (VIEHWEG, 2008, p. 23), trata-se do raciocínio demonstrativo, onde a conclusão é necessária e verdadeira, tais quais as premissas primeiras. A conclusão ainda pode ser dialética que é "aquela obtida a partir de opiniões" (VIEHWEG, 2008, p. 23). Estas opiniões não podem ser particulares, pois a conclusão dialética tem "como premissas opiniões respeitadas [acreditáveis] e verossímeis, das quais se possa presumir a aceitação (*éndoxa*)" (VIEHWEG, 2008, p. 24). A dialética não trata da verdade, nem de premissa primeira, porém, não está baseada em opiniões particulares, pois se assim fosse, as conclusões seriam tantas quantas fossem as opiniões pessoais.

Éndoxa refere-se àquelas proposições que "se baseiam no que pensam todos, a maioria ou os sábios, isto é, a totalidade dos sábios, ou a maioria deles, ou os mais renomados e ilustres entre eles" (ARISTÓTELES, 2010, p. 348). Se as premissas não gozarem deste qualificativo, estaremos tratando de outros raciocínios, formados pelo silogismo polêmico ou falsos silogismos, os quais não são objeto de estudo da tópica e da retórica.

Para Viehweg, "a tópica tem por seu objeto conclusões que decorrem de premissas que parecem verdadeiras com base numa opinião respeitável" (VIEHWEG, 2008, p. 24). Só podemos entender essa afirmação de Viehweg (2008), quando usa a expressão **parecem verdadeiras**, no sentido apresentado por Berti (2002). A dialética não se preocupa com a verdade, esta é uma preocupação do pensamento apodíctico. Não há **quase verdade** ou **verossimilhança** nas premissas dialéticas, pois estes qualificativos simplesmente não interessam. A dialética usa premissas qualificáveis como adequadas ou não à persuasão e ao consenso, mas não como verdadeiras ou falsas no sentido apodíctico.

As premissas dialéticas ou *éndoxa*, podem ser agrupadas em tópicos, que são "os lugares-comuns" (ARISTÓTELES, 2010, p. 372; 2005, p. 102, 103), ou seja, as opiniões de

aceitação geral sobre as quais a retórica e tópica atuam. Este agrupamento feito por Aristóteles, por exemplo, no seu livro *Tópicos*, que compõe o *Órganon* (2010), bem como por outros autores posteriormente, permite que haja uma facilidade maior em saber quais premissas usar em casa uma das discussões. Como os *topoi* variam conforme a finalidade do interlocutor e do tipo de discussão travada, Viehweg diz que estes são "pontos de vista empregáveis em muitos sentidos" (VIEHWEG, 2008, p. 25). A *éndoxa*, por mais bem fundamentada que seja e compartilhada por um grande número de pessoas, ou mesmo pelos sábios, não apresenta um conteúdo definido e imutável, como Viehweg (2008) chama a atenção.

Expostos os principais conceitos que envolvem e diferenciam a racionalidade dialética da apodíctica e os campos onde são aplicadas, cabe passarmos ao resgate da retórica aristotélica realizado no século XX. Aqui nos interessa a teoria desenvolvida por Perelman (2005) que ficou conhecida como nova retórica. Dois conceitos nos serão caros: auditório universal e auditório particular. Por meio destes, é possível verificar como se dá a relação entre aquele que quer conduzir à adesão e o conjunto daqueles a quem se direciona o discurso. Nessa teoria, o caráter pragmático do discurso fica claro, focado na escolha e no uso de argumentos formados e direcionados a um grupo específico de ouvintes.

Perceber qual a relação que há entre a escolha dos argumentos, a adesão do auditório e contingência dos saberes sociais, será capaz de auxiliar na investigação geral desta dissertação. Além de inserirmos o direito no campo do que é dialético, acrescentaremos um novo elemento, o uso pragmático dos argumentos no discurso.

1.2 IDEIA DE AUDITÓRIO UNIVERSAL E PARTICULAR EM PERELMAN

O pensamento retórico está permeado pela dualidade da entre uma perspectiva ontológica e uma perspectiva retórica da realidade. Sob um ponto de vista ontológico, que “considera o ser humano como um ente ‘rico’ ou pleno, sua linguagem é apenas um meio para alcançar, literalmente des-cobrir, descrever os objetos do mundo, objetos que existem independentemente dela” (ADEOTADO, 2015, p.26). Nesta perspectiva, a realidade se apresenta de forma imutável, a qual os seres humanos apenas apreendem, sem participar na sua formulação. No direito, essa forma de pensar, reflete em teorias que “acreditam que regras corretas e previamente fixadas – ‘racionais’ – vão conduzir a decisões corretas nos casos concretos” (ADEODATO, 2015, p. 25). Acreditar na existência de tais regras, comparáveis às premissas apodícticas de Aristóteles, faz com que as decisões judiciais sejam entendidas como

produtos das normas jurídicas e não o contrário, onde as normas jurídicas são usadas para justificar a decisão.

Opondo-se à perspectiva ontológica da realidade, Adeodato aponta a perspectiva retórica, para a qual “não há fatores externos a servir de critério para uma verdade ‘objetiva’, pois todo objeto é formado pela própria linguagem e todo conhecimento consiste de **acordos linguísticos intersubjetivos** de maior ou menor permanência no tempo” (ADEODATO, 2015, p. 26 – grifo no original). Ao abandonar a busca pela verdade objetiva, no direito, as decisões jurídicas passam a ser vistas como conclusões possíveis, justificadas pelas normas jurídicas, não determinadas por estas. E as normas não são elementos de certeza imutável, mas fruto dos pactos sociais para o estabelecimento de ordem social, portanto instrumentos para finalidades específicas.

Não cabe tomarmos estas perspectivas como noções puras da realidade, mas apenas como “tipos ideais”, adverte Adeodato (2015, p. 27), sabendo que o que prevalece em um momento ou outro são variáveis entre estas. Porém, na filosofia ocidental, Adeodato firma que tem prevalecido uma perspectiva ontológica, na religião o monoteísmo, na ciência a verdade, a ética a justiça, fruto daquela “necessidade atávica do ser humano por segurança” (ADEODATO, 2015, p. 27), na qual a dúvida não encontra espaço.

A perspectiva retórica, para Adeodato (2015, p. 27) poder ser tomada em três sentidos: material, estratégico e analítico. No primeiro sentido “significa dizer que a própria realidade é retórica, pois toda percepção se dá pela linguagem, a convicção radical de que não há percepção nem apreensão fora da linguagem, muito menos ‘objetos’” (ADEODATO, 2015, p. 27). Porém não se pode afirmar que há uma realidade para cada relato produzido. Adeodato sugere que há “graus” de realidade, o qual será maior ou menor dependendo dos “outros seres humanos, da possibilidade de **controles públicos da linguagem**” (ADEODATO, 2015, p. 27 – grifo no original). Estas regras de controle da retórica material são mutáveis, fazendo com que a realidade também o seja.

A retórica estratégica, ou prática, “compõe-se do conjunto de estratégias que visam interferir sobre aqueles métodos [retórica material] e modificá-los, influir sobre eles para ter sucesso em determinada direção escolhida” (ADEODATO, 2015, p. 28). Adeodato chama a retórica material de método porque são os elementos que conduzem a condutas das pessoas. A retórica estratégica, caracterizada por um viés pragmático, é o conjunto de estratégias para interferir na retórica do primeiro sentido. Consiste em “observar como funciona a retórica material e a partir daí constrói doutrinas, teorias (*logias*) que buscam mudar, transformar, conformar os métodos do primeiro nível retórico” (ADEODATO, 2015, p. 28).

A retórica analítica irá ocupar-se do estudo sobre os dois sentidos anteriores, verificando como se relacionam entre si. Este terceiro sentido caracteriza-se pela “atitude descritiva e pela correspondente tentativa de neutralidade, por isso nunca é normativa, ao contrário dos outros dois níveis” (ADEDATO, 2015, p. 28). O primeiro nível busca determinar as escolhas das pessoas conforme a que é a realidade. O segundo nível visa influenciar a constituição do primeiro, formando teorias, indicando valores que formaram uma nova realidade, no direito temos as doutrinas dogmáticas que influenciam na formação da realidade jurídica.

A retórica não se resume as estratégias de formação e influência na realidade, mas pode ir além buscando o estudo da inter-relação entre esses dois níveis. No estudo das decisões judiciais, a retórica pode contribuir para a análise de qual realidade prepondera na formação da decisão judicial e como as normas jurídicas influenciam na sua formação. Aqui a retórica é aplicada em dois níveis, pelos interlocutores – legisladores, magistrados, partes e sociedade – na comunicação, e no estudo da elaboração desta.

Não podemos perder de vista o fato de o surgimento da retórica remontar às discussões jurídicas. O campo jurídico sempre esteve permeado por questões sem último fundamento, mas “politicamente ligada ao espaço público da palavra livre e aos efeitos do discurso sobre as relações sociais” (ADEODATO, 2014, p. 25). A persuasão sempre foi o objetivo do discurso jurídico, utilizando-se de argumentação mais ou menos complexa. A existência de um auditório, a quem a argumentação era destinada, com características particulares sempre fez parte da ideia de retórica. Em um primeiro momento se está diante de “estratégias e procedimentos destinada a influir sobre os tribunais e assembleias e garantir a eficiência persuasiva do discurso” (ADEODATO, 2014, p. 25). Hoje a retórica, como já percebida por Aristóteles, permeia todos os campos sociais, particulares e públicos. Mesmo os magistrados, aos proferirem suas decisões, fazem como oradores frente a um auditório.

A ideia aristotélica de que retórica é “uma competência teórica e prática para perceber os meios mais adequados a obter os efeitos desejados, fazer a comunicação conformar o mundo, transformar ideias e palavras em realidade” (ADEODATO, 2014, p. 26), foi retomada no século XX. Berti (1997) cita vários pensadores que, a partir desse período, tomaram estas ideias de Aristóteles para fundamentar suas teorias. Entre estes está a nova retórica de Perelman (BERTI, 1997, p. 231).

Na dialética aristotélica, a discussão pressupunha dois interlocutores e um auditório que os observasse e concluísse pelo vencedor. Este público, “em certo sentido, faz as vezes de árbitro, e decide qual dos dois teve sucesso” (BERTI, 2002, p. 23). Pelo uso das premissas

compartilhadas por todos os ouvintes é que público concluirá qual dos interlocutores conseguiu refutar o outro. Na nova retórica, Perelman (2005) deixa de lado esse público árbitro da discussão. O enfoque é nos dois interlocutores, aqui chamados de orador e auditório, conforme assumam o papel de explanador ou ouvinte da tese defendida.

Perelman buscava desenvolver uma “lógica dos juízos de valor, com o âmbito de subtrair este âmbito do domínio do irracional” (BERTI, 1997, p. 285). O abandono das questões de valor pela lógica formal tornou-se uma preocupação especialmente após o fim da Segunda Guerra Mundial, em virtude dos graves crimes cometidos contra a humanidade naquele conflito. Foi após o término da guerra que Perelman começou sua investigação. O que ele constatou foi a inexistência de uma racionalidade própria dos juízos de valor, daí passou ao estudo das “técnicas de argumentação e persuasão estudadas pelos antigos, em particular por Aristóteles” (BERTI, 1997, p. 285). Foi nos escritos de Aristóteles que percebeu a argumentação dialética como a “forma de racionalidade peculiar das ciências morais, isto é, da ética, da política e do direito” (BERTI, 1997, p. 285).

Os interlocutores (orador e auditório) no campo das ciências morais estão inseridos no campo do contingente. A atuação desses atores é baseada em boas ideias e premissas aceitas pelo grupo social, mas não trata de verdades ou certezas absolutas. O orador faz, segundo Perelman, um uso pragmático das premissas dialéticas (*éndoxa*), que visa à adesão do auditório, “conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação” (PERELMAN, 1996, p. 22). Ao delimitar a ideia de auditório, Perelman (1996) chama a atenção para contextualidade que está presente em todas as relações discursivas.

Para Berti, a nova retórica de Perelman, “é uma lógica não do ‘racional’ mas do ‘razoável’, não da ‘demonstração’ mas da ‘argumentação’, ou seja, é a lógica típica das questões práticas, éticas, políticas e jurídicas” (BERTI, 1997, p. 288). Em Perelman (2005), a retórica está ligada ao campo do conhecimento humano onde não há demonstração, portanto, raciocínio rigoroso, aquele baseado em enunciados fundamentais e premissas indemonstráveis.

Berti (1997) faz uma ressalva que diferencia a nova retórica de Perelman da dialética aristotélica. Para Berti, Perelman trata da dialética como uma lógica menos rigorosa que a lógica formal (demonstrativa). Porém, segundo Berti (1997) para Aristóteles não havia esta diferenciação entre as duas racionalidades, pois ambas gozam do mesmo rigor. O que é menos rigoroso é o objeto da racionalidade dialética, “isto é, os bens e as ações humanas, não à lógica da qual se serve” (BERTI, 1997, p. 290). Isto demonstraria que, para Perelman, somente a racionalidade apodíctica é uma lógica rigorosa, da qual em vão as ciências práticas procuram se aproximar. Independentemente dessa divergência conceitual entre Aristóteles e Perelman, o

que este último fez foi resgatar, para o campo da ciência prática, uma lógica renegada ao esquecimento. Influenciados ou não por essa redescoberta da retórica outros pensadores desenvolveram estudos que ligaram este conhecimento das ciências práticas. Por exemplo, o filósofo alemão Viehweg “mostrou como a jurisprudência se serve do método tópico-dialético” (BERTI, 1997, p. 291).

Nestas ciências práticas, o orador não é livre para argumentar como quiser, pois, está limitado pelo contexto do auditório. Porém, este não é um dado objetivo, mas um construto do orador. Este conjunto de pessoas é uma "construção mais ou menos sistematizada" (PERELMAN, 1996, p. 22), presumida pelo orador, pois não é possível, com absoluta certeza, saber de todos os elementos que compõem o auditório a quem se dirige.

A construção que o orador faz precisa ser ‘tão próxima quanto possível da realidade’ (PERELMAN, 1996, p. 22). Porém, não há como saber com exatidão se aquilo que é presumido pelo orador corresponde à realidade. Nada determina que o orador conseguirá construir uma presunção próxima ou distante da realidade. O recurso que poderá utilizar aqui é a experiência, a qual é mais uma construção humana, sem caráter absoluto. Tanto os argumentos a serem usados como o auditório a quem se destina são produtos contingentes. Quanto mais próximo à realidade forem as presunções do orador, mais provável será a adesão. Porém, agindo ao contrário, maiores são as chances de utilizar argumentos inadequados àquele auditório.

Levando em conta as ideias de Perelman (2005), podemos dizer que as grandes questões que cercam o direito como a igualdade, a liberdade, e a democracia, ou seja, o que seu conjunto forma o discurso dos direitos humanos, não possuem um discurso unívoco, com qual seja possível argumentar perante todos os seres humanos. O grau de contingência que cerca estes temas estão ligados tanto ao processo de formação das premissas (*éndoxa*) quanto à forma como o orador irá acessar tais temas. Para Perelman, em nenhum desses momentos há certeza (no sentido de última razão) sobre os argumentos a serem usados, pois o orador é quem terá o protagonismo tanto na presunção de quais são as premissas do auditório, bem como dentre estas, que irá utilizar.

O êxito da argumentação está ligado à capacidade do orador em conhecer bem os argumentos e seu auditório. Se os ignorar, não levando em consideração aquilo que o auditório considera como válido, provavelmente, não conseguirá a adesão destes à sua tese. Para Perelman (2005), os argumentos usados no discurso precisam ser baseados nas premissas consideradas aceitas pelo auditório. O que conduz o uso dos argumentos é a adesão. Há uma finalidade que é perseguida pelo orador, que somente será atingida se usar os melhores argumentos específicos para tal auditório. Assim como para Aristóteles (2010), em Perelman

(2005) a questão sobre a veracidade ou falsidade das premissas utilizadas não é levada em conta, não ganha o mesmo relevo que na lógica formal (apodíctica).

No direito, por exemplo, a ideia de dignidade humana não possui um conteúdo verdadeiro ou falso. Este é um *topos* utilizado por diversos discursos, ou seja, é uma opinião de aceitação geral ou de aceitação pela maioria ou os mais sábios, nas palavras de Aristóteles (2010). Mas não há como concluir uma discussão acerca da proteção ou violação dessa ideia dizendo ter-se encontrado a verdade ou falsidade na afirmação. O que é possível é aferir o grau de adesão ou não à tese defendida, tudo segundo o contexto em que esta é travada. Esta premissa não é necessária, pois, por mais que o orador esteja convencido da sua veracidade, jamais conseguirá a adesão sem apresentar as razões segundo os fundamentos do auditório.

Contrastando com a racionalidade dialética, Perelman afirma que os raciocínios apodícticos são realizados "partindo de premissas necessárias" e resultam em conclusões "igualmente necessárias ou válidas" (PERELMAN, 1998, p. 1). Esta forma de raciocinar tem sua correção ligada à forma de encadeamento do raciocínio, o que lhe garante validade. A preocupação que cerca tal sistema é apenas a escolha de "signos e regras que evitem dúvidas e ambigüidades" (PERELMAN, 1996, p. 15). As premissas e as conclusões não são passíveis de questionamentos, como falamos, pois, são, necessariamente, aceitas. O orador, neste caso, não deve preocupar-se com adesão dos ouvintes, pois a demonstração chega à conclusão coercitiva. Lembrando-se do exemplo usado por Berti (2002) a demonstração é caracterizada pelo monólogo, onde um dos interlocutores ensina e o outro apenas aprende. Não há apresentação de contestação à tese desenvolvida.

A coercibilidade desta forma de raciocínio apresenta-se em dois níveis: primeiro, a conclusão é necessária, não é possível que o orador decida entre outra possibilidade. O desenrolar do raciocínio leva a apenas uma decisão, a verdadeira, sendo as demais, falsas. Segundo, não é preciso que o orador preocupe-se com a adesão do auditório, pois este será coercitivamente levado àquela. Não cabe ao grupo de ouvintes quaisquer escolhas, necessariamente deverão aderir à tese demonstrada. Uma das características apontadas por Aristóteles (2010) da racionalidade apodíctica é a necessidade da conclusão em decorrência das premissas apresentadas.

Por outro lado, os raciocínios dialéticos estão ligados "às deliberações e às controvérsias" (PERELMAN, 1998, p. 2), onde a adesão não é coercitiva, pois será mais ou menos forte, conforme os argumentos utilizados. Ao contrário do raciocínio apodíctico, a conclusão não será necessária, devendo o orador fazer escolhas, chegando à decisão razoável. Há sempre a possibilidade de "decidir de outro modo" (PERELMAN, 1998, p. 3), ou seja, nem

as premissas nem as conclusões são necessárias. Nessa forma de raciocínio não existem processos necessários, seja a decisão, seja a adesão. Todo o desfecho provisório do raciocínio está ligado ao uso dos argumentos. Quanto melhor os argumentos, mais provável a adesão, quanto pior os argumentos, menos provável será a adesão. Porém o que define um argumento como mais forte ou mais fraco?

Essa questão está ligada ao contexto no qual os argumentos são apresentados. Não existem argumentos universais os quais podem levar todos os seres racionais à adesão. Levando em conta o que Perelman (2005) fala, existem apenas argumentos particulares que, em determinados contextos, são mais eficientes em promover a adesão, mas este processo jamais pode ser considerado como necessário. Para Perelman, "cada meio poderia ser caracterizado por suas opiniões dominantes, por suas convicções indiscutidas, pelas premissas que aceita sem hesitar" (PERELMAN, 1996, p. 23). São as opiniões, convicções e premissas que devem ser usadas pelo orador na argumentação, pois como são elementos aceitos pelo contexto ao qual irão dirigir-se, estas serão melhores na promoção da adesão. Os argumentos somente poderão ser avaliados conforme o meio no qual são empregados, pois, para cada meio, haverá uma gama de argumentos que, em outro contexto, não produzirá o mesmo resultado.

O êxito da argumentação em persuadir o auditório é proporcional à adaptação do orador a este grupo particular. Para Perelman, "o importante, na argumentação, não é saber o que o orador considera verdadeiro ou probatório, mas qual é o parecer daqueles a quem ele se dirige" (PERELMAN, 1996, p. 26, 27). Diante de um contexto, o orador precisa buscar neste meio os argumentos para a persuasão. No pensamento dialético, a ideia de verdade não é perseguida. O argumento é qualificado como forte ou fraco, tendo a adesão como parâmetro, mas não como verdadeiro ou falso. Por isso que, na lista de *topos*, como na elaborada por Aristóteles (2010), estes são apresentados conforme o contexto a serem usados.

Comparando o auditório, de Perelman (2005), com o público que assiste a discussão, de Aristóteles (2010), ambos têm papel decisivo para definir qual a tese vencedora da discussão. Em Aristóteles, o público serve para fornecer as premissas a serem usadas, pois nenhum dos interlocutores pode usar outras que não as compartilhadas por todos, bem como determinar qual das teses é a vencedora. O auditório, em Perelman (2005), tem relevo parecido, apesar de aqui o auditório ser o conjunto daqueles a quem o orador busca a adesão. O conjunto de pessoas para as quais o orador se dirige é que delimitará quais as premissas serão usadas, pois devem ser por este aceita, e, ao manifestar adesão ou não à tese, definirá se o orador teve êxito.

Em Perelman (2005), o orador, na utilização dos argumentos, deve levar em conta dois pontos acerca destes. Primeiro, deve usar argumentos a partir e para um auditório particular,

pois tem mais chances de persuasão. Segundo, os usos desses mesmos argumentos particulares, sendo o auditório heterogêneo, podem promover a dissuasão, pois o que convencer parte do auditório, será, ao mesmo tempo, fundamento para a não adesão do restante. Nem mesmo o fato de falar para um único auditório garante que os argumentos usados serão suficientes para conduzir todos à adesão.

Como dissemos anteriormente, o auditório é uma construção ideal do orador. Nesta mesma linha, os argumentos serão mais persuasivos à medida que forem capazes de convencer o maior número de auditores. Isto só será possível se, ao idealizar o auditório, o orador for capaz de fazê-lo de forma universal, ou seja, imaginando argumentos que, apesar das particularidades, sejam capazes de persuadir o maior número de auditores.

A correspondência entre as presunções do orador e a realidade do auditório provavelmente não será absoluta, pois esta é guiada pela experiência do orador, elemento tão contingente quanto o próprio auditório. Trata-se, "nesse caso, não de um fato experimentalmente provado, mas de uma universalidade e de uma unanimidade que o orador imagina, do acordo de um auditório que deveria ser universal [...]" (PERELMAN, 1996, p. 35). A idealização do orador ganha grande relevo na escolha dos argumentos a serem utilizados. Quais os argumentos mais fortes para cada auditório? Esta pergunta será respondida pelo próprio orador, o qual não tem elementos objetivos para defini-los.

A percepção que orador tem de que está diante daquilo que é contingente deve levá-lo a algumas conclusões: primeiro, precisará argumentar, apresentar boas razões, as melhores e mais aceitáveis pelos auditores, agindo dessa forma, conseguirá mais êxito. Não adianta o orador acreditar e argumentar com base em certezas e verdades se esses pontos não são compartilhados pelos auditores. Acreditar na adesão necessária pode levar o orador ao fracasso na persuasão.

O segundo ponto que se precisa levar em conta é que, apesar da contingência, o argumento, dirigido ao auditório universal, "deve convencer o leitor [auditório] do caráter coercitivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intertemporal e absoluta, independente das contingências locais e históricas" (PERELMAN, 1996, p. 35). Esta qualidade, pretensamente universal, conferida ao argumento não o descaracteriza como particular, já que "o auditório universal é constituído por cada qual a partir do que se sabe de seus semelhantes, de modo a transcender a poucas oposições de que se tem consciência" (PERELMAN, 1996, p. 37). Quanto mais informações tiver o orador sobre o auditório, mais chances têm de êxito na adesão. Os argumentos (*éndexa*) usados pelo orador são particulares, pois são fruto de um contexto específico, o auditório particular de onde provêe para quem são dirigidos. Mas devem

ser apresentados como sendo universais, para que o auditório seja convencido da coercibilidade da premissa apresentada e seja levado à adesão.

É possível inferir que, para Perelman (2005), o auditório particular e universal coexistem, ocupando ambos o mesmo espaço e tempo. A universalidade, seja do auditório, seja dos argumentos, é sempre particular. Varia na história o que os seres humanos consideram como "real, verdadeiro e objetivamente válido" (PERELMAN, 1996, p. 37). Há um grupo de argumentos que os indivíduos de uma dada cultura idealizam válidos para além das suas concepções, gozando de validade universal, os quais seriam capazes de convencer quaisquer seres humanos, mesmo que não compartilhassem da mesma cultura. O que há, desta forma, são idealizações de auditórios e de argumentos, conferindo-lhes a qualidade de universal.

Os sistemas jurídicos positivos poderiam ser vistos como esse conjunto de premissas com qualidade particular, mas com pretensões universais, especialmente quando falamos de um grupo de normas que gozam de grande abstração – os princípios. Cada povo os elege como sendo capazes de representar os anseios de toda a humanidade, portando universais. Ao argumentar a partir destes *topoi*, o jurista consegue, com mais facilidade, a adesão do seu auditório, pois estes compartilham das mesmas premissas e mais, as consideram de valor coercitivo.

Na tópica de Viehweg (2008) e na nova retórica de Perelman (2005), há a existência de um elemento em comum, o qual remete a Aristóteles (2010), que é o uso, no direito, de argumentos não apodícticos, ou seja, a formação do raciocínio jurídico a partir da *éndoxa*. Considerando que os juristas não raciocinam a partir de premissas últimas, a adesão à tese defendida depende do uso que estes fazem das ideias que compõe o sistema jurídico do qual fazem parte. Aqui os elementos são variados conforme as normas do direito são exteriorizadas, em linhas gerais, os grandes sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*) têm nas leis, nos costumes e nos casos já julgados (os precedentes) a base do sistema. São a partir destes enunciados que as normas jurídicas são expressas.

Nenhum desses elementos que formam o direito goza do *status* de inquestionabilidade ou de última *ratio*, mas representam um construído cultural de cada uma das sociedades onde são observados. São aplicados e substituídos conforme as mudanças sociais. Assemelham-se à *éndoxa* aristotélica, pois são de aceitação geral, tornando-se a base do sistema jurídico, os quais guiarão os juristas na sua interpretação e aplicação do direito. Não precisam gozar do *status* de verdade para realizarem um dos seus objetivos que é justificar as decisões judiciais.

Ao trabalhar com estes elementos que são contingentes, pois variáveis no tempo e no espaço, as decisões judiciais não gozam de maior força que os argumentos utilizados para sua

justificação. Sendo a *éndoxa* uma produção social mutável, assim também são as decisões dos magistrados, possuem uma estabilidade que não é infinita, mas provisória.

CAPÍTULO 2 - DIREITO COMO ESPAÇO CONTINGENTE E PRAGMATISTA

2.1 A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL–PARA ALÉM DO RACIOCÍNIO DEDUTIVO-FORMAL

Os valores que fundamentam o processo de formação das decisões judiciais, baseadas numa forma específica de raciocínio, têm raízes no arcabouço teórico das transformações sociais e políticas do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa. Daí saiu vitoriosa uma forma social que, segundo Wolkmer (2001, p. 26), está alicerçada numa sociedade burguesa, de modo de produção capitalista, ideologia liberal-individualista, organizada por meio de um Estado Soberano. A transição entre o Estado monárquico, fundado numa “estrutura pluralista [fragmentada], policêntrica e complexa” do sistema feudal, e o Estado liberal é marcado pela ascensão de uma estrutura “territorial concentrada, unitária e exclusiva” (WOLKMER, 2001, p. 40). A característica que se mantém da antiga para a nova estrutura é a ideia de um Estado absoluto, deixando de lado a figura do rei e sua legitimidade divina, para um Estado secular e burocratizado, mantendo a mesma ideia de completude e monopólio das normas jurídicas.

A racionalidade apodíctica, expressa pela apresentação de premissas imutáveis e conclusão necessária, ganhou relevo para explicar a formação da decisão judicial, pois garantia as finalidades do Estado moderno. Por isso o raciocínio dedutivo-formal é a forma de pensar predominante como explicação da tomada de decisão. Este é o modo "característico do raciocínio legal, ainda que nunca tenha sido exclusivo nem excludente" (LORENZETTI, 2010, p. 170). Mesmo tendo outras teorias explicativas tão antigas quanto, a racionalidade demonstrativo-formal é mais usada pela segurança que confere ao processo de elaboração das decisões. Havendo uma norma legal expressa e um fato conhecido, a conclusão torna-se uma decorrência destas, sem influência externas.

O raciocínio dedutivo é caracterizado por colocar a regra jurídica como o ponto de partida para as decisões judiciais. Segundo Lorenzetti (2010, p. 170, 171), esse modo de raciocínio pode ser dividido em três passos: a) identificar o conjunto de premissas jurídicas válidas, ou seja, o elemento normativo que é a premissa maior; b) delimitar o suporte fático, que formará a premissa menor, sendo este o elemento fático sob o qual a norma jurídica incidirá; c) por fim a dedução da solução final, ou seja, a aplicação da premissa maior (elemento normativo) à premissa menor (elemento fático).

Esse método tenta descrever o processo de formação da decisão judicial, entretanto, não é capaz de fazê-lo. Há uma alta carga prescritiva nesse esquema. Para que este modelo seja adequado, é necessária uma atuação do juiz com "clareza e neutralidade moral" (LORENZETTI, 2010, p. 171). Desta forma, somente se tais valores forem pressupostos na atuação dos magistrados é que esta teoria poderá explicar e descrever a formação da decisão.

A carga axiológica do modelo dedutivo de explicar a tomada de decisão encontra raízes no racionalismo moderno. O modelo de dedução foi amplamente difundido por Descartes (2011), que considerava este o único método eficaz para conseguir conclusões verdadeiras. Quando fala, no discurso sobre o método, acerca da produção do conhecimento verdadeiro, o trata como sendo uma "dedução de uma verdade a outra" (DESCARTES, 2011, p. 26). Para explicar essa forma de raciocínio, Descartes compara essa "dedução de uma verdade a outra" a uma "longa cadeia de raciocínios simples e fáceis" (*ibid*). No pensamento cartesiano, não há dúvidas, obscuridades e nem ocultação de qualquer das premissas que são usadas no raciocínio. O que o torna mais uma prescrição da forma de agir, do que uma descrição dos fatos.

O pensamento cartesiano parte de alguns *topoi*, como certeza, verdade e neutralidade. Porém, não é possível verificar a presença de tais valores de forma abstrata, pois estes só ganham sentido em um contexto específico, ou seja, variável conforme o uso. Para descrever a formação da decisão judicial, não se pode partir da pressuposição da existência de alguns determinados valores. É necessário buscar, na própria realidade, os axiomas que estão presentes, mesmo que não sejam aqueles mais adequados às teorias predominantes.

A crítica a esta forma de pensar feita por Perelman (2005), parte do fato de que os sistemas filosóficos buscam, tradicionalmente, o absoluto, seja o ser, a justiça, a verdade. É dispensável, nesses sistemas ideais, os recursos às técnicas argumentativas, expressas no raciocínio dialético, já que o "evidente não exige prova e o que é claro é compreendido imediatamente" (PERELMAN, 2005, p. 362), a mera exposição em forma de monólogo já seria suficiente para a adesão.

Para o raciocínio formal, do qual Descartes é um grande expoente, a racionalidade está ligada à certeza e ausência de dúvidas. Quando descreve os procedimentos que deverão ser usados na busca da verdade, Descartes (2011) faz uma distinção entre prática e procura da verdade. Com relação à primeira, o autor admite que "às vezes é necessário adotar, como se acima de dúvidas, as opiniões que nós discernimos serem altamente incertas" (DESCARTES, 2011, p. 36). Há verdadeira cisão entre o saber teórico e a prática. Somente quando fazemos essa separação é que podemos continuar a perseguir ideias e valores que, na prática, não encontrem correspondentes, mantendo uma lógica formal em funcionamento.

Quando trata da busca da verdade, a opinião de Descartes (2011) é exatamente o oposto. Para o autor, aqui "devo rejeitar como absolutamente falsas todas as opiniões com respeito às quais poderia supor a menor base de dúvidas" (DESCARTES, 2011, p. 36). A dúvida está ligada a ausência de verdade e deve ser rejeitada pela razão. No raciocínio cartesiano, a dedução deve ser realizada a partir de premissas absolutas, sob as quais não haja contradição. Estando estes elementos presentes, haverá mera demonstração por parte do expositor, o que levará qualquer ser racional à adesão compulsória.

Todo o raciocínio desenvolvido por Descartes (2011) está ligado à existência de uma verdade absoluta e de uma última razão, da qual os humanos não são portadores. O agir humano só é racional quando está na busca desta unidade, que é Deus. Este "Ser Perfeito" é a fonte de todas as coisas que possuímos.

A clareza e a distinção são qualidades inerentes a este "Ser Perfeito", por isso "todas as coisas que concebemos clara e distintamente são verdadeiras", segundo Descartes (2011, p. 41). Seguindo esta ideia, os raciocínios seguem uma linearidade, como se estivessem encadeados. Há fonte de todas as coisas, portanto a partida para toda a razão, qualquer raciocínio que parta deste ponto gozará das qualidades de certeza, clareza e distinção.

Os reflexos dessa forma de raciocinar são expressos por Descartes ao considerar imprudente a pluralidade de ideias, preferindo os trabalhos "completados por um único mestre" (DESCARTES, 2011, p. 20). Sobre as normas jurídicas, Descartes (2011) afirma que aquelas que são gradativamente produzidas, conforme as mudanças sociais vão acontecendo, ou seja, "tiveram a sucessão de suas leis simplesmente determinada [...] por experiência da perniciosidade de certos crimes e disputas. [...] vêm a ter instituições menos perfeitas" (DESCARTES, 2011, p. 21). Para Descartes, os processos que levam muitas opiniões não gozam de prestígio, pois não refletem uma produção linear, absoluta e certa do conhecimento, ou seja, não é expressão da fonte suprema, que para ele é Deus (Ser Perfeito).

Por outro lado, Descartes (2011) menciona as sociedades que "do começo de sua associação em comunidades, seguiram as determinações de algum legislador sábio" (DESCARTES, 2011, p. 21). Para o autor, essa segunda forma de produzir as normas sociais (jurídicas) é mais perfeita, ou seja, reflete a forma de produção do "Ser Perfeito", que é uma produção unilateral. Isto confirma a preferência que ele nutria pelas formas não plurais de produção. O parâmetro ideal que Descartes (2011) usa são as normas que foram produzidas por Deus que, como "Ser Perfeito", é único e todo sábio, capaz de sozinho produzir as normas verdadeiras. Quaisquer outras normas que não sejam produzidas por Deus, ou seguindo o seu modo, para Descartes (2011), não são verdadeiras.

Isso faz deixar de lado toda a contingência que possa haver na sociedade, para aproximar-se de um plano racional ideal. Na seara jurídica, este pensamento se reflete na ideia de que "uma norma que é obra de um só vale mais do que a que foi elaborada por vários através das transformações da história" (PERELMAN, 2005, p. 363). O diálogo e a construção das normas a partir dos conflitos, apesar de mais próximos da realidade, são preferidos em detrimento de uma racionalidade puramente formal, baseada em valores como a certeza, a imposição e o absoluto, todos tidos como ligados à razão.

Quando as relações entre homem e Deus são postas como Descartes (2011) o fez, para Perelman, estamos diante de uma teoria que "prepara e prefigura a teoria do poder absoluto sob todas as suas formas" (PERELMAN, 2005, p. 363), pois, na visão cartesiana, "a razão não passa de submissão a uma vontade perfeita" (PERELMAN, 2000, p. 364). Mais uma vez, o raciocínio dialético não encontra espaço, pois está fundamentado em premissas opostas à lógica formal.

É necessário atentarmos para o fato que o raciocínio dedutivo não está preocupado em descrever a realidade, mas tão somente em construir uma abstração ideal do processo de formação do conhecimento. Essa forma de pensar tornou-se o "paradigma predominante" (SANTOS, 2011, p. 60) na modernidade, abarcando todos os campos da produção científica.

A grande expressão, no Direito, dessa forma de pensar veio nas codificações do século XIX. Esse momento esteve fundamentado por uma concepção filosófica específica, com valores bem definidos. Segundo Bobbio, haveria a crença em um "legislador universal" que pudesse realizar um "direito simples e unitário". (BOBBIO, 1995, p. 65). É notória a preocupação com os mesmos axiomas que o método dedutivo defendido por Descartes. Porém, esta forma de encarar o direito está ligada à forma de conceituar este fenômeno jurídico, negando os conflitos que internamente possui. Só é possível aplicar essa racionalidade dedutivo-formal ao caracterizarmos o direito como simples, unitário e capaz de ser compreendido facilmente por todos.

A Escola Histórica do Direito, fim do século XIX e começo século XX, na Alemanha, já apresentava pontos de ligação com positivismo jurídico nascente, como a "crítica radical ao direito natural", pois não concebia o direito como "universal e imutável, deduzido pela razão" (BOBBIO, 2006, p. 45, 53). Porém, a escola histórica não é a influência primeira do positivismo jurídico, pois apresenta importante ponto de desacordo com esta. Segundo Bobbio, a influência imediata do positivismo jurídico são as grandes codificações "ocorridas entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que representam a realização política do princípio da onipotência do legislador" (BOBBIO, 2006, p. 54). Com relação ao movimento de codificação, "a escola histórica assume uma posição de clara hostilidade" (BOBBIO, 2006, p. 54).

Conforme Bobbio (2006, p. 84), com a realização das codificações, surgiu a Escola da Exegese, século XIX, a qual pode ser usada como paradigma para análise dos valores que eram tidos como predominantes. Havia um apego absoluto à lei, reduzindo totalmente o direito àquela. As normas codificadas estavam no topo do pensamento jurídico o qual buscava afastar qualquer influência de elementos externos. Sendo a lei produto da atuação do legislador, existia um argumento de autoridade para sua observância. Apesar da visão simplista e reducionista da Exegese, de acordo com Bobbio (1995, p. 79) é possível vislumbrar como as ideias do racionalismo moderno manifestaram-se nas ciências jurídicas por meio da confiança absoluta nos legisladores e códigos. Mesmo que esta crença num legislador absoluto e numa legislação perfeita tenha sido mitigada atualmente, ainda há resquícios desta forma de pensar, por exemplo, na aplicação de normas jurídicas sem que seja dado primazia à realidade social.

O dogma da separação de poderes, que delimita de forma compartimentada o exercício das funções estatais, reforça a ideia de certeza no direito criado pelo legislador, conforme Bobbio (1995, p. 79). O momento de elaboração e justificação da decisão judicial esteve sempre relegado ao segundo plano, pois não passava de mera reprodução e aplicação por meio de um silogismo dedutivo, partindo da ideia que o Judiciário exerce a sua função de forma neutra. É preciso deixar claro que esta visão da atuação dos magistrados e o papel da lei e do legislador na sociedade não podem ser atribuídas ao positivismo jurídico. Esta, como teoria que descreve uma realidade não nega que valores permeiam a produção judicial.

A negação da existência de valores na aplicação do direito e de influência não normativa não pode ser atribuída ao positivismo jurídico enquanto metodologia. Bobbio (1995) identifica esse modo de raciocinar com o positivismo ideológico. Essa ideologia consiste no "dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal" (BOBBIO, 1995, p. 225). Quando o positivismo jurídico é abordado de uma perspectiva teórica, esta negação não está presente. Por exemplo, Kelsen, quando trata da questão, não nega que haja influências não normativas e escolhas axiológicas por parte do juiz.

O que Kelsen procurou fazer foi descrever como o direito positivo se apresenta na realidade, não prescrever como deve ser. Ele não escreveu uma teoria da decisão, tendo se preocupado com outras questões, estas mais relacionadas com a produção das normas e sua existência dentro de um ordenamento jurídico. Porém, alguns trechos de suas obras são importantes para a discussão aqui iniciada acerca da descrição dos fenômenos jurídicos e o reconhecimento da existência de influências externas ao direito na formação da decisão judicial.

Na “Teoria Pura do Direito”, em diversas passagens, o autor deixa claro que reconhece a existência de outros campos do conhecimento, mas que a ciência jurídica não deve se

preocupar com estes por "um princípio metodológico fundamental" (KELSEN, 1998, p. 1). Kelsen (1998) não nega a existência de valores nem mesmo a sua relação com a ciência jurídica, apenas indica que estes possuem um caráter relativo, ou seja, não são apresentados como imutáveis, mas contingentes a partir das escolhas realizadas na produção das normas jurídicas.

Se pudéssemos, por exemplo, tomar o valor justiça como aquele suficiente e necessário para dizer o que é o direito. Neste caso, sob o ideal de justiça capitalista, um ordenamento coativo comunista não seria de modo algum Direito, e vice-versa, de acordo com Kelsen (1988, p. 55). Pela ausência de um conteúdo estável, os valores, como a justiça, não podem ser usados para caracterizar o Direito, pois, para Kelsen (1998), não há, para além das normas jurídicas, critério que seja capaz de servir de parâmetro.

A análise acerca de valores, feita por Kelsen (1998), tem uma perspectiva de descrição. Não está voltada à justificação ou prescrição de uma ordem jurídica segundo alguns valores específicos, mas de reconhecer sua existência. Por isso, Kelsen (2001, p. 6) faz uma distinção entre juízos de valor e juízos de realidade. Os juízos de valor estão fora do campo do direito, pois dependem de nosso elemento emocional. Estes estão ligados a interesses que variam de pessoa para pessoa, de tal forma, que não se pode valorar as escolhas como boas ou más. Já os juízos de realidade são feitos a partir das normas jurídicas positivadas, posto que estes são determinadas, há um critério real para as considerações a seu respeito.

Diante das escolhas políticas e dos conflitos de interesses é que o questionamento sobre os valores é realizado. Somente no caso de uma tentativa de objetivar os valores é que seria possível fazer uma ponderação sobre concretizá-los. Por exemplo, ao falar de justiça, Kelsen (1998) menciona a impossibilidade de uma concretização universal de tal valor se este for tomado no ponto de vista individual de satisfação da felicidade. Somente no caso de justiça significar o conjunto de determinados valores, "reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem" (KELSEN, 2001, p. 4) é que poderíamos tratar de justiça ou injustiça. Aqui deixa-se de lado uma análise puramente metafísica em prol de uma ordem coativa concreta, a qual poderá ser o parâmetro de análise para qualquer comparação. Para Kelsen (1998), os valores estão presentes no direito positivo, na medida em que servem de fundamento para as escolhas normativas. Após a inserção destes no sistema jurídico é que poderão servir de parâmetro de análise de condutas, pois possuem conteúdo definido.

Quando trata de direito e moral, Kelsen (1988, p. 78) deixa claro que, cientificamente, não pode ser admitida uma definição do direito a partir do conteúdo das normas porque isto pressuporia uma Moral absoluta. Esse ponto não faz com que sua teoria esteja alinhada à escola da Exegese, pois não limita o direito lei, nem pensa o sistema jurídico sem a presença de valores.

O direito não é uma norma isolada, definida pelo conteúdo ou estabelecida arbitrariamente, para apreendê-lo é necessário reconhecer que é "um sistema de normas, um ordenamento social" (KELSEN, 1998, p. 52) Ao contrário da Exegese, Kelsen (1998) não está comprometido com um específico modelo de direito nem o apresenta como limitado a certos valores.

Para o autor, o Direito é aquilo que o Estado produz, reconhece e delega. Não apenas a lei está inserida neste universo, mas todos os atos que encontrarem validade neste ordenamento. Desta forma, os atos negociais e os costumes podem ser tidos como fontes do direito, tal qual a lei, só basta que façam parte de um ordenamento jurídico e sejam reconhecidos. Como diz Bobbio (2006), o positivismo não concebe o direito como unitário e sem complexidade, mas como um conjunto complexo e hierarquizado de normas. Estas estão ligadas por processos de reconhecimento e delegação, conforme KELSEN (1998, p. 164).

No capítulo 8 da (Teoria Pura do Direito), Kelsen (1998) volta à relação entre valores e direito, agora sob o ponto de vista interpretativo. O autor afirma que a interpretação é um ato de vontade, ou seja, sempre há escolhas na sua realização, estas feitas em maior ou menor grau. Isto se dá em um processo escalonado de delimitação e indeterminação, desde a norma fundamental, até a norma concreta aplicada pelo juiz. Dentro dos limites deixados à interpretação, a escolha por qualquer das soluções possíveis é uma questão política, o que não cabe ao direito defini-las como corretas ou incorretas, para KELSEN (1988, p. 393). Percebe-se que, apesar de estudar o direito posto (positivo), o autor não deixa de reconhecer que, muitas vezes, os fenômenos jurídicos são influenciados mais diretamente por outras questões, para além das normas jurídicas.

Na visão descritivista de Kelsen (1998), no momento da interpretação, pode haver incidência de diversos elementos, além da própria norma positivada. A criação jurídica é ato volitivo do órgão aplicador no qual as normas de moral, de justiça e juízos de valor social costumam estar presentes. Porém, nunca são apresentados desta forma, mas precisam ser inseridos conforme o ordenamento no qual buscará validade. Para Kelsen, esses elementos não jurídicos são inseridos nas decisões por meio de expressões como "bem comum, interesse do Estado, progresso etc." (KELSEN, 1988, p. 393).

Kelsen (1998) não limita o direito à lei, mas busca em um conceito mais amplo a definição do objeto da ciência jurídica. Não nega a existência de valores dentro do direito, pelo contrário, reconhece a sua influência na decisão judicial e vai mais além, pois afirma que os órgãos aplicadores exercem ato de vontade na escolha da norma a ser aplicada no limite da moldura fornecida pela norma interpretada.

Outro dado relevante é a inserção de elementos axiológicos dentro do direito, pois é necessário um processo justificador, que, segundo Kelsen (1998), é feito por meio de conceitos indeterminados, os quais são mencionados pelos juízes nas suas decisões, conferindo validade à decisão. O magistrado não afirma ter decidido conforme a sua moral, ou justiça, ou crença religiosa, mas o faz efetivamente. Porém, irá justificar sua decisão conforme o interesse público, o progresso da nação, bem comum, etc.

Pela forma como o sistema jurídico positivo está estruturado, não há anulação do uso pragmatista das suas normas, pois sempre há espaço para o uso direcionado das normas, conforme os valores expressos pelo legislador e aqueles pertencente ao julgador. Ao invés de determinar a decisão, as normas atuam como pontos de partida para a justificação judicial.

2.2 SILOGISMO RETÓRICO (ENTIMEMA) E A NORMA JURÍDICA COMO PONTO DE PARTIDA

O processo de formação do Estado liberal teve influência para além da forma de encarar o direito, influenciou a forma como a decisão judicial é expressa. As ideias filosóficas que fundamentaram a crença na lei, nos códigos e no legislador estão ligadas à formação do Estado Moderno e superação da sociedade medieval, de acordo com BOBBIO (1995, p. 26). Ao contrário da sociedade fragmentada que era a medieval, o Estado Moderno está alicerçado no "processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado" (BOBBIO, 1995, p. 27). Quanto menos pontos de criação de normas jurídicas, mais fácil é para o Estado exercer controle sobre as formas e conteúdos elaborados.

O reflexo do monopólio de criação das normas jurídicas atinge também a aplicação destas. Neste momento, há o mesmo movimento de controle para exata aplicação daquilo expresso nos códigos. A liberdade dada ao aplicador era quase nenhuma, este era tido apenas como revelador daquilo já informado nas leis. Antes da formação desse Estado Moderno, o aplicador "não estava vinculado a escolher exclusivamente normas do órgão legislativo do Estado" (BOBBIO, 1995, p. 28). As fontes do direito eram mais diversas, havendo uma gama maior de possibilidades para formação da decisão judicial. Após o advento do Estado Moderno, o juiz passa de órgão da sociedade para se tornar órgão do Estado, "um verdadeiro e autêntico funcionário deste" (BOBBIO, 1995, p. 28). Com as fontes reduzidas, o juiz, no Estado moderno, passa a ser aplicador das normas estatais.

Esta perspectiva encontrou, em uma mentalidade silogística-formal, a sua expressão, conferindo um caráter de determinação à relação entre as premissas usadas (lei e fatos) e a

decisão tomada (conclusão). Desta forma, a decisão judicial jamais contrariaria a vontade expressa na lei, pois a tomaria sempre como seu ponto de partida e chegada. Apesar da superação dessa ideia inicial de confiança absoluta na lei como instrumento de criação do direito e regulação social, ainda persiste uma convicção "ligada a uma mentalidade silogística, de que toda decisão jurídica parte de uma norma geral prévia" (ADEODATO, 2002, p. 261). O ponto de partida mantém-se inalterado, rechaçando a influência de elementos externos ao direito na formação da decisão judicial.

A dogmática jurídica fundamenta-se, dentre outros postulados, nos dogmas da obrigação de decidir, interpretar e legitimar. Não cabe ao juiz escolher em quais casos irá proferir decisão, deve aplicar o direito legislado por meio da interpretação, sem criação, e, por fim, sempre justificar sua decisão, legitimando-a com fundamento no direito positivo. Todos esses processos têm em comum o dever de apego às normas estatais, "permanece a convicção ou o preconceito que todo direito concreto se baseia em uma norma geral anterior" (ADEODATO, 2002, p. 277). Esta mentalidade é fruto do desenvolvimento histórico e ideológico do direito moderno que, ao passar do tempo, tem mantido esse caráter silogístico-formal. Em acordo com essa perspectiva, o direito é realizado "sempre referindo-se a um texto de norma fixado *a priori* de acordo com regras auto-referentes do próprio sistema" (ADEODATO, 2002, p. 277). A influência de outras premissas, que não as normas jurídicas, estariam afastadas da justificação das decisões judiciais. Apesar de os magistrados sempre exporem as suas decisões conforme o direito vigente, isto não determina que as decisões não levem outras questões em relevo para a tomada de decisões.

Esse pensamento silogístico-formal não revela o processo de tomada de decisão judicial, pois está voltado apenas para a forma como esta é apresentada, não sendo capaz de contribuir para o entendimento da formação desta. Como diz Adeodato, "o silogismo não é o meio retórico [...] efetivamente utilizado para atingir a decisão do processo judicial." (ADEODATO, 2002, p. 261). Isso se dá porque nem todas as premissas utilizadas são expressas no processo decisório, apenas reveladas aquelas suficientes e eficientes para demonstrá-lo como pensamento silogístico.

Para Adeodato, é desta perspectiva que podemos aceitar que "muitas vezes a norma geral não produz a decisão ou sequer fixa os parâmetros dentro dos quais ela se dá, mas apenas serve de justificação posterior [...]" (ADEODATO, 2002, p. 278). Voltamos à ideia perelmaniana de argumento de acordo com o auditório a quem se dirige, pois, os magistrados utilizarão sempre os argumentos mais apropriados para promover a adesão dos ouvintes.

Mesmo que a decisão não tenha sido tomada exclusivamente segundo as premissas apresentadas, as que forem reveladas serão aquelas capazes de justificá-la.

A ideia de um silogismo no qual todas as premissas não estão expressas foi apresentada por Aristóteles (2005) na definição de entimema. Para o antigo filósofo, entimema é um tipo de silogismo “formado de poucas premissas e em geral menos do que o silogismo primário. Porque se alguma dessas premissas for bem conhecida, nem sequer é necessário enunciá-la; pois o próprio ouvinte a supre” (ARISTÓTELES, 2005, p. 98, 99). Conhecendo bem o interlocutor, o orador poderia omitir algumas premissas, mas precisaria saber que este as conhecia. De outro modo, o seu raciocínio seria insustentável, pois a conclusão não estaria sustentada pelas premissas, mesmo que não reveladas.

Adeodato (2002, p. 265) afirma que neste tipo de silogismo, as conclusões não decorrem necessariamente de suas premissas. Há um caráter pragmático nesse tipo de silogismo, pelo fato de estar preocupado com a persuasão, ou seja, com os efeitos que tal argumentação irá atingir, ao invés da rigidez formal na formulação do raciocínio, de acordo com Adeodato (2002, p. 267). Para que haja silogismo retórico (ou entimema) é preciso que todos estejam de acordo com as premissas a serem utilizadas. A utilização de premissas não compartilhadas faz com que a argumentação não consiga atingir o objetivo persuasivo. Mesmo que haja ocultação de premissas, estas não podem ser estranhas ao contexto dos interlocutores.

Para Adeodato, o entimema silencia “sobre aquilo que é óbvio ou aquilo que, apesar de não-evidente, é por demais conhecido do ouvinte” (ADEODATO, 2002, p. 269). Não há introdução de premissa não compartilhada, apenas sua ocultação. E esta será realizada conforme a finalidade do orador, pois o que será ocultado ou revelado será definido por cada auditório para o qual se dirige. Tal qual a decisão judicial em que os argumentos jurídicos apresentados servem para justificar a decisão, mas isto não garante que outros elementos não fizeram partes desta construção.

Pensar na decisão judicial como expressão de um raciocínio aproximado do entimema permite reconhecer que não há inquestionabilidade nas premissas nem na conclusão a que chega o juiz. E ainda mais, algumas das premissas podem nem ser reveladas, ficando ocultas no momento da formação da decisão (descoberta), aparecendo apenas algumas na justificação. Não há nada além de raciocínio a partir de *topos* – “pontos de vista reconhecidos” (PERELMAN, 2005, p. 270) – nas decisões judiciais, os quais podem ser jurídicos ou não. Mesmo diante das normas positivadas do direito, não podemos afirmar que estas gozem de uma última razão, a qual pode ser tida como invariável no tempo e espaço. O juiz as utiliza apenas como forma de

justificar a decisão tomada, esta é fruto de muitos outros elementos dos quais as normas podem nem fazer parte, ou se o fizer, não ter a preponderância para determinar a conclusão.

A ideia contingente de entimema junto com a finalidade pragmática da argumentação, quando aplicadas ao direito, trazem duas conclusões sobre a formação da decisão judicial: primeiro, as normas jurídicas são um dos pontos de partida para a justificação, mas não são os únicos nem determinam qual será a conclusão, pois são contingentes; segundo, como a finalidade do juiz é justificar para provocar adesão (não questionamento e cumprimento) à tese exposta na sentença, os argumentos apresentados serão os mais fortes para tal finalidade, não significa que todos serão apresentados.

Aceitando que alguns elementos formadores da decisão judicial podem não ser revelados na justificação, cabe perguntar sobre quais elementos influenciam na sua formação. O juiz estadunidense Cardozo (2004), expoente do realismo jurídico norte-americano, faz uma série de questionamentos acerca da forma como as decisões são tomadas. Deixando de lado a certeza de um método dedutivo-formal, onde todas as premissas estão dadas e a conclusão é uma derivação desse processo, o autor propõe outra explicação. No livro "A natureza do processo judicial", Cardozo (2004, p. 1) inicia questionando o processo de tomada de decisões, dizendo ser uma inverdade a definição de um procedimento único. Mesmo que não chegue a revelar o processo sob o qual as decisões são formadas, sua contribuição é válida para afastar o raciocínio de um silogismo-formal da produção judicial.

Após uma série de perguntas, em que perquire sobre as fontes, a contribuição de cada uma, o processo lógico e a influência dos fatos sociais, Cardozo afirma que "todos esses ingredientes participam, em proporções variadas, dessa estranha mistura que se prepara diariamente no caldeirão dos tribunais" (CARDOZO, 2004, p. 2). As normas jurídicas são vistas como mais um elemento que participa na tomada decisão, porém, não é possível dizê-lo como determinante em todos os processos judiciais. Voltando a ideia de entimema, esses elementos que (aos quais) Cardozo (2004) se refere como participantes, mas não revelados, podem ser tidos como as premissas ocultas desse tipo de silogismo.

Há, no pensamento do autor, um ceticismo quanto ao dever-ser que prescreve uma forma silogística-formal na formação de decisão judicial. O ponto de partida da análise de Cardozo (2004) é o que acontece não aquilo que deve ser, ou melhor, como devem atuar os magistrados. Por isso afirma não estar interessado em saber se esse fato deve acontecer ou não, isto não o interessa, pois é uma "realidade da vida" (CARDOZO, 2004, p. 2). Mesmo que a decisão judicial, ao final, seja apresentada na estrutura de um silogismo dedutivo-formal, não é esta a realidade na qual é formada.

Cardozo refere-se a esse processo como sendo uma "infusão", onde há "algum princípio, ainda que inconfesso, inarticulado ou subconsciente" (CARDOZO, 2004, p. 2) que orienta esse processo de tomada de decisão. Porém, ele não deixa claro quais são estes elementos, talvez porque acredite serem imensuráveis. Uma coisa é clara no pensamento do realista, as decisões não seguem um modelo de silogismo dedutivo-formal. Se no entimema há premissa são reveladas, para Cardozo (2004), há elementos que não são expressos, subconsciente.

Quais seriam estes elementos subconscientes os quais fazem parte da decisão judicial, mas não são revelados? Lorena Freitas os identifica com a ideologia que existe na magistratura, fruto da "herança do contexto histórico-cultural" ou mesmo "uma visão de mundo compartilhada" (FREITAS, 2009, p. 96). As ideologias políticas, econômicas e jurídicas influenciam na tomada de decisão pelos juízes, mesmo que não sejam reveladas. A ocultação de tais premissas está vinculada ao "dogma indiscutível de uma neutralidade axiológica" (FREITAS, 2009, p. 97) no direito positivo. Isto não significa a preponderância da ideologia de cada um sobre as regras jurídicas, mas o reconhecimento da influência que exercem nas decisões judiciais.

A tomada de consciência da existência de elementos não normativos na formação das decisões judiciais não significa que as decisões são arbitrárias ou irracionais. O que Cardozo (2004) afirma não é a irrelevância das normas legisladas ou dos precedentes judiciais, apenas menciona não ser possível definir o quanto de cada um destes participa do processo, nem mesmo dizer que somente elementos jurídicos servem de premissas para a formação da decisão judicial.

Tanto a ideia da decisão judicial como entimema, como a existência de elementos subconscientes, nega a atividade judicante como "mera operação silogística na qual uma relação puramente reflexiva entre norma abstrata e caso concreto é quem produziria, dedutivamente, a decisão" (FREITAS, 2009, p. 33). Daí surge uma nova questão, se as decisões judiciais não são produto de um silogismo dedutivo-formal, como são apresentadas de tal forma? Como os juízes justificam as suas decisões, na medida em que a ordem jurídica, como a brasileira, exige fundamentação normativa para todas as decisões?

Para responder a esta indagação Manuel Atienza (2005) propõe pensar em dois momentos distintos da produção do conhecimento científico. O primeiro seria o contexto da descoberta, que é "*la actividad en descubrir o enunciar una teoría*" (ATIENZA, 2005, p. 4). O segundo é o contexto da justificação, em que "*consiste en justificar o validar la teoría*" (*ibid*). Há, desta forma, uma cisão a qual não deve ser tomada de forma absoluta ou dogmática, mas

que nos ajuda a vislumbrar, de forma mais realista, a forma de elaboração do conhecimento científico. O que a teoria aduzida por Atienza (2005) apresenta é que o momento da justificação não reproduz, de maneira fiel, aquilo que foi realizado na descoberta. Há elementos que fizeram parte da descoberta que não são apresentados na justificação.

De certa forma, a justificação é feita para convencer da veracidade da descoberta. Se assim for, já estamos no campo do discurso onde o orador preocupa-se em escolher bem quais os argumentos que serão apresentados, pois sabe que disto depende a adesão dos ouvintes. Segundo a ideia perelmaniana de auditório, orador e argumentos, os discursos são retoricamente preparados para conseguir a adesão do auditório por isso os argumentos serão apresentados na medida em que, adaptados a este, sejam capazes de convencer. Dessa forma, as descobertas serão apresentadas da melhor forma visando à adesão, não aquela que melhor reproduza aquele processo. Para que a argumentação seja bem-sucedida, não é importante aquilo que o "orador considera verdadeiro ou probatório, mas o parecer daqueles a quem ela se dirige" (PERELMAN, 2005, p. 26). Não há argumentação com adesão quando as premissas não são partilhadas pelo orador e o auditório.

Por outras palavras, o que interessa é o reconhecimento de que, no processo de descoberta, há elementos que não são expressos posteriormente na justificação. Entre esses elementos podem estar inseridos alguns que não possuem qualquer relevância para o campo científico, ou seja, elementos particulares que apenas ao descobridor faz sentido. A importância e a influência destes, na decisão final, não podem ser controladas nem demonstradas por qualquer processo lógico.

Essa teoria pode ser aplicada ao campo da argumentação jurídica o qual apresenta um processo semelhante na tomada de decisões judiciais, de acordo com ATIENZA (2005, p. 4). Nas decisões judiciais, podemos encontrar "*móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc.*" (*ibid*), que moveram o juiz na tomada da decisão. As questões religiosas, morais e ideológicas podem ter sido preponderantes para que o magistrado tomasse determinada atitude, deixando para o segundo momento as normas jurídicas as quais, neste contexto de descoberta, não tiveram predominância. Sendo assim, a explicação silogística-formal para a decisão judicial perde a sua validade por não ser capaz de aceitar a interação com premissas não normativas e com ocultação de algumas outras no processo.

Os motivos que levam o juiz a uma decisão, os quais nem sempre são os normativos, são as razões explicativas. Essas não se confundem com as razões justificadoras, que são aquelas apresentadas nos fundamentos das decisões. Por isso que, "*los órganos jurisdiccionales*

(ATIENZA, 2005, p. 4). As normas jurídicas são apresentadas apenas neste segundo momento como justificação da decisão. Em outras palavras, as normas jurídicas não determinaram a decisão dos juízes, mas são usadas como elementos argumentativos para justificar a decisão. O processo é feito do final para o começo, ou seja, o juiz primeiro toma a decisão, com base em diversos elementos, para depois buscar nas normas jurídicas aqueles que sejam adequadas para justificar a decisão anteriormente tomada.

A justificação das decisões judiciais não é realizada conforme um silogismo demonstrativo-formal, mas é expressão de uma racionalidade dialética pragmática. O atual uso de princípios jurídicos no discurso jurídico reflete esta característica. Para Esser, falando do direito continental europeu, que em linhas gerais assemelha-se ao modelo adotado no Brasil, “*es cada vez más frecuente em el pensamiento jurídico continental una fundamentación directa de las sentencias a partir de ‘principios jurídicos generales’*” (ESSER, 1961, p. 11). Apesar de escrito em meados do século XX, a observação de Esser (1961) ainda é atual. Especialmente pelas mudanças ocorridas na política mundial após a Segunda Guerra e as normas internacionais que posteriormente foram elaboradas. Estas, com diretrizes genéricas, influenciaram o direito positivo dos países signatários dos acordos o que refletiu na positivação de princípios jurídicos e normas abertas.

Os princípios jurídicos, para Esser, não são “*elementos estáticos de una construcción escolástica cerrada, sino topoi, puntos de vista discricionales de la estimación jurisprudencial, base autorizada y legal de la argumentación*” (ESSER, 1961, p. 27). Estes são os pontos de partida da argumentação jurídica atual, deles partem os raciocínios para justificação das decisões jurídicas. Esser (1961) faz uma ligação direta entre estas normas e os *topoi* dos quais falamos na racionalidade dialética. Os princípios formam o conjunto de boas opiniões com as quais a argumentação jurídica é realizada, sem que haja recurso a uma fundamentação em uma última razão.

A racionalidade dedutivo-formal, na qual a conclusão é decorrência necessária das premissas, vai dando lugar, na argumentação jurídica, a uma racionalidade do tipo tópico-pragmática. Para Esser, “*el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios*” (ESSER, 1961, p. 31). Ao invés de recorrer puramente ao que a lei diz e do seu fundamento de autoridade justificar a decisão, a justificação passa a fundar-se em elementos ligados à casuística dos casos. O conteúdo menos definido dos princípios faz destes ótimos pontos argumentativos os quais favorecem uma abordagem pragmática dos conflitos jurídicos.

Por trazerem diretrizes gerais para aplicação no sistema jurídico, Esser os chama de “*princípios problemáticos o ideias básicas em el sentido retórico*” (ESSER, 1961, p. 62). O direito moderno é recheado de normas com esta característica, especialmente se tomarmos as normas constitucionais como exemplo. Alguns princípios que fundamentam o sistema jurídico nacional como a dignidade humana, a propriedade e sua função social, a liberdade e a limitação punitiva do Estado, mínimo existencial, moradia, saúde, vida, etc., gozam de especial proteção, porém, não possuem conteúdo definido. Estes são expressão, no direito interno, do atual discurso dos direitos humanos. Entender o caráter tópico destas ideias nos ajuda a compreender como as decisões judiciais os usam para justificação.

2.3 DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS: EXPRESSÃO DO PENSAMENTO TÓPICO

Os direitos humanos podem ser definidos como o conjunto “princípios ou valores que permitem a uma pessoa afirmar sua condição humana e participar plenamente da vida” (PEQUENO, 2014, p. 1). O conteúdo desses princípios e valores não é anistórico nem imutável ou universal. Apesar disso, o caráter fundamental conferido aos direitos humanos, como sendo aqueles que “se aplicam a todos os homens e servem para proteger a pessoa de tudo que possa negar sua condição humana”, possui, “pelo menos teoricamente, um valor universal, ou seja, devem ser reconhecidos e respeitados por todos os homens, em todos os tempos e sociedades” (PEQUENO, 2014, p. 1). Esta pretensão de universalidade do discurso não pode ser confundida com a universalidade de seu fundamento, tomando-a como absoluta.

Os fundamentos dos direitos humanos são múltiplos, tal qual a sociedade humana. Para Marconi Pequeno, a “noção do que vem a ser dignidade pode mudar no tempo e no espaço”, o que podemos considerar que sempre há é ‘uma ideia, um valor ou um princípio que serve para definir a natureza própria do homem’ e, portanto, fundamentar a dignidade humana” (PEQUENO, 2014, p.2). Então, busca de universalidade do discurso não faz com que este possua fundamentos universais.

Hoje o discurso dos direitos humanos está alicerçado na ideia de dignidade humana a qual já esteve fundamentada em teorias diversas. Marconi Pequeno (2014) cita duas destas teorias: de natureza divina e de natureza racional. Considerar o ser humano como “criação divina” consiste em fundamentar a dignidade humana no fato de ter sido “criado à imagem e semelhança de Deus” (PEQUENO, 2014, p. 4). Por outro lado, a ideia de razão humana, como a qualidade que difere os seres humanos dos demais, o capacitou à criação “do mundo da

cultura, o universo da moral e do direito e até mesmo a ideia de dignidade que lhe serve de fundamento” (PEQUENO, 2014, p. 4). A natureza divina ou racional do ser humano não pode ser tida como fundamento da dignidade, a primeira é negada por grande parcela das pessoas e não pode ser provada e a segunda toma um aspecto da humanidade desconsiderando os demais elementos exclusivos aos seres humanos capazes de, como tais, fundamentar a dignidade.

Apesar dessas discussões teóricas sobre o fundamento da dignidade humana, a realidade é farta de exemplos nos quais os direitos humanos são usufruídos apenas por parcela da humanidade. Esse descompasso fez surgir muitas críticas à busca de fundamento para os direitos humanos, especialmente, aqueles que têm pretensão de serem absolutos. Por isso, para Tosi (2010, p. 64), esses direitos precisam ser entendidos com produto de uma história, “que é tipicamente moderna”, ou seja, é fruto de uma determinada época e modo de pensar, no caso a necessidade de “proclamar direitos” da Modernidade. Inserir os direitos humanos em contextos específicos garante-lhes o caráter dialético, vistos como *éndoxa*, não como premissas apodícticas.

Negar o caráter contingente do discurso dos direitos humanos faz como que sejam vistos pela visão do fundamentalismo. Pensar nesse conjunto de valores como algo impassível de discussão torna-o irrealizável, pois está alicerçado em ideia destoante da realidade, que é plural, fragmentada e multicultural. Para Tosi, “o fundamentalismo acontece quando os direitos humanos, enquanto conjunto de valores morais, são levados diretamente para a prática, sem passar pela mediação, pelo filtro do direito” (TOSI, 2010, p. 62). Para este autor, o direito serviria como elemento de promoção do “consenso entre diversos valores morais, religiosos e políticos” (TOSI, 2010, p. 63). Pensar os direitos humanos por outro viés é crê-lo auto evidentes, como “questões que podem ser demonstradas de maneira irrefutável” (TOSI, 2010, p. 70).

A inviabilidade da empreitada de busca por um fundamento absoluto dos direitos humanos foi expressa por Bobbio em quatro motivos. Primeiro, o autor aponta o fato de a expressão “direitos do homem” ser muito vaga, de tal forma, que é irrealizável apontar fundamento absoluto para “direitos dos quais é impossível dá uma noção precisa” (BOBBIO, 2004, p. 17, 18). Segundo, o conjunto desses direitos é variável e, terceiro, heterogênea. Essas qualidades ressaltam que “não existem direitos fundamentais por natureza” (BOBBIO, 2004, p. 18, 19). Para Bobbio (2004), são multáveis no decorrer da história e por isso podem apresentar pretensões diversas entre si, requerendo ‘fundamentos dos direitos do homem, diversos fundamentos conforme o direito cujas boas razões se deseja defender’. E terceiro, decorrência dos anteriores, afirma que o mesmo fundamento não pode servir para direitos

antagônicos, tornando “um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis” (BOBBIO, 2004, p. 21).

Bobbio aponta a busca por um fundamento absoluto dos direitos humanos como expressão de um “dogma do racionalismo ético” (BOBBIO, 2004, p. 22) que acredita que “os valores últimos não só podem ser demonstrados como teoremas, mas de que basta demonstrá-los para que seja assegurada sua realização” (*ibid*). Eis o erro de acreditar que as questões dialéticas podem ser superadas por meio de raciocínio apodíctico.

Esse quadro coaduna com a ideia de que os direitos humanos não estão no campo do que é demonstrativo, mas daquilo que é dialético e problemático, ou seja, só tem validade dentro de um contexto social específico, “nos quais são plausíveis determinados pontos de partida” (MARSILLAC, 2010, p. 35). Esse caráter de particularidade e limitação do conhecimento pode ser expresso no conceito de compreensão de Gadamer, em que esta “implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos” (GADAMER, 2003, p. 13). A interpretação está sempre voltada para os aspectos específicos que rodeiam o intérprete, sendo este limitado, no seu horizonte, pelo contexto do qual faz parte.

Ao pensar os direitos humanos como conhecimento apodíctico, baseado em um fundamento absoluto, acaba-se por “desqualificar ou retirar o atributo de razoabilidade de outras tantas formas de percepção moral distintas” (MARSILLAC, 2008, p. 41). A eleição de uma razão inquestionável nega que haja pluralidade de fundamentos e diversidades culturais para entender a dignidade humana. O diálogo e o possível consenso darão lugar à violência e imposição. A “controvérsia, a ambiguidade e o pluralismo de convicções”, para Marsillac, (2008, p. 41) ao serem negados, por uma suposta supremacia de uma forma específica de perceber a realidade, negam uma parcela significativa dos próprios direitos humanos

Ao invés de pensar os direitos humanos a partir da racionalidade apodíctica, que é baseada no monólogo e na adesão necessária, este discurso é melhor exercido quando tido como racionalidade dialética, pois favorece o diálogo e apresentação de pontos de vistas diversos, como exemplo as visões culturais da dignidade humana. Aplicada aos direitos humanos, a demonstração de uma última razão termina no fundamentalismo, ou seja, “assumidos de forma acrítica ou dogmática como algo que não admite discussão” (TOSI, 2010, p. 62). Este descompasso deve-se à aplicação inadequada da racionalidade demonstrativa no campo onde não cabe.

Para Perelman, “quando se trata de demonstrar uma proposição, basta indicar mediante quais procedimentos ela pode ser obtida como última expressão de uma sequência dedutiva”

(PERELMAN, 2005, p. 16). Nesse sistema, os primeiros elementos são dados, ou seja, apresentados pelo lógico, porém, não convém questioná-los, sejam estas “verdades impessoais, pensamentos divinos, resultados de experiência ou postulados particulares ao autor”(PERELMAN, 2005, p. 16). Não há necessidade de argumentar, "pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência" (PERELMAN, 2005, p. 1). Esse processo seria adequado se tivéssemos certezas acerca da dignidade e natureza humana, porém, essas pretensões foram abandonadas junto com um direito natural que nega qualquer contingência na formação humana.

Pelas razões apontadas por Bobbio (2004), não cabe neste campo do saber a busca por tais premissas absolutas. Quando analisamos os direitos humano, “não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado – mas de buscar, em cada caso concreto, os vários *fundamentos possíveis*” (BOBBIO, 2004, p. 23 – grifo no original). Não se trata de negar a busca de fundamentos ou razões pelas quais os direitos humanos devam ser protegidos, mas é procurá-los “acompanhado pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado” (BOBBIO, 2004, p. 23-24).

Para garantir fundamento absoluto para estes direitos, o "campo do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este escapa a certeza do cálculo" (PERELMAN, 2005, p. 1) precisa ser abandonado. Porém, esse raciocínio afasta dados importantes na construção do conhecimento dos direitos humanos, pois estes, como construção cultural, não podem ser resumidos a uma perspectiva não contingencial na busca por fundamentos absolutos. Para cada forma de ver a realidade, haverá fundamentos particulares na construção de um discurso voltado à proteção da dignidade humana. Assim, a formulação que será realizada, não goza de certeza e dos predicados necessários à demonstração, só podendo estar situado no campo da argumentação. Esta é "destinada a um auditório determinado" (PERELMAN, 2005, p. 574), só cabendo argumentos (fundamentos) particulares.

Na demonstração, a adesão é necessária. Na argumentação, esta depende das particularidades do auditório, ou seja, "o conjunto daqueles que o orador quer influenciar" (PERELMAN, 2005, p. 22). Assim, quando se argumenta, não é possível prever qual o resultado, pois a atuação é realizada no campo do contingente o que imprime no orador certa modéstia tendo em vista que precisa levar em consideração o outro, aquele do qual deseja a adesão. Nessa perspectiva, para persuadir um auditório, o orador precisa adaptar-se às premissas, às opiniões e às convicções que fazem parte de sua cultura. Para que a argumentação seja bem-sucedida, não é importante aquilo que o "orador considera verdadeiro ou probatório, mas o parecer daqueles a quem ela se dirige" (PERELMAN, 2005, p. 26).

As ideias que ora são expostas pela nova retórica estão na contramão da forma de raciocinar que busca fundamento absoluto e adesão necessária. Esse modelo de racionalidade que tem sido o "paradigma predominante" (SANTOS, 2011, p. 60) na produção do conhecimento científico, a partir do século XVI. Descartes, no "Discurso sobre o método", já falava na produção do conhecimento verdadeiro como sendo uma "dedução de uma verdade a outra" (SANTOS, 2011, p. 26). O conhecimento verdadeiro é tomado como conhecimento apodíctico, porém, essa forma de racionalidade não explica todo o conhecimento humano, mas tão somente aquele que pode ser formulado com suas bases, como o matemático.

Esse modo de ver a produção do conhecimento científico é perceptível nas figuras que Descartes usa para fazer comparações. Por exemplo, o autor compara essa "dedução de uma verdade a outra" a uma "longa cadeia de raciocínios simples e fáceis" (DESCARTES, 2011). A evocação dessa figura de linguagem traz à tona a ideia de certeza e concatenação, pois remete a possibilidade de associações lineares e ininterruptas de raciocínios. A ideia de cadeia afasta, por si, a possibilidade de quebra ou dúvida que só é possível quando associada à certeza e verdade, qualificadas pelo autor como simples e fáceis. Dessa forma, para Descartes (2011), não há conhecimento a partir de opiniões que não são claras nem inquestionáveis por se tratarem de opiniões, não de verdade absolutas.

A busca por um fundamento absoluto para os direitos humanos é formulada de forma similar à busca da verdade para Descartes, que "rejeita todas as opiniões sobre às quais supor dúvidas" (DESCARTES, 2011, p. 36). Este empreendimento gozaria de êxito se os fundamentos apontados fossem suficientes para suplantar as diferenças entre as culturas, conduzindo todos os seres humanos à adesão destas razões. As declarações de direitos humanos, com a pretensão de formular um conjunto de direitos universais, muitas vezes, ocultam a contingência que há no seio das formulações de direitos.

A declaração francesa e mais recentemente a da Organização das Nações Unidas – ONU são exemplos desse discurso dos direitos humanos de pretensão universal. Por exemplo, a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), de 1789, um dos documentos tidos como marco histórico na consolidação do discurso dos direitos humanos, no seu preâmbulo, os membros da Assembleia Nacional, afirmam produzir "*une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme*". A pesar de a declaração ser parte de um processo revolucionário, inserido em um contexto social específico, em um local e época determinados, os fundamentos são apresentados como naturais e sagrados.

De acordo com Bobbio (2004, p.105), ‘o ponto de partida é a afirmação de que o homem tem direitos naturais que, enquanto naturais, são anteriores à instituição do poder civil e, por conseguinte, dever ser reconhecidos, respeitados e protegidos por este poder’. Reconhecer que os direitos humanos, nesta declaração, foram apresentados como reconhecimento de um direito natural anterior não lhe retirando o caráter revolucionário, mas não pode ser tomado como a base fundamental dos direitos humanos. Rejeitar os direitos humanos como expressão de um direito natural não significa abandonar o seu conteúdo, mas atualizar as suas bases.

Para Bobbio, fundar os direitos humanos, na Declaração Francesa, no direito natural era necessário às transformações propostas. Nesse momento, Bobbio (2004, 107) diz que ‘era necessário que se tomasse como pressuposto a existência de um estado anterior a toda forma de organização de sociedade, um estado originário, o qual devia ser considerado o fundamento do estado civil’. Se, naquele momento, os direitos naturais serviram a um propósito revolucionário, isto não significa que esta seja a base na qual a dignidade humana esteja alicerçada. Mais especificamente, porque esta Declaração é fruto de uma revolução local, ou seja, reconhecer caráter natural e universal de suas causas é aceitar que há fundamento absoluto para os direitos humanos, o qual pode ser declarado por parcela da humanidade que contemplará os anseios do restante.

A França, no momento da Revolução, estava inserida numa grave crise econômica, como diz Soboul (1981, p. 42), “à véspera de 1789, a parte do pão no orçamento popular constituía já 58% (...); em 1789, atingiu 88%” (SOBOUL, 1981, p.44), e, continua o autor, foram esses “desempregados famintos [que] constituíram um dos elementos das turbas revolucionárias” (*ibid*). Desta forma, a miséria foi um dos elementos de mobilização dessas massas que deram grande apoio nos momentos mais importantes da Revolução, a concretização das conquistas legislativas da Assembleia Nacional. A participação popular foi decisiva durante as revoltas de 14 de julho e tomada da Bastilha, bem como nas revoltas de agosto a outubro de 1789, conforme SOBOUL (1981, p. 115-135).

As reivindicações que foram inseridas na Declaração voltadas às liberdades individual e econômica e à igualdade civil fazia parte da filosofia de apenas parcela dos revolucionários (SOBOUL, 1981, p. 58). Para os revoltosos pobres e que sofriam com as privações econômicas da época da Revolução, as reivindicações de direitos sociais representavam melhor os seus interesses, porém, o compartilhamento das riquezas não fez parte da Declaração Francesa.

No artigo 17 da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, os constituintes não deixaram de garantir as suas propriedades, determinaram que “a propriedade

é um direito inviolável e sagrado”. Bobbio aponta o direito à propriedade como, durante muitos séculos, uma forma de resistência do indivíduo “contra o poder arbitrário do soberano” (BOBBIO, 2004, p. 88) e que remonta a “uma antiga tradição jurídica, bem anterior à afirmação das doutrinas jusnaturalistas” (*ibid*). Para este autor, a declaração de tal direito está alinhada com as liberdades individuais declaradas e os limites impostos ao Estado. Porém, não se pode deixar de perceber a situação antagônica que há entre aqueles revolucionários proprietários e os não proprietários. Todos foram beneficiados pela declaração? Sim, em graus diferentes. Para uns a proteção de suas propriedades e as que viessem a adquirir. Para outros, apenas a expectativa de um dia, de acordo com as condições sociais, tornar-se proprietário.

Estes pontos anulam as conquistas da Revolução Francesa e sua Declaração? Não. Apenas tornam clara a contingência que há no seio do que são considerados direitos humanos e que, apesar de autointitular-se universal, a Declaração de direitos Francesa não pode ser tomada como expressão do interesse todas as pessoas. O compartilhamento dos valores e dos direitos declarados é o que pode garantir sua unidade e proteção, não a crença numa revelação de fundamentos e diretos absolutos.

Há uma forte ligação entre a Declaração Francesa e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. Para Costa Douzinas ambas seguem a mesma ideia de fundamentação universal dos direitos humanos (DOUZINAS, 2009, p. 99). Porém, como anteriormente apontado, produzir um documento com fundamento universal é tarefa irrealizável seja nas condições atuais ou em 1948.

As declarações de direitos precisam ser vistas como expressão de uma razão particular, nem por isso ruim, mas não é total, universal. Segundo Panikkar, "a história demonstra que apenas os vitoriosos promulgam 'direitos', os quais se resumem ao que esses poderosos consideram direito em um determinado momento" (PANIKKAR, 2004, p. 219). Assim como a Declaração Francesa, a Declaração da ONU é fruto de um processo de discussões de onde resultou a seleção de tais direitos. Como então expressar tal processo dialógico como algo evidente, de pura declaração? O processo de construção de tais acordos é fruto de embate e dissenso do qual uma forma específica de explicação saiu vitoriosa.

Muitos Estados não ratificaram a Declaração da ONU (PANIKKAR, 2004, p. 234). Para os indivíduos que estes Estados representam, os direitos humanos têm validade sob qual fundamento? O cerne da questão é a declaração intitular-se universal, como se o reconhecimento de sua particularidade enfraquecesse o seu fundamento de validade. As declarações de direitos têm pretensão de universalidade, assim como a ideia perelmaniana de argumentos que são usados perante um auditório específico.

A afirmação de fundamento universal para os direitos humanos não é suficiente para sua proteção, pois não razão, nesse caso, que não possa ser questionada. Afirmar direitos e considerar que toda a humanidade irá concordar com tal assertiva é desconsiderar o seu caráter dialético. O não compartilhamento das mesmas razões para os direitos humanos é que faz com que "não-batizados, os negros ou escravos, as mulheres" (PANIKKAR, 2004, p. 228), ou seja, parcela das pessoas sofram violações no rolde direitos declarados, talvez por não serem "seres humanos integrais" (*ibid*).

O discurso dos direitos humanos é produto histórico e limitado contextualmente. Reconhecer essa condição permite entender que "o problema fundamental em relação aos direitos humanos, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*" (BOBBIO, 2010, p. 23 – grifos no original). Negar a existência de muitas razões para os direitos humanos impede que haja diálogo entre as pessoas o que inviabilizando o compartilhamento de valores e, por fim, a atuação em prol de uma finalidade comum. Para Narbal (2013), "o discurso supostamente universal a respeito dos direitos humanos tende a não reconhecer a validade de outras culturas" (MARSILLAC, 2013, p. 614).

A proteção dos direitos humanos passa pelo reconhecimento de sua formação dialética. O conjunto de valores que formam esses direitos precisa ser encarado como o que são – *éndoxa*. De acordo com a ideia perelmaniana de auditório, o uso do *topos* dos direitos humanos pressupõe que "nenhum conceito, como tal, é universal, cada um sendo válido basicamente onde foi concebido" (MARSILLAC, 2004, p. 217).

Ao se reconhecer que o sistema jurídico é formado por *éndoxa*, expressos por normas variadas, abre-se a perspectiva da discussão na decisão judicial do uso destes *topoi* de forma pragmática, como anteriormente já abordado. Tendo em mente o que já foi discutido e prosseguindo a investigação desta dissertação, os próximos dois capítulos a seguir analisaremos a prática dos magistrados do Direito Alternativo no Brasil, a partir destes conceitos.

CAPÍTULO 3 – TRÊS VISÕES OU LEITURAS DO ALTERNATIVISMO JURÍDICO NO BRASIL: positividade combativa, uso alternativo do direito e pluralismo jurídico

3.1 FORMAÇÃO E OBJETIVOS IDEOLÓGICOS DO MOVIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO

As bases da formação do Movimento do Direito Alternativo estão ligadas à redemocratização do Brasil e à elaboração da Constituição de 1988. No momento pré-constituente, a Associação de Juízes do Rio Grande do Sul realizava assembleias para a coleta de sugestões para a nova Constituição, as quais seriam juntadas às dos demais magistrados e defendidas frente ao Poder Constituinte, conforme CARVALHO (1998, p. 36). Entre os temas abordados, havia alguns que propunham "reforma agrária e urbana, limitação dos ganhos tanto na esfera pública como na iniciativa privada: típicas opções então denominadas de socialistas" (CARVALHO, 1998, p. 36). À medida que os debates iam se estendendo a outros grupos de magistrados e entre os juízes gaúchos, a afinidade de interesses fez surgir um grupo mais orgânico, do qual resultou o Movimento do Direito Alternativo. A formação deu-se no momento de elaboração da Constituição de 1988, mas a atuação foi preponderante no começo dos anos 1990, neste período, segundo Carvalho, algo em torno de "dez por cento da magistratura gaúcha" estava envolvida com o direito alternativo (CARVALHO, 1998, p. 36).

Descrevendo de forma sucinta o início do Movimento do Direito Alternativo, Andrade (2001) menciona uma série de acontecimentos relevantes:

1º - Grupo de Estudos: criado por juízes de Direito gaúchos, comuns e trabalhistas, após participarem de reuniões promovidas pela associação classistas para levantarem questões aos legisladores constituintes. Por volta de 1987, juristas não magistrados já falavam na criação de um direito alternativo, baseado na experiência italiana do uso alternativo do direito, conforme Andrade (2001, p. 26). Já “no final da década de 80, a expressão ‘Direito Alternativo’ vinha designando uma disciplina ministrada na Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Sul, coordenada pelo juiz Amilton Bueno de Carvalho”, acrescenta Wolkmer (WOLKMER, 2002, p. 146).

2º - 25 de outubro de 1990: Jornal da Tarde, SP, jornalista Luiz Maklouf escreve a matéria “JUÍZES GAÚCHOS COLOCAM DIREITO ACIMA DA LEI”. Este é considerado o momento de surgimento do Movimento Do Direito Alternativo Brasileiro – Out/1990. A publicação desta matéria, para Andrade, “serviu de um grande veículo de propaganda, unindo

vários magistrados descontentes com a postura tradicional do judiciário” (ANDRADE, 2001. p. 27).

3º -Publicações de livros e realização de encontros nacionais e internacionais que discutiam o tema profundamente, buscando uma melhor estruturação das ideias, da prática e a sistematização de uma teoria mais harmônica, de acordo com Andrade (2001. p. 27). Temos como exemplos: I ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITO ALTERNATIVO, realizado 1991; II ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITO ALTERNATIVO, realizado 1993; III ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITO ALTERNATIVO, realizado em 1998; I ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITO ALTERNATIVO DO TRABALHO, realizado em 1992; II ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITO ALTERNATIVO DO TRABALHO, realizado em 1994; I SEMINÁRIO DE DIREITO AGRÁRIO ALTERNATIVO, realizado em 1992; SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO ALTERNATIVO, realizado em 1993; I CONGRESSO DE DIREITO CIVIL ALTERNATIVO, realizado em 1994; III CONGRESSO DE DIREITO CIVIL ALTERNATIVO, realizado em 1998. A publicação de livros que tratava de temas voltados à discussão do Direito Alternativo foi feita, principalmente, pela Editora Acadêmica, SP.

Carvalho (1998) divide o período de formação e atuação do movimento do direito alternativo em três fases, comparando-as às etapas do crescimento humano: infância, adolescência e maturidade. A primeira está ligada a um momento de inquietude e "angústia" com o resultado dos atos sentenciados quando agrediam o valor justiça" (CARVALHO, 1998, p. 40). Neste período havia, segundo Carvalho, uma atuação baseada no "positivismo legalista" (*ibid*). A infância, como período de imaturidade emocional e prática, retrata a fase em que os magistrados apenas tinham um sentimento pessoal de inquietação e inconformidade com a realidade social e jurídica do país, porém, sem ações concretas para mudanças. Para Carvalho (1998), é o momento de tomada de consciência de que o legalismo positivista não é suficiente para explicar o fenômeno jurídico.

A segunda fase, que corresponderia à adolescência, é marcada pelo radicalismo e maniqueísmo. Nesse período, todas as questões já estavam previamente definidas em função do grupo ao qual pertenciam as partes. O mundo fora dividido entre "'bons' e 'maus', 'pobres' e 'ricos' [...]" (CARVALHO, 1998, p. 40), de tal forma que a regra era "decidir em favor dos 'pobres' tão-só pelo fato da pobreza" (*ibid*), sendo extensivo para as outras demandas apresentadas: "locações decide-se em favor do locatário, cobrança bancária contra os bancos, ações contra o Estado tinha sempre procedência, litígios entre casais a mulher deveria vencer" (*ibid*).

A visão particular de mundo do magistrado era o dado preponderante na decisão, sendo esta o fundamento para o afastamento da aplicação da lei, se necessário. O limite de atuação realmente estava mais no modo de ver e entender o mundo, do que nos princípios do direito e nos fatos sociais. A ausência de uma reflexão teórica, neste momento, mostra as suas armadilhas, pois enfraquece a atuação do grupo, não possuem um norte confiável para suas práticas, mas tão somente o desejo quase ingênuo de transformação social. Provavelmente, essas reflexões foram realizadas pelo grupo para chegar à fase de maturidade.

Somente na terceira fase é que há uma superação da dicotomia apontada. O último momento, indicado por Carvalho (1998), refere-se a um período de amadurecimento. Os problemas descritos na fase anterior são revistos e se busca a superação. O maniqueísmo é deixado de lado em prol de uma abordagem dialética (no sentido apresentado no capítulo um), onde os limites da decisão são conferidos pelo 'fato concreto posto para julgamento e os princípios gerais do direito' (CARVALHO, 1998, p. 40). Sem deixar de lado a finalidade de busca por uma justa transformação social, a prática foi sendo revista e aprimorada por meio de críticas internas e externas.

A mudança de paradigma, como apontado cronologicamente, aponta para uma complexificação da atuação desses magistrados. Se num primeiro momento tudo é simples e pode ser resolvido colocando-se num molde pré-estabelecido, logo essa visão é abandonada na busca por uma solução mais adequada aos objetivos finais – uma atuação judicial mais democrática. A atuação passa de uma negação do direito para uma atuação dentro dos limites deste, porém, com uma nova abordagem conferindo aos elementos novos papéis estruturantes. Ao invés de simplesmente deixar de aplicar a norma pelo fato de a parte ser classificada como pertencente a um determinado grupo, agora a atitude volta-se para a elaboração de uma decisão voltada à realidade fática e jurídica apresentada.

Essas fases apontadas por Carvalho (1998) deixam claro que a atuação desses magistrados era eminentemente prática, sem grandes reflexões teóricas. Por isso que o autor os classifica como sendo um "movimento, não é uma teoria [...] que procure dar conta de um fenômeno jurídico" (CARVALHO, 1998, p. 49). O que foi sendo modificado com o decorrer do tempo foi atuação dos magistrados, ou seja, a forma. Os objetivos norteadores se mantiveram os mesmos, segundo Carvalho, o fortalecimento de "uma sociedade radicalmente democrática" (CARVALHO, 1998, p. 50).

Para Wolkmer (2002), o direito alternativo é uma teoria crítica do direito que tem suas bases em teses que tem se desenvolvido-se, principalmente, a partir dos anos 60 quando os juristas europeus foram influenciados por ideias que vinham do "economicismo jurídico

soviético” (WOLKMER, 2002, p. 16), da "releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser" (*ibid*), da "teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder" (*ibid*). A crítica ao direito está no fato de realizar uma aproximação forte com a política e a economia. O direito é inserido num contexto mais amplo, o que requer sua ligação de forma intrínseca com outras ciências sociais.

Teoria crítica do direito é, segundo Wolkmer, "o exercício reflexivo de questionar a normatividade que está ordenada/legitimada de uma dada formação social e admitir a possibilidade de outras formas de práticas diferenciadas no jurídico" (WOLKMER, 2002, p. 77). Há, portanto, uma forte tendência à ligação do sistema jurídico com o contexto que o cerca. Sendo essa crítica a que amplia os horizontes para ver o direito como algo além dos textos normativos, mas que busca as relações jurídicas, políticas e econômicas que se determinam mutuamente.

O francês Michel Miaille entende que "a teoria crítica nas ciências sociais [...] reflete, ao mesmo tempo, sobre as condições de sua existência, sobre sua situação no seio na vida social" (MIAILLE, 2005, p. 23). Então, a crítica aqui tomada é aquela que busca nas relações não jurídicas informações para entender o direito, ou seja, insere o sistema jurídico no seu lugar dentro do contexto social. É esta a base de crítica que irá influenciar a prática alternativista no Brasil.

As principais teorias críticas do direito existentes nas décadas de 1970 e 1980 no Brasil eram "o movimento de Crítica do Direito, de origem francesa, que aportou no Brasil através da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina" (OLIVEIRA, 2010, p. 377), bem como a "Nova Escola Jurídica Brasileira, do Jurista Roberto Lyra Filho, professor da Universidade de Brasília" (*ibid*) e o "Direito Insurgente, do advogado Miguel Pressburger" (*ibid*).

Para Luciano Oliveira (2010), as duas últimas apresentam o direito como um produto de lutas entre classes sociais onde o grupo dominante consegue cristalizar, no conjunto de normas jurídicas, os seus interesses. As normas são pressionadas pelas lutas sociais dos dominados, que tenderão a formar um novo direito. Assim, há o direito positivado que expressa interesse dos dominantes e um direito novo (insurgente, achado na rua) que expressa o interesse dos dominados, que por meio das lutas sociais, buscarão sobrepujar o direito vigente por aquele que consiga cristalizar os seus interesses. O direito estatal mantém-se no centro da discussão, pois está sob constante pressão, seja para expressar o interesse dos dominantes, seja para fazer concessões aos interesses dos dominados.

Para além desses grupos mencionados, Wolkmer (2002) aponta diversos outros grupos que, em várias universidades brasileiras, produziam o que o autor considera estudos de teoria crítica². Além das pesquisas universitárias, o autor aponta a existência de dois grupos de magistrados os quais ele chama de alternativos - “magistratura alternativa’ gaúcha” e a “magistratura democrática” (WOLKMER, 2002, p. 138) – os quais “vem discutindo a função do Judiciário no Brasil e a democratização da administração da justiça” (*ibid*). Ainda menciona outros magistrados os quais considera que atuam de forma crítica, porém, de atuação isolada.

Os estudos de teoria crítica no direito, apontados por Luciano Oliveira (2010) e por Wolkmer (2002) deixam claro que são preponderantemente realizados no ambiente universitário. No direito, as críticas são melhores realizadas na teoria que na prática. Porém, os magistrados do Movimento do Direito Alternativo fizeram o caminho inverso, minimizaram a discussão teórica e passaram à ação. Para Horácio Wanderlei, o Direito Alternativo dá um passo a mais, “sua proposta (...) se desloca do acadêmico para a rua” (RODRIGUES, 1993, p. 153, 154). A aproximação com as teorias estudadas nas universidades é clara e o alinhamento com as ideias de direito insurgente e achado na rua foram fundamentais para o direito alternativo.

A identificação da lei com expressão do domínio de uma classe sobre outra, já havia sido apontada por Lyra Filho muito antes do movimento do direito alternativo surgir. Para este autor “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” (LYRA FILHO, 1993). Mesmo assim, não é defendida pelo autor uma consideração simplista do fenômeno jurídico, ou seja, a necessidade de sua negação em prol de um direito dos dominados. Porém, este autor chama a atenção para as contradições que existem nas normas jurídicas, o que não permite “rejeitá-las sem exame, como pura expressão dos interesses daquela classe, também não se pode afirmar, ingênua ou manhosamente, que toda legislação seja Direito autêntico, legítimo e indiscutível” (LYRA FILHO, 1993). A busca por uma definição do que é direito, para Lyra Filho, precisa passar por uma análise das “transformações incessantes de seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mudo histórico e social” (LYRA FILHO, 1993).

Essas teorias fundamentaram a atuação dos alternativistas, porém, Diego Gomez ainda aponta que a tendência prática do movimento é uma influência direta do que o autor chama de

² Para uma análise mais detalhada desses grupos, consultar o capítulo 4 do livro “Introdução ao pensamento jurídico crítico”. Nesta parte, Wolkmer aponta detalhadamente muitos grupos de pesquisas da teoria crítica no Brasil.

Novos Movimentos Sociais (NMS), porque expressam uma 'ideologia oposta ao oficial', com "a intenção de se estender o debate e a participação política a múltiplas áreas onde se identifica a opressão do cotidiano" (GOMEZ, 2001, p. 53-56), de "base transclassista nas lutas emancipatórias" (*ibid*), surgidos a partir da década de 1960. Para o autor, não estamos diante de um grupo de juízes interessados em apenas discutir a prática judicial, mas em praticá-la de uma forma combativa.

A prática é a parte central da atividade dos alternativistas. Em mais de uma ocasião deixaram claro que o desenvolvimento de uma teoria não era a finalidade do grupo. Além de abandonar pretensões teóricas, premissas tais como a neutralidade ou objetividade foram negadas pelos membros do grupo. Por outro lado, a experiência e o contexto, do caso concreto, é que dão o tom da atividade do movimento. Nas palavras de Carvalho, "meu olhar não é neutro, é comprometido, não creio em teoria que veja o direito como 'puro', mas sim em teoria 'suja' do saber" (CARVALHO, 1998, p. 16). Essa teoria que o autor afirma é a mínima necessária ao entendimento das relações sociais e necessárias à crítica jurídica feita na prática.

Essa mínima teoria, para Paulo Luiz Neto Lobo, não está vinculada a apenas uma escola de pensamento, "agrupam-se diferentes correntes, escolas e tendências jurídicas, tendo em comum a insatisfação com o direito estatal e, no plano epistemológico, a rejeição do positivismo jurídico e do jusnaturalismo tradicional" (LOBO, 1994, p. 11). A rejeição do positivismo jurídico não deve ser entendida como abandono do direito positivo, pois é com este direito que a prática alternativa atua, mas refere-se ao abandono da ideia de norma jurídica pura, sem expressão de valor político e social. Também não toma do positivismo a primazia da norma jurídica para formação da decisão judicial, outros elementos – políticos e sociais – interferem tanto ou mais que as normas jurídicas para a produção das decisões. Do jusnaturalismo, os alternativistas abandonam idealismo dos valores com seus conteúdos abstratos.

Ao invés de terem uma teoria forte e bem definida, o grupo compartilhava uma finalidade do campo prático que se resume na "inclinação para uma sociologia do direito de *combate*, na perspectiva da emancipação humana e da justiça social" (LOBO, 1994, p. 11). Complementando o entendimento anterior, a rejeição do positivismo e do jusnaturalismo, que Lobo (1994) qualifica de tradicionais, dá-se pela colocação da realidade fática como elemento norteador de formação da decisão judicial, ou seja, o abandono de teorias que vinculam o direito às normas estatais com conteúdo fixo ou aos valores abstratos imutáveis.

Os alternativistas não buscavam teoria sobre os conceitos jurídicos, para Carvalho, a 'experiência coletada no exercício da advocacia e magistratura' era a principal base do movimento (CARVALHO, 1998, p. 16). O direito alternativo, portanto, não surge como um

estudo teórico sobre o direito positivo, mas, com base naquelas ideias que já estavam estabelecidas associadas à prática dos movimentos sociais, busca realizar uma interpretação e aplicação do direito ideologicamente voltada à justiça social.

Os direitos sociais, como integrante dos direitos humanos, fazem parte de muitos dos objetivos perseguidos pelo direito alternativo. Para Andrade (2001, p. 26, 48), entre as bandeiras de luta do movimento está a democracia, o combate à miséria e a busca de materialização de uma condição digna a todos. Essas questões estão ligadas à concretização de direitos como saúde, educação, moradia, alimentação, etc., todos garantidos pela Constituição de 1988. Algumas das decisões que serão analisadas posteriormente nessa dissertação têm como base a discussão de alguns desses direitos. Já os identificamos como tendo uma estrutura de premissa dialética (*éndoxa*), por isso, de uso recorrente na abordagem tópica que os alternativistas fizeram do direito.

Estes objetivos estão alinhados com as teorias filosóficas as quais utilizavam como fonte teórica: "humanistas dialéticos, marxistas não-ortodoxos, sociólogos e antropólogos do Direito, garantistas (no viés de Ferrajoli), corrente psicanalistas e juristas ligados à teoria da libertação" (CARVALHO, 1998, p. 50). Apesar de não haver unidade teórica na base do movimento, há algo que os une, a preocupação dos magistrados ia além do dogmatismo positivo.

A ampliação da visão do fenômeno jurídico não significava a negação da lei. Segundo Carvalho, o que os alternativistas não reconhecem é "a identificação do direito tão-só com a lei, nem que apenas o Estado produz direito, nem tão pouco que se dê à norma cunho de dogma (verdade absoluta, inquestionável)" (CARVALHO, 1998, p. 53, 54). Como uma das finalidades do grupo era uma atuação judicial em prol da democracia, a lei passa a ser vista como instrumento para tal finalidade. Atribuir à lei um uso determinado não significa negá-la, salvo se pensarmos que a lei encerra em si uma finalidade inalterável, mas este não era o caso dos alternativistas.

Carvalho (1998) ainda aponta o uso pragmático dos princípios gerais do direito como parte da atuação alternativa. Essas normas, por possuírem um conteúdo genérico, muitas vezes expressando valores e diretrizes jurídicas, ganham conteúdo somente num determinado contexto. São nas particularidades da realidade social com as quais os alternativistas deveriam buscar preencher o conteúdo dessas normas, jamais pelo sentimento particular (CARVALHO, 1998, p. 54). Ainda para Carvalho (1998, p. 40-41), o uso das normas jurídicas, passa por uma 'análise tópica, na visão de Viehweg', em que 'a questão é saber o que aqui e agora, em cada caso é justo'. A ideia de que a norma jurídica determina a decisão a ser tomada não é adotada pelo movimento. Por outro lado, estas não são abandonadas em prol de uma justiça abstrata, mas

são usadas conforme a finalidade concreta de justificar as decisões que aplicam os princípios constitucionais.

A prática do movimento envolve três formas de atuação, segundo Carvalho (1998). Vale a advertência que a tipologia apresentada tem fins meramente didáticos, não reflete uma pureza na prática alternativa. Além de Carvalho (1998), Arruda Jr. (1991) também propôs uma classificação para a prática alternativa. Porém, ambas são baseadas no mesmo critério: a forma de utilização do direito estatal. Numa linha de gradação, estas classificações vão desde a aplicação da norma jurídica, como está positivada, até a superação da legalidade, deixando de lado a lei em prol de outras normas jurídicas.

Aqui já adiantamos que, apesar das classificações, o que na prática alternativa se observa é o uso tópico-problemático das normas jurídicas. As leis nunca são aplicadas conforme estão positivadas, pois sempre passam por interpretação. Concordamos com Cardozo (2004), ao afirmar que muitos outros elementos influenciam neste processo. Não há aplicação pura da norma. Por isso concluímos que o movimento tinha uma prática única – aplicação tópico-problemática das normas jurídicas. Mesmo quando a lei não era aplicada na sua integralidade, ou conforme o texto legislativo, isto era feito porque havia outras normas que justificavam tal entendimento, não em prol de uma justiça abstrata ideal.

As duas classificações têm pontos em comum, sempre mantendo o direito estatal como a principal arma na luta dos alternativistas. Não podemos deixar de lado o fato de estarmos falando de um movimento realizado por servidores burocráticos do Estado, que possuem apenas a atividade judicial como atribuição. A atividade política exercida pelos juízes não pode ser feita ignorando o sistema jurídico, o que pode, e é realizado, é a utilização das normas jurídicas com fins políticos, porém, as normas não podem ser ignoradas. Sendo assim, a principal atividade dos alternativistas era, por meio da interpretação, direcionar o direito estatal às finalidades traçadas pelo grupo.

As tipologias são, para Carvalho (1998) – uso alternativo do direito; positividade combativa; direito alternativo em sentido estrito. Para Arruda Jr. (1991) – plano do instituído sonogado; plano do instituído relido; e plano do instituinte negado (CARVALHO, 1998, p. 5). Sobre o direito alternativo, em sentido estrito (pluralismo jurídico), iremos tratar em tópico separado, bem como o uso alternativo do direito (instituído relido).

A positividade combativa (plano do instituído negado) está ligada à efetivação dos direitos humanos. É pressuposto para que se possa atuar desta forma, a positivação de direitos, porém, não concretizados na realidade social. Portanto, a atuação aqui está ligada à efetividade dos textos legais, às "conquistas democráticas que já foram erigidas à condição de lei"

(CARVALHO, 1998, p. 57). Para os alternativistas, há uma "correlação de forças entre diversos seguimentos da sociedade" para que as leis sejam ou não efetivadas (CARVALHO, 1998, p. 56). Alguns buscam e se beneficiam da efetivação e outros lutam para obstá-la, mantendo apenas a positivação sem que daí decorram efeitos concretos.

A relação entre direitos fundamentais e inefetividade já é conhecida da história constitucional brasileira. Barroso diz que, entre a independência do país (1822), até a atual Constituição (1988), são “quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional. Um acúmulo de gerações perdidas” (BARROSO, 2010, p. 298). O direito alternativo é contemporâneo do novo começo proposto pela Constituição de 1988, por isso a preocupação com a efetividade das normas fundamentais inseridas na nova Carta Política.

Com a elaboração desse novo texto constitucional, Barroso (2010) entende que houve uma virada na interpretação jurídica. Torna-se evidente que “não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem” (BARROSO, 2010, p. 301). O direito nacional ganha nova roupagem, a partir de então, as “cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que certa tradição exegética lhes pretende dar” (BARROSO, 2010, p. 301). A atividade do interprete e aplicador do direito ganha novo relevo, pois a realidade social passa a ter destaque na formulação do conteúdo das normas jurídicas.

A formação da decisão judicial passa a ser feita “à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma” (BARROSO, 2010, p. 301), tendo como objetivo a “produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido” (*ibid*). A concretização das normas constitucionais passa ao plano da efetividade, não basta que sejam declaradas conforme a formalidade legal.

Falando dos direitos humanos inseridos na constituição por meio como direitos fundamentais, Oscar Correias (2003) os identifica como tendo a estrutura de direitos subjetivos, ou seja, são conferidos pelo Estado ao cidadão ao mesmo tempo em que criam uma obrigação para outrem. Esses direitos subjetivos são traduzidos em faculdades, *"es una norma permisiva. Este es, un enunciado que 'permite' cierta conducta"*. Por sua vez, uma permissão conferida a um cidadão *"significa una obligación para algún funcionario del estado"* (CORREAS, 2003, p.

272). A criação de direitos subjetivos corresponde à criação de obrigações para outros, que podem ser particulares ou o próprio Estado, no cumprimento do seu dever constitucional.

Para Oscar Correias, a técnica discursiva de estruturar o direito em enunciados de direito subjetivo é "*aleatoria; esto es, no es necesaria, ni para escribir el derecho, ni para describirlo en una ciencia jurídica*" (CORREAS, 2003, p. 273). Para descrever bem o direito, deveríamos falar mais em obrigações do que em faculdades já que estas últimas só se referem não a quem tem uma permissão, mas uma obrigação. Por isso, Correias entende que o direito deveria "*reescribirse totalmente en clave de obligaciones*" (CORREAS, 2003, p. 273). Este autor chama a atenção para o fato de os direitos humanos, seja na garantia de liberdades ou de direitos sociais, dependem do adimplemento de obrigações correlatas, sem as quais os direitos subjetivos não têm sentido no sistema jurídico.

O não cumprimento das obrigações jurídicas faz com que muitas das aspirações dos direitos humanos sejam normas jurídicas, porque positivadas, "*pero sólo de mentirita*", pois "*envano se buscará, en otras normas, la designación de algún obligado a hacer efectivo ese derecho*" (CORREAS, 2003, p. 274). Se os direitos ditos subjetivos refletem uma obrigação de alguém em realizar uma faculdade de outrem sem que o primeiro haja sido identificado, o exercício do segundo torna-se inviável. A afirmação de direitos, sem identificar os obrigados a realizá-los, torna-os inócuos, por isso Correias (2003) diz que são apenas de “mentirinha”.

A positividade combativa, como chamada por Carvalho (1998), está alinhada com esta visão, sobre a ineficácia dos direitos fundamentais. A prática alternativista, portanto, buscava efetivar tais normas, aplicando de forma imediata as normas jurídicas. Segundo Correias, estes magistrados, também chamados de progressistas, estão "*haciendo efectivos derechos subjetivos que estaban acordados en las normas - pero sólo de mentirita (...) burlando así muchas declaraciones hipócritas de los legisladores*" (CORREAS, 2003, p. 274). O que há de alternativo nesta forma de decidir? Nada além do desejo de aplicar as normas constitucionais. Este é o dever de todos os que são magistrados, decidir conforme a Constituição. Como muitos dos direitos sociais estão formulados como princípios jurídicos, ou seja, são genéricos, assemelhados aos *topoi* descritos por Aristóteles (2010), apenas na concretude da realidade social é que se torna possível aferir-lhes conteúdo.

3.2 DIREITO ALTERNATIVO E USO ALTERNATIVO DO DIREITO

Pela classificação apresentada anteriormente, outra forma da prática dos alternativistas é o uso alternativo do direito que, para Arruda Jr. (1991), é atuação no plano do instituído relido, ou seja, no campo da interpretação do direito estatal, entendendo-o como local de uma hermenêutica alternativa aberta, não apenas à atuação dos juízes, mas de todos os envolvidos no estudo e aplicação do direito. O exercício se dá “no próprio âmbito do ordenamento jurídico positivado utilizando as contradições, ambiguidades e lacunas do direito vigente, buscando através de uma interpretação qualificada, que os efeitos da norma sejam cada vez mais democráticos” (GOMEZ, 2001, p. 75). A atividade judicial ganha relevo como meio para consolidação dos processos democráticos e efetivação dos direitos fundamentais, pois são os magistrados que, pela interpretação, garantirão que as normas infraconstitucionais, na sua aplicação, reflitam os princípios sociais constitucionais.

Essa forma de agir sofreu influência direta da “corrente jurisprudencial nascida na Itália dos anos setenta, que foi conhecida e divulgada sob o rótulo de *uso alternativo del diritto*” (GOMEZ, 2001, p. 76). Na Itália, esta corrente crítica do direito, remonta aos acontecimentos logo após a II Guerra Mundial (1939 – 1945), quando, a partir do fim do regime fascista italiano e a então promulgação da Constituição Federal em 27 de dezembro de 1947, elaborada por uma Assembleia Constituinte, formaram-se algumas associações de magistrados com posturas políticas diversas.

Segundo Andrade, “a maioria dos magistrados [...], apesar do fim do sistema anterior, não se adaptaram a nova ordem constitucional, passando a interpretar de forma mais restritiva possível as leis democráticas e de forma extensiva as normas do ditador deposto, mas ainda em vigor” (ANDRADE, 2001, p. 38). O autor menciona a existência das seguintes associações: Associação Nacional de Magistrados Italianos – A. N. M. I; União das Cortes que se transformou rapidamente em União de Magistrados Italianos -U. M. I. (representava uma posição moderada e tentava arrebatar os juízes da A. N. M. I.); Associação de Magistrados – A. M. (frente ampla, de várias correntes que se debatiam entre si), a Associação de Magistrados Independentes – A. M.I; a Causa Constitucional – C. C. (pensava ser possível a partir de a aplicação Constituição ser o juiz interprete das instâncias populares) (ANDRADE, 2001, p. 39-40).

E havia a associação que deu surgimento a ideia de uso alternativo do direito, a Magistratura Democrática – M. D. – criada em 1964. Andrade (2001) divide a trajetória em dois momentos: 1964-1968 – liberal democrática, via na Constituição, a fonte maior do direito;

1968 e 1969 declararam-se contrário a classe dominante; “conclamava as massas a se interessarem pelos fatos sucedidos nos tribunais”; “aproximaram-se dos sindicatos, partidos políticos, organizações de massa e dos estudantes”; buscava “debater com a comunidade o papel dos magistrados”; “a intenção do uso alternativo do direito era uma reaproximação social da função normativa, isso inserido no contexto histórico de modificações no equilíbrio entre forças sociais e políticas” (ANDRADE, 2001, p. 40).

O sentido de uso alternativo do direito vem da atividade judicante desses magistrados italianos. Na Itália "tratava-se de estabelecer uma nova interpretação" (OLIVEIRA, 2010, p. 390), para levar a lei a "operar em benefício dos setores sociais mais necessitados" (*ibid*) Neste caso, o protagonismo seria dos juristas práticos, especificamente os magistrados, que, na aplicação do direito estatal, lhes conferisse uma interpretação alternativa. A atuação não se daria fora do direito nem na seara política, pois já havia positivação suficiente para garantir direitos mínimos. Assim, o uso alternativo do direito está ligado à própria aplicação do direito estatal.

Tal como na Itália, o direito alternativo no Brasil está ligado ao fim de um regime ditatorial e promulgação de uma nova Constituição, em 1988. Nesta Carta Política, muitas normas de caráter social foram positivadas que poderiam servir de base para uma interpretação das normas legais voltadas à concretização dos direitos sociais. O uso alternativo do direito não significa positivação de direitos pelo judiciário em detrimento da legislação, pelo contrário, só há uso alternativo do direito se houver direito positivado.

Para que seja possível o uso alternativo do direito, é necessário que haja uma positivação mínima de direitos, inexistindo positivação, não será possível fazer o seu uso alternativo. A utilização do termo "uso alternativo do direito" foi criticado por Edmundo Lima de Arruda Jr. (1991), para este, o melhor seria utilizar a expressão "uso do direito", no caso de lugares periféricos, como é o Brasil. Para o autor, o "uso alternativo do direito" nasceu e está ligado aos países europeus onde as sociais democracias já estão mais desenvolvidas. Nesses países, como é o caso da Itália, de onde a expressão provém, os magistrados atuam circunscritos e condicionados a duas variáveis, pois "ao mesmo tempo em que [o Estado] afirmou avanços importantes na legalidade burguesa colocou sérios limites no plano político-social" (ARRUDA JR., 1991, p. 91).

No cenário descrito por Arruda Jr. (1991), há a positivação de direitos e conquistas democráticas, os quais apenas não gozam de efetividade. A aplicação da lei será alternativa apenas na medida em que rompe com as barreiras da involuntária aplicação, porém, a legalidade é o principal meio de luta. Assim, a luta alternativa é realmente dentro do direito positivado, já que este comporta várias conquistas democráticas.

Para este autor, a situação não é a mesma em países como o Brasil, onde "não tivemos um estado de direito como regra, mas como exceção" (ARRUDA JR., 1991, p. 91). A ausência de um estado de direito-mínimo não permite que a atuação alternativa esteja ligada apenas à interpretação de um direito já positivado. Se a expressão "uso alternativo do direito" significa a utilização das contradições e lacunas do sistema jurídico-burguês, não seria apropriado utilizá-la nas democracias periféricas onde a precariedade da legislação impede que haja sua utilização.

Como este autor considera que há uma verdadeira ausência de positivação, a atuação dita alternativa vai para além do direito estatal, por isso, propõe a expressão "uso do direito", que é mais abrangente, permitindo a inserção de outras práticas, até mesmo da luta pela positivação de novos direitos. Assim, a questão ganha ares mais políticos que jurídicos, permitindo que o embate seja travado por outros atores que não apenas os juristas e magistrados.

Arruda Jr. (1991) traça dois cenários: primeiro, os países onde exista positivação de normas de caráter social, onde é possível o uso alternativo dessas; segundo, os países onde esta legislação está ausente, nos quais é necessária atuação para que haja positivação de normas. A América Latina estaria inserida nesta segunda hipótese, para quem "tratar-se-ia de um direito novo gestado pelas próprias comunidades cujos interesses não seriam acobertados pelo sistema jurídico" (OLIVEIRA, 2010, p. 391), ou seja, seria direito paralelo, insurgente, achado na rua, verdadeiro pluralismo jurídico. Se o cenário que Arruda Jr. (1991) descreve para aos países da América Latina, como o Brasil, é concreto, ou seja, não existe uma constitucionalização de princípios sociais, a interpretação alternativa das normas jurídicas não faria sentido. Restaria uma atuação mais combativa no campo do direito alternativo, paralelo ou insurgente.

Para Luciano Oliveira (2010), os juízes alternativos, no Brasil, atuam dentro do direito, já que a Constituição de 1988 traz diversos direitos sociais, o que permite uma interpretação neste sentido. Assim sendo, a prática alternativista brasileira está mais próxima do sentido italiano para uso alternativo do direito, do que o sentido que se tomou na América Latina, descrito por Arruda Jr. (1991)

Oscar Correias (1994), ao falar do direito alternativo, faz algumas diferenças conceituais no mesmo sentido. Para este autor, é necessário distinguirmos pluralismo jurídico, direito alternativo e uso alternativo do direito. O primeiro está ligado à "*coexistencia de normas que relcaman obediência en un mismo territorio y que pertencen a sistemas distintos*" (CORREAS, 1994, p. 66). Estamos diante, neste caso, de uma pluralidade de sistemas jurídicos, cada um com um fundamento de validade diverso. Para Correias (1994), este fato não implica a coexistência de dois Estados num mesmo território, mas a existência de sistemas não hegemônicos com os quais o sistema estatal trava luta para garantir sua predominância.

Ao tratar de direito alternativo, Correias afirma ser "*un sistema normativo cuyas normas abligan a producir conductas que conforme con el sistema hegemónico constituyen delito o formas menores de faltas*" (CORREAS, 1994, p. 66-67). Só é possível compreender este conceito posto pelo autor, se considerarmos as considerações dele sobre o pluralismo jurídico. Se não aceitarmos a possibilidade de existência de uma multiplicidade de sistemas jurídicos, competindo com a hegemonia estatal, não se sustenta a ideia de direito alternativo. A alternatividade é caracterizada pelo seu conflito com o sistema estatal. Poderíamos pensar em sistemas que estivessem em conformidade com o hegemônico, tal fato não permitiria qualificá-lo de alternativo, ou desviante.

Quanto ao uso alternativo do direito, Correias afirma ser "*la interpretación – uso'- del sistema normativo hegemónico*" (CORREAS, 1994, p. 67). Aqui já podemos inferir que é possível existir uso alternativo do direito sem que haja pluralismo jurídico e direito alternativo. O autor identifica quem, no sistema estatal, faz esse uso alternativo. Segundo ele, esta atividade é realizada "*por parte de ciertos funcionarios públicos*" (CORREAS, 1994, p. 67). Mais uma vez, observamos como esta prática faz uso e existe em função do próprio direito estatal. Esta observação de Correias (1994) é importante para diferenciarmos, como faz Luciano Oliveira (2010), as atuações contra o direito estatal hegemônico. Os cidadãos, que não fazem parte da estrutura burocrática do Estado, agem contra a legislação, infringem as normas jurídicas na intenção de propor modificações, ampliando o rol de direitos e garantias que os beneficie e busque efetivá-los. Porém, os burocratas do Estado não agem da mesma forma, ao invés de ir contra as normas, as utilizam para as finalidades que consideram justas.

Estes agentes do Estado atuam "*de manera que se consiga la producción [...] de decisiones – normas – favorables a los intereses de ciertos sectores sociales a los cuales el sistema normativo desea en realidad desproteger*" (CORREAS, 1994, p. 67). Pelas considerações de Correias (1994), a alternatividade só é possível porque o sistema jurídico estatal foi elaborado para proteção de interesses específicos.

Sobre a distinção de Correias (1994), dois pontos são importantes: primeiro, direito alternativo é feito fora do direito estatal, contrário às regras deste. As estruturas organizadas paralelas ao Estado podem atuar desta forma, sejam os movimentos sociais, sejam os grupos de crime organizado. O que difere esses grupos são as finalidades pelas quais atuam, porém, quando infringem as normas jurídicas para aplicar outros direitos, o fazem de forma alternativa ao Estado. Segundo, o uso alternativo do direito é praticado por funcionários do Estado, que, com poder de decisão, utilizam as normas jurídicas em benefício de um grupo social excluído.

Em ambos os casos estamos diante de práticas, fora ou dentro do direito, que expressam inconformidade e, de certa forma, propõem alterações.

Para além do sentido que a expressão direito alternativo adquire conforme o contexto social, Claudio Souto (1997) chama atenção para outro fato que é a repercussão dessa prática ligada à positivação e luta por direitos. Para o autor "no primeiro mundo, inclusive nos Estados Unidos, a alternatividade quanto ao Direito é menos dramática e, pois, menos nítida" (SOUTO, 1997, p. 93) A nitidez que à qual Souto (1997) se refere está ligada à existência de um conjunto de normas que já protegem o processo democrático, bem como uma realidade social onde haja uma mais igualitária distribuição da riqueza, permitindo que grande parte da população tenha os direitos fundamentais efetivados.

Estando ligada diretamente a interpretação, o uso alternativo do direito deixa evidente que "não há o discurso do direito, mas discursos sobre o direito" (CARVALHO, 1998, p. 56). Não há certezas absolutas nas decisões, muito menos ausência de interesse. O discurso sobre o direito está sempre ligado ao local de fala do orador, este jamais poderá livrar-se do contexto no qual está inserido. Os alternativistas apenas explicitaram isto e reafirmaram qual o contexto que seria predominante na elaboração de suas decisões.

Segundo Andrade, quando os conflitos sociais chegam ao Judiciário, este reage, podendo fazê-lo de diversas formas. Para alguns, a atitude foi de "não aceitar sua participação nessas polêmicas (conflitos sociais) e negar sua responsabilidade pela situação socioeconômica do país (atrás do mito da neutralidade)" (ANDRADE, 2011, p. 99). Por outro lado, uma parcela do 'Poder Judiciário foi sensível aos novos tempos e à necessidade de uma atitude renovada, moderna e ajustada ao contexto histórico', abandonou "o tecnicismo, o dedutivismo, o formalismo e o legalismo" (ANDRADE, 2011, p. 99). Identificar o Movimento do Direito Alternativo com tais práticas não significa monopólio, já que incontáveis magistrados não ligados ao direito alternativo observam os mesmos fins.

Com a ideia de uso alternativo do direito, o grupo de magistrados chamou atenção para o fato de as normas jurídicas não possuírem sentido definido a partir do seu texto, mas somente com o processo interpretativo é que a criação normativa estará completa, pois as normas jurídicas são "sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" (ÁVILA, 2009, p. 30). Os dispositivos legislados não são as normas em si, pois estes só terão o seu processo criativo completado no momento em que forem interpretados. As normas são sempre resultados interpretativos, portanto, condicionadas por diversos elementos externos ao texto.

As palavras não possuem significados absolutos incorporados de tal forma que os dispositivos legais não são capazes de determinar totalmente o conteúdo da norma, esta depende de "seu uso e interpretação" (ÁVILA, 2009, p. 30). Não há uma vontade individual que explicita o conteúdo de uma norma, mas um processo complexo em que vários elementos se somam tal qual a expressão do legislador, a vontade do intérprete, o contexto de aplicação, os usos e significados das palavras, etc. Como há variáveis não controladas, há a possibilidade de surgirem normas diferentes de um mesmo texto. Não há a atribuição, pelo intérprete, de "o' significado correto aos termos legais" (ÁVILA, 2009, p. 32).

A linguagem não é um dado, mas possui significados mínimos os quais advêm com o uso, ou seja, possui sempre uma estabilidade provisória. É estável porque permite a comunicação, porém provisória, pois novos usos poderão surgir, conferindo novos significados. O processo de interpretação é, desta forma, um "reconstruir". (ÁVILA, 2009, p. 33). Sendo a norma o resultado final da interpretação, processo recheado de elementos mutáveis, o texto normativo é "o ponto de partida da interpretação" (ÁVILA, 2009, p. 34). Não há razões para pensar que há alguma revelação de sentido ou descrição de significados, mas há verdadeira (re)construção normativa no processo interpretativo.

Os elementos axiológicos - valores sociais, do intérprete e do texto – também farão parte do processo de interpretação. Toda criação normativa parte do texto legal, ou pelo menos o leva em consideração no processo, porém, este não é o elemento exclusivo da produção normativa. Os valores e princípios existentes no ordenamento social são os norteadores da interpretação. O resultado final deste processo, as normas jurídicas, depende de muitos fatores dos quais o texto é apenas um destes. Há elementos valorativos e empíricos que não podem ser controlados, mas estão presentes na interpretação. Não há controle total sobre o resultado da interpretação, como se esse fosse um processo de racionalidade apodíctica.

Já falamos anteriormente que a racionalidade dialética depende de um elemento externo de validade, que é o compartilhamento da ideia com o auditório. Fazendo paralelo com o processo interpretativo, o resultado normativo será mais ou menos aceito dependendo da justificação apresentada para o resultado conferido. A argumentação ligará o texto à norma resultante da interpretação garantindo que este processo está de acordo com os valores compartilhados pelo auditório.

A contraposição que pode ser realizada entre uso alternativo do direito e direito estatal parte da ideia de que “o direito não é neutro, está comprometido com um determinado tipo de sociedade” (ANDRADE, 2001, p. 12). Para os alternativistas, o direito estatal encerra os interesses de uma parcela da sociedade, a minoria, aqueles que detêm poder político e

econômico. Esse direito oficial apenas seria "uma ordem legal e judicial de benefícios reais aos poderosos" (SOUTO, 1997, p. 92). A outra parcela social, os injustiçados e menos favorecidos, não têm as mesmas garantias, nem possuem seus interesses refletidos no direito estatal. Diante deste cenário, o uso alternativo do direito passa a ser uma "contra-posta ao *status quo* de legalidade estatal" (SOUTO, 1997, p. 93).

Quando o direito alternativo reivindica uma oposição ao direito estatal, está afirmando um alinhamento com interesses sociais contrários aos que estão refletidos nesse direito. Se o oficial é característico do mais forte, política e economicamente, a alternatividade perseguida está alinhada com a "ideia social de justiça" (SOUTO, 1997, p. 96). É no interesse dos mais oprimidos socialmente que atua o direito alternativo buscando, nos ideais sociais da Constituição, as diretrizes de sua prática.

O que se pode criticar no direito alternativo no Brasil é o fato de, algumas vezes, fazer uma oposição entre direito estatal e direito alternativo que não é visto na prática. Por exemplo, Cláudio Souto fala que a alternatividade é caracterizada pela "não-identificação, pela dessemelhança, em relação ao conteúdo da legislação estatal" (SOUTO, 1997, p. 96, 97) e que que a alternatividade e o direito estatal "são sempre reciprocamente contraditórios, são sempre reciprocamente desviantes" (*ibid*). Porém o que até agora pudemos observar é que o direito alternativo no Brasil não se afasta das normas estatais, pelo contrário, busca efetivá-las, como o faz em relação às normas sociais constitucionais – moradia, saúde, educação, reforma agrária, etc. Na medida em que o direito alternativo é parte do Estado a contradição deixa de existir, fundindo-se num mesmo direito, sem oposição.

Mas Cláudio Souto (1997) faz uma crítica ao fato de o direito alternativo referir-se à normatividade popular como sendo o modelo ideal de concretização da democracia e da justiça social. Para este autor, essa referência grupal é tão formal, portanto abstrata, quanto à legalidade estatal criticada pelo movimento. Neste ponto, não são capazes de inovar e contribuir para uma crítica fundamentada e eficaz para melhoria do direito. A substituição da aceitação estatal, pela aceitação grupal não traz mudanças substantivas, pois mantém o formalismo como critério de justiça, de acordo com SOUTO (1997, p. 98). Há alteração dos grupos de referência – oprimidos/opressor – porém, a substância não é alterada.

Sendo a oposição alternativa apenas substituir o "estatal" pelo "grupal" ou "popular", esta não passa de uma vaga modificação onde cabem conteúdos normativos de quaisquer naturezas. Nesta perspectiva, a "ideia de um direito alternativo, que é a própria ideia da oposição às injustiças da legislação estatal [...], constitui-se em caricatura vaga" (SOUTO, 1997, p. 100-101) onde qualquer conteúdo é possível, necessitando apenas estar travestido de popular.

O autor menciona algumas situações onde a legalidade popular pode apresentar uma visão social mais retrógrada que a própria legalidade estatal, ligada ao machismo e a vingança privada. Essas são ideologias que permanecem vivas no modo de vida de grande parcela da população brasileira, os quais podem estar refletidos no direito aqui aplicado. Luciano Oliveira aponta na mesma direção, ao reconhecer que "esses direitos locais, em muitas de suas manifestações, longe de significarem uma praxis libertadora, cristalizam ao contrário práticas de dominação tão velhas quanto o mundo" (OLIVEIRA, 2010, p. 383).

Há uma parcela da prática alternativa que é realizada por membros do próprio Estado - alguns magistrados. Estes são funcionários estatais investidos em suas atividades públicas por meio de concurso e assim passam a integrar a estrutura burocrática do Estado. Essa condição é tanto permissiva como limitante. Os juízes gozam de algumas garantias no exercício de sua função que os blindam, permitindo que haja certa autonomia na sua prática. Porém, tal prática é limitada pela própria estrutura que os contém, os juízes devem cumprir as condições exigidas pelo próprio Estado para legitimar sua atividade.

Entre os deveres que os juízes, no Brasil, devem cumprir está o de fundamentar as decisões (CONTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988, art. 93, IX). Há a necessidade de explicitar as razões, dentro do sistema jurídico, que levaram à decisão tomada, ou seja, a fundamentação fora do sistema jurídico estatal deslegitima as decisões judiciais, podendo ser declaradas nulas. Desta forma, mesmo os juízes que, de alguma forma, buscam criticar o direito estatal por meio de uma prática judicial alternativa não podem se furtar a esta regra constitucional.

3.3 DIREITO ALTERNATIVO E PLURALISMO JURÍDICO

O último dos tipos de atuação afirmado por Carvalho (1998) e Arruda Jr. (1991) é o direito alternativo em sentido estrito ou no plano do instituinte negado. Aqui haveria a expressão de um pluralismo jurídico que, para Wolkmer (2001), reflete "a multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sócio-político" (WOLKMER, 2001, p. XVI), sendo uma dessas a estatal, porém, havendo outras que possuem "sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais" (*ibid*).

Correas (1994) afirma que aceitar a existência do pluralismo jurídico implica duas situações. Primeira, se "*un sistema nomativolo es porque está organizado en torno a una norma de reconocimiento o fundante la Grundnorm*", estão teríamos um exemplo "*em los casos en que el derecho indígena, no escrito, convive con las normas producidas por el Estado hegemónico*" (CORREAS, 1994, p. 66). Este seria o caso típico em que o Estado confere

legitimidade a outros sistemas. Estes outros sistemas são incorporados, porém, apenas quando não estão em confronto com suas normas hegemônicas ou quando há concessão estatal. Em verdade, há apenas um sistema, com uma norma fundante, já que esta é pressuposto para um sistema jurídico, a *Grundnorm* (Norma Fundamental) de um sistema jurídico.

A segunda situação está ligada aos grupos que impõem outro sistema jurídico, paralelo ao estatal, e com outra norma fundante. Correias exemplifica "*em lo caso del sistema normativo impuesto por Sendero Luminoso³ em Perú o las guerillas colombianas*" (CORREAS, 1994, p. 66). Com as adaptações necessárias, no Brasil poderíamos nos referir as milícias que atuam em favelas do Rio de Janeiro, grupos que, pela força física, impõem obrigações à população, onde os direitos considerados básicos e protegidos pelo Estado são desrespeitados. Ao contrário do primeiro exemplo, onde o Estado faz uma concessão, neste caso há uma imposição de sistema diverso em oposição ao hegemônico. Assim, "*este concepto nos obligaría a pensar en el discurso jurídico estatal como discurso hegemónico sobre otros similares*" (CORREAS, 1994, p. 66), não sendo exclusivo, portanto. Em situações assim, a estrutura do sistema jurídico "*no en una 'pirámide' jurídica que parecería dar la idea de que el derecho es único e se identifica conel Estado: tendríamos que decir que el Estado mismo es hegemónico sobres otras formas que le disputan sueficacia*" (*ibid*).

A característica do pluralismo jurídico é multiplicidade de centros produtores do direito, cada um com fundamento que o sustente. Porém, não há nada que garanta o conteúdo substancial das normas de cada sistema. Podem ser expressão de valores democráticos, de justiça social e liberdades individuais, mas, também, podem ser expressão barbárie e opressão de um grupo social sobre outros.

Para Wolkmer (2001), a unificação dos sistemas produtores do direito em um único centro está ligada às necessidades que surgiram a partir das transformações sociais pós Idade Média, como já citado, o autor considera que este período é marcado pela fragmentação do sistema jurídico. Neste período, prevalecia a "estrutura descentralizada de produção jurídica" (WOLKMER, 2001, p 28), onde havia uma "justiça administrativa em tribunais criados pelo senhor feudal e pelo proprietário nominal da terra" (*ibid*). São encontrados vários direitos independentes entre si, que não guardam necessariamente nenhuma interligação ideológica, cada feudo produz, de acordo com suas intenções e do seu modo de vida, as normas que lhe parecem ser mais eficazes.

³ Grupo terrorista que atua no Peru dede a década de 1980 e tem conflitos com o Estado pelo controle do Poder Político. Algumas notícias indicam que o grupo se mantém atuante, tendo várias pessoas aprisionadas e feitas de escravos. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/sendero-luminoso-mantem-quase-200-refens-em-condicao-de-escravidao-no-peru>> Acesso em: 05 fev 2016.

Esse modelo não atende mais as necessidades sociais a partir do século XVI, “com a transição da economia agrário-senhorial para uma economia mercantil-assalariada” (WOLKMER, 2001, p 28), desde a paulatina expansão do capitalismo por toda a Europa, que irá quase a atingir totalmente entre os séculos XVI e XVII. O novo modelo econômico-social que surge (capitalismo/burguesia) pressupõe, para atingir seus objetivos, transição desse modelo pluralista, policêntrico e fragmentado, até então experimentado pelos senhores feudais, para uma instancia territorial unitária, exclusiva e concentrada.

No Movimento do Direito Alternativo, o conceito de pluralismo possui uma maior abrangência. O termo não se refere a algum sistema jurídico que coexiste com o oficial muitas vezes por este reconhecido e que regula algumas situações jurídicas de forma autônoma e independente do oficial. O conceito de pluralismo que o movimento utiliza é precário, pois se refere uma forma de resolução de conflitos paralela que surge da ausência do direito oficial ou a luta pela positivação de novos direitos.

Os estudos de Boaventura de Sousa Santos (1988) em algumas favelas do Rio de Janeiro nos aclaram essa ideia, quando trata do que chama Direito de Pasárgada. Segundo relatos do autor, lá havia um direito não oficial, uma forma de resolver os conflitos advindos da ocupação de terras. Porém, neste caso, essas regras só surgiram pela ausência do Estado em aplicar o direito positivo e resolver os conflitos, já que há regras positivadas que tratam de tais questões e são aplicadas na solução de problemas semelhantes em áreas onde o Estado está presente. A resolução paralela de conflitos não apresenta uma forma nova de resolvê-los, mas está baseado nas mesmas premissas que o direito estatal - a propriedade privada da terra. As pessoas aqui não buscavam constituir um novo sistema jurídico em oposição ao oficial. Buscavam, tão somente, a resolução de uma demanda, por vezes, copiando o direito positivado pelo estado.

A ilegalidade, na qual muitas das pessoas que ocupam as favelas brasileiras vivem, faz com que os conflitos sejam resolvidos sem a participação do Estado. Os estudos de Boaventura de Sousa Santos (1988) foram realizados na década 1970, talvez não guardem uma fidelidade atual com as práticas contemporâneas das favelas brasileiras, porém, servem como parâmetro para entendimento do conceito de pluralismo jurídico para o Movimento do Direito Alternativo. Para Boaventura (1988, p. 10), a ilegalidade é “um dos problemas centrais dessas comunidades residenciais marginais”, que vai desde a ocupação das terras, sem qualquer título que lhes garantam a posse ou propriedade, até as construções que não observam qualquer norma legal para a construção civil.

Em virtude dessa situação, a principal bandeira da luta de tais pessoas era direcionada para a "conquista coletiva da legalização [...] para a defesa contra as ameaças à sobrevivência colectiva decorrentes da ilegalidade da ocupação" (SANTOS, 1988, p. 11). A regularização da ocupação é um requisito para o Estado forneça os equipamentos coletivos básicos, como abastecimento de água, energia elétrica, rede de esgoto e pavimentação das ruas. Assim, a luta não é pela criação de um direito paralelo ao estado, mas a submissão ao direito que já existe, o estatal.

A ausência do aparato estatal se reflete, também, na resolução dos conflitos sociais que daí surge. As pessoas que habitavam a favela pesquisada por Boaventura precisavam de alguma forma, mesmo com a ausência estatal, solucionar as demandas relacionadas às "relações sociais entre vizinhos" (SANTOS, 1988, p. 13), especialmente ligadas aos "direitos sobre habitação ou a terra" (*ibid*). A função de mediar os conflitos e solucionar passou a ser assumida pelas associações de moradores.

Essa relação descrita por Boaventura tem "estrutura homóloga das relações jurídicas" (SANTOS, 1988, p. 14) do Estado. Tanto a estrutura como os fundamentos que regiam a atuação desse direito tem semelhança com o direito estatal. Há um terceiro que promoverá a resolução do conflito, bem como as bases ideológicas são os "princípios da propriedade privada" (SANTOS, 1988, p. 14). Não há criação de um novo modelo jurídico, seja na estrutura, seja no conteúdo. No direito aplicado pelas associações, "as normas que regem a propriedade no direito do asfalto [direito estatal] podem ser seletivamente incorporadas no direito de Pasárgada [direito aplicado na favela, quando da ausência do Estado] e aplicadas na comunidade" (SANTOS, 1988, p. 14). Ainda sobre os contratos lá celebrados, o autor afirma que "é comum o recurso a fórmulas de rotina semelhantes às usadas nos contratos do mesmo tipo celebrados pelo direito oficial" (SANTOS, 1988, p. 15).

Para Luciano Oliveira, esse direito produzido por tais comunidades, ao invés de ser o oposto do direito estatal, "não seria senão um subproduto" (OLIVEIRA, 2010, p. 381). Tal fato ocorre fruto da "'contaminação' pela ideologia dominante que afetaria esses fenômenos jurídicos plurais" (OLIVEIRA, 2010, p. 381), como deixa claro Boaventura no estudo sobre o direito de Pasárgada. Aqui não poderíamos falar na criação de um direito paralelo capaz de caracterizar um pluralismo jurídico, pois estaríamos diante de uma reprodução precária do direito estatal. Alguns fenômenos sociais "aparecem como dotados de um potencial anticapitalista e emancipatório que, empiricamente falando, dificilmente apresentam" (OLIVEIRA, 2010, p. 382).

Ao invés de identificar tais práticas como criadoras de um possível pluralismo jurídico, elas representam, na verdade, a luta pela positivação de direitos que utiliza da violação de normas jurídicas como mecanismo de pressão. As ocupações feitas pelos membros do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra, bem como os movimentos urbanos de ocupação de espaços para moradia, estão na mesma situação. Aqui não há pretensão de criação de um novo sistema jurídico, mas pelo contrário, busca o fortalecimento do sistema jurídico estatal pela positivação de novos direitos.

Sobre as pressões que são realizadas sobre o direito estatal, pode ser útil a diferença feita por Michel Mialle (2005) entre juristas e homens políticos. O primeiro grupo refere-se àqueles profissionais que a preocupação "consiste em aplicar as regras do direito e não em criá-las" (MIALLE, 2005, p. 175) São os advogados, magistrados, promotores, etc., todos na categoria de juristas práticos. Mesmo que estes participem de alguma forma para consolidação de direitos, aplicando-os de uma forma considerada justa, não o criam efetivamente.

O segundo grupo está relacionado àqueles que têm a preocupação de criar o direito, os parlamentares e "aqueles que se opõem à aplicação do direito atual" (MIALLE, 2005, p. 174), mas "não têm nada a ver com os juristas: não são técnicos do direito" (*ibid*). Mialle refere-se à parcela da população que busca alterar o direito estatal. Isto é feito de várias formas desde o descumprimento deliberado das normas até atos políticos organizados de pressão popular. Porém, o que estes buscam não é a criação de um direito paralelo/alternativo ao do Estado, mas que este absorva as suas demandas e as garanta pela positivação.

A violação do sistema jurídico vigente é uma forma de expressar a indignação e pressionar para que mudanças nesse sistema aconteça. Para Mialle, "a sua pressão, as suas reivindicações ou as suas intervenções têm nesses casos um efeito directo sobre a criação do direito" (MIALLE, 2005, p. 174). Aqui há uma atuação direta sobre o sistema jurídico, o que pode acarretar transformações.

Assim, qualquer construção que possa ser atribuída aos juristas práticos, não pode deixar de considerar que, muitas das vezes, não passa de mera "reprodução de um construído que já existe" (MIALLE, 2005, p. 174). Tomando por base a distinção feita por Mialle (2005), os juristas práticos não podem criar algo absolutamente novo, pois estão condicionados à estrutura na qual estão inseridos. Concordamos com esta conclusão aos referirmo-nos ao direito alternativo no Brasil. Para a pergunta: os juízes alternativistas criaram direito? A resposta é que não. Eles fizeram uso do direito estatal de uma forma tópico-problemática, a qual privilegia a realidade social, porém tomaram os princípios constitucionais como limites argumentativos.

Desta atuação é que pode ter surgido usos alternativos do direito, ou seja, em desconformidade da forma como a maioria dos magistrados costumavam aplica-las, até então.

A diferença que Mialle (2005) faz entre os juristas-práticos e os não-juristas nos propõe duas reflexões sobre a prática do Direito Alternativo. A primeira, diz respeito a este direito paralelo/alternativo que pode surgir no seio da sociedade em contraponto ao estatal. O surgimento deste fenômeno está ligado à atuação de atores sociais não participantes da estrutura do Estado, mas movimento de pressão para modificação do direito posto ou positivação de novos direitos. Aqui estão os movimentos populares que lutam pela efetivação dos direitos sociais e as liberdades individuais constitucionais. A segunda é sobre o conteúdo de tal direito, como destaca Souto, "uma legalidade popular, paralela à estatal [...] não pode então, só por que é popular, ser critério de uma opção racional" (SOUTO, 1997, p. 99). Seria ingênuo pensar que, pelo fato de não ser estatal, este direito chamado de popular, seria melhor.

Levando adiante esta crítica sobre o movimento do direito alternativo, a afirmação de uma atuação em prol das minorias e de uma sociedade radicalmente democrática, como disse Souto (1997), não é uma opção racional. Tais termos são vagos e sem conteúdo fixo, por isso, incapazes de servir de parâmetro validade para a prática alternativa. No máximo, aproximaria o alternativismo de uma corrente jusnaturalista, ou seja, na crença em valores acima do direito posto, os quais poderiam orientar a atuação do movimento. Como falar e atuar em prol de justiça social sem recorrer a um direito pressuposto ao direito estatal?

Em linhas gerais, a corrente jusnaturalista entende que “existe e pode ser conhecido um ‘direito natural’ (*iusnaturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo)” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 655). Essa dualidade de sistema de normas pode levar a um conflito, o qual, segundo o jusnaturalismo, deve ser resolvido em benefício do direito natural, pois este “tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 655-656), devendo prevalecer.

Mas os fundamentos do direito natural podem ser diferentes, há pelo menos três: uma ideia de “lei estabelecida pela divindade e por esta revelada aos homens”; “a de uma lei ‘natural’ em sentido estrito, fisicamente conatural a todos os seres animados à guisa de instinto”; “finalmente, a de uma lei ditada pela razão, específica portanto do homem que a encontra autonomamente dentro de si” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 656). Não há pureza nestas correntes podendo até coexistirem num mesmo sistema, mas o ponto que as une é a ideia de um sistema eticamente superior ao positivo, o qual dever ser o fundamento do

direito criado pelo Estado. Quando o direito positivo se distancia do direito natural, surge para os cidadãos a possibilidade de desobedecê-lo.

Quando o Direito Alternativo traça como objetivos a realização de justiça social e uma sociedade radicalmente democrática, estes podem aproximá-lo do jusnaturalismo. Isto se dá porque esta corrente filosófica, apesar de suas variadas formas, está alicerçada em valores pré-estabelecidos e imutáveis, os quais são estendidos a todos os seres, independentemente de qualquer contexto histórico ou geográfico. Fundamentar uma prática judicial nesta corrente filosófica significa deixar de lado o contexto social, político e econômico no qual o direito está inserido, para conferir a valores como justo, democrático, legítimo, razoável, etc., conteúdo fixo e absoluto.

Porém, ao invés de acreditar na formulação de valores absolutos, Carvalho afirma que "toda e qualquer decisão, seja legalista ou não, passa necessária e obviamente pelo subjetivismo do julgador" (CARVALHO, 1997, p. 32). O subjetivismo do julgador é particular e relativo, oposto a (crase) busca de algo incontestável e universal. O reconhecimento da particularidade e participação de valores relativos na formação da decisão judicial, indica que o alternativismo segue linha diversa do jusnaturalismo.

O processo se dá a partir da decisão para a justificação. Para Carvalho, "a regra é o Juiz apreciar o fato e apurar os sentimentos em relação a ele, para posteriormente buscar argumentos técnico-legais para justificá-los" (CARVALHO, 1997, p. 33). Portanto, o magistrado não atua nos limites de valores universais e abstratos, mas busca, na sua particularidade, a decisão. O qualificativo de judicial só é acrescentado posteriormente quando, em função de uma exigência legal, o juiz deve apresentar argumentos retirados do ordenamento jurídico para justificar sua decisão. Este processo assemelha-se à diferença entre contexto da descoberta e contexto da justificação, já mencionado anteriormente.

Notamos que a formação da solução judicial é realizada no contexto fático, não em fórmulas abstratas e universais. Sendo assim, não é compatível falar de valores absolutos no Direito Alternativo, não há a Justiça, pois esta "só existe no processo histórico, é um valor relativo a ser extraído a partir da realidade vigente" (CARVALHO, 1997, p. 40). Para os alternativistas, segundo Carvalho (1997), a justiça neutra (absoluta, abstrata e universal), "aquela que procura colocar o conflito na conceituação do justo preexistente e não a busca em função do litígio" (CARVALHO, 1997, p. 41) não está alinhada com as finalidades do direito alternativo.

O afastamento do Direito Alternativo do Direito Natural é pressuposto lógico para atuação daquele. É insustentável que o alternativismo busque a justiça, no caso concreto, e tente

fazê-lo por meio de valores universais e abstratos. Para os alternativistas a justiça ou injustiça só será delineada na 'aplicação da lei ao fato concreto' (CARVALHO, 1997, p. 42). Não há critérios *a priori* para a apreciação do justo, pois este "emerge do caso concreto" (CARVALHO, 1997, p. 32), sendo *a posteriori*.

Apesar dessa formulação, Amilton Bueno de Carvalho (1997) fala de um "jusnaturalismo de caminhada", que seria a opção ética de atuação do Direito Alternativo. Eis que surge a seguinte questão: é possível atuar desconsiderando valores abstratos e universais e mesmo assim falar de jusnaturalismo, há incoerência? Na verdade, o autor está falando de uma "opção ética" (CARVALHO, 1997, p. 82), a qual deve ser estendida a todos os seres humanos, pelo simples fato desta qualidade.

Esta opção ética é, na verdade, uma utopia, a possibilidade de "vida em abundância para todos" (CARVALHO, 1997, p. 32). Mas notamos que em nada esta opção ética está alinhada com o Direito Natural: primeiro porque é fruto de uma opção, ou seja, a eleição entre várias possibilidades, ideia incompatível com o jusnaturalismo; segundo o autor fala que esta opção ética não é definitiva, nem imóvel, nem preexistente, mas que deve ser criada e se alternará acompanhando o passo da humanidade. Assim, apesar do termo, não se trata de Direito Natural.

O que o autor quis expressar foi a necessidade de eleição de valores que beneficiem o maior número de pessoas e que a atuação deve ser no sentido de concretizá-los. Muitos desses valores já foram positivados por meio de leis, grande conquista contra a arbitrariedade, devendo ser aplicadas. Porém, outros ainda não gozam da mesma garantia da positivação, quanto a estes, os magistrados devem lutar para que sejam positivados.

A atuação dos alternativistas na busca pela superação de um legalismo vulgar não buscava "retorno *tourtcourt* aos velhos esquemas do jusnaturalismo dedutivo e abstrato" (PORTANOVA, 1997, p. 81). Nem vindicava uma atuação sem limites do magistrado, onde pudesse exercer sua arbitrariedade, "não é a volta à jurisprudência livre" (PORTANOVA, 1997, p. 81). Os valores particulares dos juízes não têm preponderância sobre os valores sociais inseridos na Constituição. Os princípios constitucionais são os limites de atuação e justificação das decisões, mesmo reconhecendo, como dito por Cardozo (2004), que há elementos subconscientes e não revelados na produção das decisões judiciais.

O juiz alternativo, na sua atuação, tem muitos limites a serem observados, afinal é elemento componente do Estado, não podendo ignorar o seu local de fala. Na sua prática "deve manter-se dentro do sistema jurídico" (PORTANOVA, 1997, p. 83), porém não como escravo da lei, mas como um ser capaz de utilizá-la na busca pela concretização de valores

democráticos. A atuação não é realizada fora do direito, mas por meio de uma prática que "afasta o entendimento unívoco" (PORTANOVA, 1997, p. 79) acerca do direito, compreendendo que este "não tem um sentido único e verdadeiro" (*ibid*). O direito não possui conteúdo único, que pode gerar muitas interpretações e ser visualizado de muitas formas.

Apesar de privilegiar a ideia de valores concretos conforme a realidade social, Cláudio Souto afirma que o direito natural é "o antecessor fundamental" (SOUTO, 1997, p. 95) do direito alternativo. Desta corrente filosófica herda a preocupação com a justiça, no caso, a justiça social. Mas a semelhança resume-se a esta ideia, pois se afasta da noção de "princípios jurídicos invariáveis" (SOUTO, 1997, p. 95). Com a preocupação do prático, daquilo que pode ser definido apenas no contexto em que está inserido, como por exemplo, o que é ou não justo, faz os alternativistas se aproximarem da racionalidade dialética por meio de uma abordagem tópico-problemática do direito.

A forma como a argumentação da jurisprudência alternativa foi realizada pode ser vista claramente nas decisões proferidas. Ao contrário da ideia de pluralismo jurídico, as referências justificadoras são sempre do direito positivo estatal, seja a Constituição, por seus princípios explícitos ou implícitos, seja pelas normas infraconstitucionais. Ao analisarmos as decisões, no capítulo seguinte, este dado ficará mais claro, especificamente, as três últimas decisões, as quais Andrade (2011) e Carvalho (1998) classificam como expressão da prática do uso alternativo do direito em sentido estrito, o pluralismo jurídico.

CAPÍTULO 4 – ABORDAGEM TÓPICO-PROBLEMÁTICA DO DIREITO - análise de algumas decisões do movimento do direito alternativo

Nos capítulos anteriores, abordamos a visão aristotélica da racionalidade dialética e o resgate, no século XX, por Perelman (2005) e Viehweg (2008) dos conceitos retóricos e tópicos e sua aplicação ao campo do direito. Desta discussão, retiramos algumas categorias: *éndoxa*, que são as premissas usadas na racionalidade dialética; *topoi*, o conjunto das opiniões de compartilhadas pelo auditório; auditório universal, a idealização do orador sobre o conjunto de pessoas para as quais apresenta a argumentação; auditório particular, o conjunto das pessoas que o orador quer levar à adesão; argumentos particulares, as razões apresentadas pelo orador ao auditório particular e por estes compartilhadas; argumentos universais, as razões idealizadas pelo orador que são capazes de levar qualquer pessoa à adesão.

Para a formação da decisão judicial, utilizamos o conceito de silogismo retórico ou entimema, a partir das considerações feitas por Adeadoto, e a aplicação que este fez à justificação judicial. O entendimento da decisão judicial como entimema também encontra respaldo quando falamos da ocultação de elementos na fundamentação das decisões, como por exemplo, os elementos subscientes afirmado por Cardozo (2004).

Sobre o direito alternativo, afirmamos que este é expressão de uma abordagem tópico-problemática do direito, pois parte dos problemas concretos para encontrar as decisões sobre tais e que as normas jurídicas são usadas como elementos justificadores, não como determinantes no processo decisório. Ainda sobre o movimento do direito alternativo, deixamos claro que o percebemos como prática jurídica nos limites dos princípios constitucionais, tendo nestes seus principais elementos argumentativos. Afastamos esta corrente de um possível pluralismo jurídico e do jusnaturalismo. O que defendemos é que, ao invés de aplicar um direito paralelo ao estatal, os alternativistas usaram as normas constitucionais para fazer uma releitura da legislação infraconstitucional, aplicando esta conforme aquelas.

Estas questões poderão agora ser mais bem visualizadas, pois apresentaremos nove decisões judiciais que são tidas por Carvalho (1998) e Andrade (2011), ambos magistrados alternativistas, como expressão de uma jurisprudência alternativa. A escolha por tais decisões foi feita pela relevância social dos temas e pela argumentação adotada. Elas estão divididas segundo as categorias apresentadas de prática alternativa: uso alternativo do direito, positividade combativa e direito alternativo em sentido estrito. Todas as decisões estão nos livros: “Direito Alternativo: teoria e prática” e “Direito Alternativo na Jurisprudência”, ambos de Amilton Bueno de Carvalho. Também usamos o livro “Manual de Direito Alternativo”, de

Lédio Rosa de Andrade, para complementar a divisão das decisões na tipologia anteriormente apresentada.

A leitura das decisões serve para verificarmos, no discurso, como a argumentação problemática, partindo do caso concreto e baseada em princípios jurídicos, foi utilizada pelos magistrados para conseguir proferir as referidas decisões alternativas.

Precisamos, como deixa claro Andrade, esclarecer que não há, do ponto de vista formal, qualquer diferença entre as sentenças ditas alternativas e as tidas como tradicionais. Como diz o autor, de “qualquer ponto de vista jurídico não existe jurisprudência alternativa” (ANDRADE, 2011, p. 181). Isto porque as decisões são necessariamente proferidas por servidores públicos, no caso, magistrados investidos no exercício da função jurisdicional, e o exercício e os limites de tal atividade são fixados pelo Estado e por este legitimado. Qualquer excesso ou atuação fora da zona limite não tem respaldo estatal, portanto estará fora da legalidade e da democracia.

Os magistrados que afirmavam aplicar uma jurisprudência alternativa faziam uso do direito estatal, apesar das críticas dirigidas a este como sendo expressão de uma classe de dominadores. Isto só mostra que qualquer tipo de maniqueísmo para classificar o direito não encontra respaldo na realidade. Por isso, não tem como identificar e caracterizar as decisões como tradicionais ou alternativas analisando os seus elementos estruturais. Todas as decisões de magistrados no Brasil, sem distinção de qualidade, são atos de poder, assim garantidos pela força do Estado a sua execução, “após o trânsito em julgado de uma decisão passível de ser tida por alternativa, a polícia (civil e militar), e até mesmo o exército, a farão cumprir” (ANDRADE, 2011, p. 181).

Vimos que quanto aos instrumentos usados nas decisões alternativas nada há que a separe das demais. As justificações e os valores apresentados na jurisprudência alternativa estão conforme o direito criado e executado pelo Estado, por isso que, do ponto de vista do Direito Positivo, não existi direito alternativo. Os fundamentos usados para decidir vêm do direito estatal bem como o aparato para executá-las. Não tem como falar em alternatividade onde as estruturas são mantidas e até fortalecidas. À medida que o Estado é quem, por meio do direito positivo, garante a execução das decisões alternativas, há um fortalecimento da sua estrutura, deixando mais claro a dependência que a magistratura alternativa tem do direito estatal.

Deixando esse ponto claro, passemos ao que, possivelmente, pode diferenciar as decisões alternativas das demais (tradicionais). Só analisando o seu conteúdo será possível verificar como estas foram elaboradas: o raciocínio adotado, argumentos apresentados e as conclusões obtidas. Todos os atos jurisdicionais obedecem às “prescrições nas legislações processuais” (ANDRADE, 2011, p. 181) – códigos de processos, regimentos dos tribunais e leis que

organizam a atividade jurisdicional. Somente nos “requisitos retóricos ou ideológicos da decisão” (ANDRADE, 2011, p. 181), como diz o juiz Lédio Rosa de Andrade, é que podemos encontrar divergência entre as decisões tradicionais e alternativas.

Para o autor, o principal aspecto que torna os dois tipos de decisões diferentes é o reconhecimento de ideologia nas decisões alternativas, pois se não aceitarmos existência de “ideologia no ato de julgar, torna-se impossível uma discriminação da jurisprudência alternativa da não-alternativa” (ANDRADE, 2011, p. 181). Desta forma, afastando a ideia de neutralidade no ato de julgar e aceitando que diversos elementos influenciam o magistrado na formação da decisão é que se pode encontrar diferença entre as decisões jurisdicionais.

Retomando as ideias anteriormente expostas, para Cardozo (2004), a ideia de que o silogismo dedutivo formal é capaz de explicar a formação da sentença judicial não encontra respaldo na realidade. Por isso, explicar o processo de tomada de decisão por meio de um método em que todas as premissas estão dadas e a conclusão é uma derivação desse processo, não condiz com a realidade. Não há, para Cardozo (2004), como afirmar que são as normas jurídicas que determinam as conclusões dos juízes.

Não há como fazer uma ligação direta entre o pensamento de Cardozo (2004) e o que fora afirmado pelos alternativistas aqui no Brasil. Mas é possível perceber que a crítica à neutralidade jurisdicional é feita por ambos. Como mencionado anteriormente, Cardozo acredita que há elemento “inconfesso, inarticulado ou subconsciente” (CARDOZO, 2004, p. 2) na atuação do juiz. Estes elementos subconscientes ou inconfessos podem ser tomados como as ideologias que os magistrados expressam por meio das suas decisões, de forma explícita ou não. Há, portanto, ideologia na magistratura, embora o mito da neutralidade axiológica buque negar sua existência, conforme Freitas (2009).

Para José Guilherme de Souza (1991), a pretensa neutralidade do judiciário está ligada ao papel que este deve desempenhar na estrutura estatal. Tendo o Estado uma ideologia dominante, ou seja, um fundamento axiológico que alicerça as decisões e indicam quais os planos e estratégias que devem ser executadas, na busca de uma finalidade específica, o judiciário não foge a tais preceitos, pois é parte do Estado. Para os alternativistas, a ideologia que guia o Estado não é alinhada com os interesses dos “menos favorecidos, dos oprimidos e sim, aquela dimanda (*sic*) das classes dominantes e dos grupos no poder” (SOUZA, 1991, p. 82). Esta visão, simplista e reducionista, não dá conta da complexidade da sociedade moderna nem da atuação dos interesses múltiplos que guia o Estado atual. Mesmo assim, ela serviu de motor para a atuação dos juízes alternativistas, na ânsia de produzir uma decisão judicial que ‘mergulhasse no social e de lá saísse embebida no seu caldo cultural’ (SOUZA, 1991, p. 82).

Se tal visão não serve para descrever a realidade social e judicial brasileira, pelo menos deixam evidentes pontos de tensão político-ideológicos.

Este ponto de divergência, e possível ruptura com um modelo “tradicional” de perceber a realidade jurídica, está no reconhecimento da ausência de neutralidade ideológica do judiciário, “em face da realidade concreta do social” (SOUZA, 1991, p. 84). Por isso que, para Portanova (1997, p. 17), nas decisões judiciais, há influências pré-jurídicas, expressas nos valores sociais, econômicos e políticos que formam a pessoa, não havendo que negar esta realidade em virtude de um dever-ser imposto na norma jurídica. Não há como separar o juiz, na sua atividade judicante, do ser humano contextualmente identificado.

Portanova (1997) parte da distinção de três planos de motivação numa sentença judicial: probatório, pessoal e ideológico. Assim como Cardozo (2004), este magistrado brasileiro não aceita a tese de neutralidade nem de que haja uma determinação da decisão judicial pelas normas jurídicas. Tanto para um como para outro, a sentença judicial é resultado de um caldeirão de elementos sob os quais não há total controle.

O primeiro plano identificado diz respeito à problemática dos acontecimentos, os fatos trazidos ao processo. Tudo começa com os atos da vida, os quais influenciarão qualquer manifestação judicial, ato propulsor e finalístico da decisão judicial. Esta nasce dos fatos e para eles se volta. A primeira das motivações é, portanto, a probatória, que “diz respeito à maneira como o juiz interpreta os fatos e provas no processo” (PORTANOVA, 1997, p. 16). Estes fatos não chegam ao magistrado de forma imediata, mas são trazidos pelas palavras de outros interlocutores.

Os dados fáticos são os principais elementos para atuação do magistrado. Mesmo havendo normas, sem que haja vida que a permeie, não há judiciário que se movimente. Para Portanova, motivação probatória “em suma, é a relação do juiz com os meios de prova vindos aos autos” (PORTANOVA, 1997, p. 16). É como se percebe o que é trazido pelas partes ao processo, o que advém das provas testemunhais e periciais diz respeito, verdadeiramente, a como o juiz irá perceber as provas que são produzidas formando, inicialmente, a sua convicção a respeito das relações discutidas.

O segundo tipo de motivação são as de cunho pessoal. Para Portanova, aqui estão presentes as “interferências (psicológicas, sociais, culturais), personalidade, preparação jurídica, valores, sentimentos de justiça, percepção de função, ideologia, interesse, remorsos, intelectualização” (PORTANOVA, 1997, p. 16). Pode ser resumido nas palavras de Capeletti, transcritas por Portanova, quando fala da “realidade misteriosa, maravilhosa, terrível que é o espírito humano, refletidas com ou sem véu nas frias expressões dos repertórios

jurisprudenciais" (PORTANOVA, 1997, p. 16). Assim, essas questões atinam àquela parte do ser humano que é adquirida, construída pelo tempo, muitas das vezes, de maneira mais involuntária do que intencional, vem das experiências de vida, dos valores que aprendidos, daquilo que vem do outro e se incorpora ao nosso ser.

A atividade profissional do juiz não é realizada com base em ideias puramente pessoais, ou determinada de forma absoluta por suas convicções mais íntimas. O controle de acesso e exercício do poder judiciário serve para minimizar tais influências. Porém, como Portanova (1997) e Cardozo (2004), não é possível afirmarmos que não há influência de tal natureza na atuação do juiz, apesar de não ser possível determinar o seu grau.

O terceiro tipo de motivação é a que Portanova (1997) chama de ideológica. Com isso, o autor está querendo chamar atenção para a exteriorização do conjunto de elementos axiológicos que pertence ao juiz. Para ele, a motivação ideológica realiza-se em “dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual” (PORTANOVA, 1997, p. 16). Ao invés de acrescentar algo novo, Portanova (1997) apenas se remete à ideia anterior, de motivações pessoais, para agora tratá-las no seu caráter externo.

Mais uma vez, o que fica claro na sua formulação é a ideia de “influências pré-jurídicas sobre significados, valores e fins humanos, sociais e econômicos, ocultos (ou não) que vão inspirar a decisão judicial” (PORTANOVA, 1997, p. 17). A existência de elementos externos às normas jurídicas de várias ordens, mencionadas por Portanova (1997) e Cardozo (2004), é que irão dar (dar) o teor da decisão judicial.

Reconhecendo a influência de tantos elementos para a formação da decisão judicial, os alternativistas buscaram uma atuação tópico-problemática em seus julgados. O procedimento do silogismo dedutivo formal serve apenas para justificar a concretização das normas jurídicas, não para explicar o processo de formação da decisão. Ao invés de pensar a decisão judicial como um ato de direção única, no qual o resultado é a formação da sentença, os alternativistas buscaram pensar esse processo de forma cíclica. Os fatos da vida são como os propulsores (ponto de partida) bem como o objetivo (ponto de chegada) das decisões alternativas se contrapondo a uma visão tradicional onde a norma jurídica ocupa estes lugares.

Nas palavras de Portanova, a jurisprudência alternativa estaria num eterno retorno “ao fato, à realidade vital concreta, ao pluralismo, às influências sociológicas, à prevalência da eficácia da norma sobre sua validade” (PORTANOVA, 1997, p. 95-96). Os aspectos formais não têm preponderância sobre a realidade fática. Sem negar a importância das normas jurídicas,

os alternativistas reivindicam uma visão do direito como fato. O pensamento jurídico, portanto, é problemático.

Portanova (1997) chega a citar rapidamente os estudos de Theodor Viehweg, em “Tópica e Jurisprudência”, sobre o pensamento problemático lá delineado como sendo a técnica utilizada pela jurisprudência. Nas palavras de Portanova, esta técnica seria realizada ‘mediante ajustes concretos e particulares, que a partir de *topoi* procura resolver problemas’ (PORTANOVA, 1997, p. 96). Conceituando *topos*, Portanova (1997) diz que são valores cambiantes segundo as determinações da prática. Depreende-se que os alternativistas buscavam raciocinar em torno de valores a partir dos problemas fáticos apresentados nos processos judiciais.

Os valores práticos são identificados por Portanova (1997) como sendo os princípios jurídicos. Estas normas, por sua vez, são caracterizadas por não gozarem de um conteúdo definitivo, só concretizado e preenchido a partir da realidade fática. A atuação dos alternativistas “trata-se, assim, de um pensamento por princípios” (PORTANOVA, 1997, p. 97). Os fatos interpretados pelos magistrados é que informam o conteúdo das normas (princípios) e estes são usados para argumentar e justificar as decisões tomadas.

Alguns desses valores que orientaram a atuação dos magistrados foram identificados por Andrade, tais como “lutar contra a miséria e toda forma de exploração e segregação; buscar construir uma sociedade democrática” (ANDRADE, 2011, p. 182). Porém, não são valores contrários aos valores jurídicos expressos na Constituição da República de 1988.

Lutar pela democracia e pelo fim da miséria é atividade estatal e positivista. Não há ruptura com a ordem legalista para concretizar tais fins, pelo contrário, esta precisa ser reforçada se há de se alcançar estas finalidades. As diretrizes fundamentais da Constituição trazem a democracia e erradicação da desigualdade e pobreza em local de destaque entre as finalidades do Estado brasileiro (Constituição da República, de 1988, artigo 3º, incisos I e III).

De fato, os valores defendidos pelos alternativistas, na sua expressa ideologia de luta por justiça social e democracia, já vinha sendo travada há décadas no país, culminando com a inserção de tais valores na Constituição. A atividade jurisdicional dos alternativistas tinha por base alguns *topoi* expressos por meio de princípios jurídicos. Ao invés de tentarmos explicar a atividade dos magistrados do movimento do direito alternativo buscando fundamentos fora do direito estatal, preferimos lidar com a ideia de que este grupo de juízes atuou dentro do direito posto. Isto foi possível pelo uso de uma argumentação casuística e problemática fundamentada em princípios constitucionais. Os escritos de Rui Portanova (1997), Andrade (2011) e Carvalho

(1998), todos juízes que participaram e decidiram judicialmente conforme a ideologia do movimento, atestam essa ideia.

Passagem que ilustra bem a ideia de uso dos princípios jurídicos como forma de atuação ideológica limitada e direcionada pela Constituição, pode ser vista quando Portanova (1997) fala do processo civil a atuação do magistrado. Em nenhuma das partes do escrito, o autor deixa de lado o direito estatal, pelo contrário, faz sempre referências às normas hierarquicamente superiores como diretrizes para decisões mais justas e democráticas. Portanova refere-se ao processo civil como sendo “instrumento de atuação política”, (PORTANOVA, 1997, p.104) no sentido de fazer uso da “discussão de direitos humanos e posteriormente direitos difusos e coletivos” (*ibid*) para ultrapassar a mera praxe processual. O autor critica uma visão tradicional do processo usando um princípio caro ao processo civil atual – a instrumentalidade - valor que se tornou *topos* do processo civil, usado na argumentação para superação e flexibilidade de muitas formalidades processuais, que no caso concreto poderiam trazer algum prejuízo aos fins constitucionais do processo jurisdicional.

Portanova (1997) refere-se ao uso dos direitos humanos, coletivos e difusos, todos amparados pelo direito estatal. Ele ainda fala na busca de “resultados substanciais” (PORTANOVA, 1977, p. 104) no processo, bem como a busca “integrativa do processo com a ordem constitucional” (*ibid*). Os valores constitucionais, expressos por meio de princípios, portanto, com ampla margem argumentativa, como acesso à justiça, ampla defesa, contraditório, são todos usados pelo autor como lugar de atuação alternativista. Tais *topoi* fazem parte do direito positivado.

Sobre as leis ditas injustas, Portanova (1997) considera que a melhor forma de lidar com elas é tendo a Constituição como parâmetro de análise, não a sua não aplicação pura e simples. Para chegar a uma decisão justa, não é necessário ultrapassar todo o sistema jurídico estatal, mas usar os princípios que, fundamentados na Constituição, sejam capazes de garantir justiça social e democracia. Em outras palavras, a não efetividade de muitas normas do direito positivado, especialmente algumas constitucionais, faz surgir um amplo campo de atuação alternativista. Como diz Andrade, “nossa legislação é pródiga na previsão de direitos, sem, contudo, efetivá-los” (ANDRADE, 1992, p. 91). Como a falta de concretude dessas normas atingem a maioria da população pobre, os alternativistas consideram a justiça social, ou seja, efetividade de direitos para estas pessoas como sendo uma das suas principais diretrizes de atuação.

Neste ponto, as críticas não são dirigidas ao direito estatal para reivindicar uma normatização paralela, mas para o fortalecimento do que está posto. Para Andrade, é inviável

“sustentar uma prática judicial apenas escrita, formalmente bonita, mas materialmente desastrosa. A essência da prática judicial alternativa é a busca de efetivação de justiça material a toda população” (ANDRADE, 1992, p. 91). Dizer que os alternativistas buscaram colocar o direito acima da lei, deixar de aplicar o direito positivo em prol de um justo direito natural ou negar a validade das normas estatais é por demais simplista. Portanto, para falar em alternativismo jurídico é preciso recorrer à ideia de princípio jurídico, como *topos* argumentativo usado num raciocínio problemático, para compreendermos como foram elaboradas as decisões dos magistrados do movimento do direito alternativo. Considerar a jurisprudência alternativa como mera negativa do direito estatal não traz verdadeiro entendimento sobre a atuação destes, pois é fruto de uma visão maniqueísta, ignorando as possíveis complexidades que existem na conduta humana. Apenas uma abordagem como a que tentamos fazer aqui, na qual as polaridades não são vistas como lugares opostos, mas como complementos de um sistema, é capaz de acrescer ao muito do que já foi dito sobre direito alternativo. O enfoque é dado à abordagem tópico-problemática, baseada na casuística e em princípios jurídicos, realizada por esses magistrados na elaboração de suas decisões judiciais.

A sistematização proposta por Andrade (2011) e por Carvalho (1998) nos auxiliarão na divisão das decisões em grupos para melhor entendimento. Segundo o primeiro, a jurisprudência alternativista, conforme a hermenêutica utilizada, pode ser dividida em quatro tipos distintos: interpretação dedutivista, tecno-formal ou positivista; interpretação ampliando (positividade combativa); interpretação alternativa (*uso alternativo do Direito*, segundo o pensamento brasileiro) de uma lei; e interpretação (decisão) contra a lei. Nas duas primeiras categorias, o autor fala de interpretação formal e interpretação ampliativa de “uma lei considerada boa” (ANDRADE, 2011, p. 183). Aqui é preciso esclarecer a dificuldade de se aceitar esse tipo de juízo de valor como parâmetro de atuação judicial. O grau de incerteza do termo o torna, neste contexto, quase que inutilizado. O que seria uma lei boa? Não há resposta definitiva para tal questão.

Sem um direcionamento minimamente concreto é difícil aceitar “bom” como diretriz valorativa no contexto jurídico. Porém, é possível, se levarmos em conta os escopos ideológicos já mencionados sobre o movimento do direito alternativo, entendermos que este “bom” se refere às leis que estão conforme os princípios constitucionais. Os princípios que são usados na argumentação das decisões alternativistas – dignidade da pessoa humana, direito à saúde, moradia, acesso à justiça, liberdade individual, limitação do poder punitivo do Estado... - todos estão expressos na Constituição ou em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

Não cabe aqui pensar que o termo “bom” se refere ao juízo de valor realizado conforme a convicção pessoal do juiz. Neste caso, estaríamos diante de uma atitude antidemocrática e contra os valores tão caros ao movimento do direito alternativo. Apesar de, no texto, Andrade (2011) não tomar espaço para esclarecer o termo, o contexto no qual está inserido é capaz de afastarmos essa segunda interpretação, mantendo como parâmetro de atuação e limite os princípios constitucionais.

Outro ponto sobre a divisão de Andrade (2011) que precisa ser tocado é o fato de este autor inserir, como primeiro tipo de atuação alternativista, uma interpretação positivista, tecno-formal. Este fato reforça a ideia de que a jurisprudência alternativa mantém o mesmo padrão de elaboração da jurisprudência tradicional, em nada diferindo as duas. Portanto, ambas estão segundo o direito estatal. É um reforço à ideia aqui esboçada sobre a abordagem tópico-problemática na elaboração das decisões judiciais.

Por fim, nas palavras de Andrade, essa classificação só serve “para efeitos acadêmicos, pois suas partes interagem e, muitas vezes, existem simultaneamente, em uma mesma decisão” (ANDRADE, 2011, p. 183). Com essa ressalva, fica mais claro que fazer uma divisão estanque dos tipos de decisões a partir da hermenêutica utilizada não é capaz de abranger de forma uniforme todo o fenômeno. Por isso, mantemos a ideia inicial de pensarmos estas decisões como expressão de um raciocínio tópico-problemático.

Seguindo o mesmo padrão, Carvalho (1998) divide a jurisprudência alternativa, como já mencionamos anteriormente, em: uso alternativo do direito; positividade combativa; direito alternativo em sentido estrito. Sem contar o primeiro tipo de decisão referido por Andrade (2011), que não seria exclusivo da jurisprudência alternativista, há correspondência entre as classificações. Andrade (2011) menciona interpretação ampliando, interpretação alternativa e decisão contra a lei, que corresponde ao positivismo de combate, uso alternativo do direito e direito alternativo em sentido estrito, respectivamente, na divisão de Carvalho (1998).

Passaremos a analisar abaixo algumas decisões compiladas pelos dois autores. Verificaremos como essa abordagem tópico-problemática está presente em todos os tipos de decisões da jurisprudência alternativa. As decisões serão agrupadas segundo a divisão de Carvalho (1998), primeiro as que atuam na positividade combativa, depois as de uso alternativo do direito e, por fim, as do direito alternativo em sentido estrito. Toda essa tipologia já foi conceituada nos capítulos anteriores, por isso, não nos deteremos em explicar cada uma delas.

4.1 POSITIVIDADE COMBATIVA

‘HABEAS CORPUS’ Nº 295037816 – 4º CÂMARA CRIMINAL – SÃO LEOPOLDO.

‘HABEAS CORPUS’

EXCESSO DE PRAZO NA CNCLUSÃO DO INQUÉRITO.

PAPEL DO JUIZ: O regime democrático exige do juiz criminal compromisso inarredável com a liberdade do cidadão quando o Leviatã impõe prisão acima do tempo legal. Aqui talvez resida a nobreza de sua função!

Alexandre Fagundes, paciente.

ACÓRDÃO

Acorda, os Juízes da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Alçada⁴, à unanimidade, em conceder a ordem, determinando a imediata soltura do paciente, se por **al**⁵ não estiver preso, e providências junto ao Sr. Secretário de Segurança Pública. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes juízes de Alçada, doutores VASCO DELLA GIUSTINA, Presidente, e ELADIO LECEY.

Porto Alegre, 16 de agosto de 1995.

Amilton Bueno de Carvalho, Relator.

RELATÓRIO

Dr. Amilton Bueno de Carvalho: o Bel. Joé Ary Moura impetra a presente ordem de ‘habeas corpus’ em favor de Alexandre Fagundes, alegando, na suma, que o paciente foi preso em 24 de maio do corrente ano por ordem da Juíza da 1ª Vara Criminal de São Leopoldo, e decreto de prisão preventiva. Todavia, restou superado o prazo legal e não veio a juízo o respectivo inquérito policial. Há, pois, constrangimento ilegal. Trouxe documentos.

⁴ Os Tribunais de Alçada eram órgão de 2º grau, porém com competência limitada, em regra pelo valor da causa ou matérias específicas. Este tribunal funcionava paralelo ao Tribunal de Justiça – TJ do Estado, onde havia. Para muitos era um tribunal inferior ao TJ. Esse tipo de tribunal foi extinto em 2004, com a reforma judicial realizada pela Emenda Constitucional n. 45.

⁵ *Aliud* palavra latim que significa “outro”, “outra coisa”.

Indeferido pedido liminar, a autoridade apontada coatora prestou informações, aduzindo que, efetivamente, o paciente teve prisão preventiva decretada, em razão de representação do Delegado de Polícia. Foi ele recolhido ao presídio em 24.05.95. Foram remetidos quatro ofícios à autoridade policial solicitando conclusão do inquérito, mas resposta não houve. Em 27.07.95 houve pedido de liberdade provisória e o Ministério Público postulou remessa de novo ofício à Delegacia de Polícia, que ocorreu em 28.07.95, mas novamente não houve resposta.

Neta sessão, o Dr. Procurador de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem. Postulou, ainda, se remeta cópia do feito ao Exmº Sr. Secretário de Justiça para que aprecie a conduta funcional do Delegado de Polícia da 2ª Delegacia de Polícia de São Leopoldo.

É o relatório.

VOTO

Dr. Amilton Bueno de Carvalho: Relator: A situação fática é por demais singela. O paciente foi preso em 24 de maio deste ano em razão de decreto de prisão preventiva, emergente de autorização de autoridade policial. Acontece que, decorrido mais de oitenta dias, não veio à luz o competente inquérito policial. Logo, há sério constrangimento ilegal, por excesso de prazo na conclusão do inquérito, em violação ao art. 10 do Código de Processo Penal: o paciente está preso por tempo superior àquele determinado por lei.

Todavia, a situação presente gera perplexidade e remonta a questão prévia: qual o pape do Juiz e do Promotor quando se vislumbra flagrante ilegalidade na prisão de um cidadão?

Na espécie o paciente foi preso por ordem judicial. A juíza constatou que, apesar da prisão, a autoridade policial não obrou com diligência na conclusão do inquérito, tanto que oficiou cinco vezes àquela autoridade determinando que o fizesse, mas sequer a resposta veio.

Volto a questão inicial: em situação tal, o que se exige do Juiz e do Promotor?

Estou convencido que o Juiz é garantidor da liberdade do cidadão. Por razões éticas e legais, deve estar permanentemente atento para que não ocorra prisão por tempo além daquele determinado pela lei, máxime quando, como aqui, foi ele (Juiz) quem a determinou. O Juiz fica, sempre e sempre, vinculado com as prisões que determina.

Assim, no meu sentir, competia à ilustre colega, data vênia, determinar a imediata soltura do paciente tão logo constataste da ilegalidade. Repito: o Juiz é o responsável, como agente do Estado e guardião da

cidadania, pelo controle prisional. Oficiar à autoridade policial é medida inócua, ante o vencimento do prazo legal.

E aqui a situação é grave, porque foram remetidos cinco ofícios ao Delegado de Polícia que sequer se dignou respondê-los, o que exige tomada de severa medida contra ele ante o flagrante desrespeito ao Judiciário. E o que é pior, deste desrespeito quem sofre os danos é o paciente (aliás, autorizado a propor pelo sistema ação indenizatória contra o Estado).

Mas há mais, o paciente é um jovem com 19 anos de idade e está recolhido (repito: ilegalmente) ao Presídio Central, local definido como um depósito humano aos próprios Juízes de execução de Porto Alegre. E o co-indiciado já teve concessão de ordem pelo mesmo motivo.

Ao concluir, reitero minha convicção: o regime democrático exige do Juiz criminal compromisso inarredável com a liberdade do cidadão quando o Leviatã impõe prisão acima do tempo legal. Aqui talvez resida a nobreza da sua função!

Diante do exposto, concedi a ordem determinando a imediata soltura do paciente (art. 648, II, do Código de Processo Penal⁶), com a providência postulada pelo Dr. Procurador de Justiça, no sentido de que se oficiasse ao Sr. Secretário de Justiça.

Dr. Eladio Lecey – De acordo.

Dr. Vasco Della Giustina – Presidente: De acordo.

Como se depreende da leitura do acórdão, uma pessoa fora mantida presa ilegalmente, em virtude do excesso de prazo, extrapolando o que a lei determinava. Para que fosse o cidadão posto em liberdade, só era necessário demonstrar o abuso do prazo da prisão, o que a qualificaria como ilegal. A consecução de tal objetivo depende da aplicação da norma estatal, neste caso, sem qualquer esforço ampliativo, apenas demonstrando aplicação da norma naquela situação específica.

Durante a argumentação, o julgador quase não faz menção aos princípios constitucionais. Por quê? Porque a norma infraconstitucional já é bastante específica, havendo dispositivo legal plenamente aplicável ao caso. O esforço argumentativo e justificador da decisão são realizados apenas demonstrando a aplicação da lei ao caso. O esforço ampliativo que caracterizaria a

⁶ Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: (...); II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei.

positividade combativa é confundido com a própria aplicação do direito estatal, nesta situação, qualquer *habeas corpus* concedido poderia ser qualificado como alternativo.

O conceito dado pelos alternativistas sobre o que é a positividade combativa passa a confundir-se com a própria legalidade. A não observância do direito estatal ou uma interpretação ampliativa estaria presente se a decisão fosse exatamente o oposto. Se diante de uma flagrante ilegalidade (prisão preventiva além do prazo fixado na lei), o julgador tomasse outra decisão que não a soltura do preso, nesta situação, teríamos sim uma interpretação ampliativa: o prazo da prisão estaria sendo ampliado; igualmente os casos em que a prisão poderia continuar teriam sido aumentados; bem como as exceções à manutenção da prisão durante a fase investigativa.

Dizer que a jurisprudência é alternativa porque aplicou a lei não mantém coerência conceitual nem prática. Melhor seria buscar um esquema tipológico que tratasse da aplicação das normas voltadas aos princípios constitucionais. A positividade combativa não é mais que uma atuação conforme o direito estatal, observando os princípios constitucionais.

Quando o princípio da legalidade é aplicado não pode haver qualificativo para este tipo de decisão como sendo combativa. Salvo se o combate se der contra as ilegalidades. Mas, para isso, a jurisprudência não necessita ser alternativa basta ser positivista e democrática, por observar as normas constitucionais.

Comentando essa decisão, Amilton Bueno de Carvalho afirma que “em nome da lei, foi ele colocado em liberdade” (CARVALHO, 1998, p. 79, grifo no original), não esconde que esta é uma atuação legalista, mas não deixa de referir-se à norma aplicada como sendo uma norma boa, porque cumpre uma função ética de limitar o tempo de prisão. Apesar desse apego a conceitos abstratos como ético, justo e bom na hora da aplicação das normas, os alternativistas atuam segundo o direito estatal, buscando neste o ponto fulcral de legitimidade de sua argumentação e justificação.

Passemos ao segundo julgado.

Agravo nº 295061550 – 4ª Câmara Criminal – São Leopoldo

AGRAVO

Em situações excepcionais, presentes critérios de utilidade e conveniência, pode o juízo de execução penal alterar a pena restritiva de direitos fixada no juízo da condenação. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Juízes da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado, por maioria, em dar provimento ao agravo, para substituir a pena de suspensão da habilitação para dirigir por prestação de serviços à comunidade, vencido Dr. Vasco Della Giustina, que fará declaração de voto. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Juízes de Alçada Drs. Vasco Della Guistina, Presidente, e Eládio Lecey.

Porto Alegre, 14 de fevereiro de 1996.

Amilton Bueno de Carvalho, Relator.

RELATÓRIO

Dr. Amilton Bueno de Carvalho –1. Trata-se de agravo interposto por Remi Mário Andreis contra a sentença que lhe estabeleceu a pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 01 ano, por infração ao art. 121. §3º, do CP.

Pede a substituição da pena por prestação de serviços à comunidade, alegando que depende de uso de automóvel para seu sustento.

Contra-arrazoando, o Dr. Promotor assevera que a decisão condenatória ao agravante faz coisa julgada formal e material e, por isso, não pode ser modificada. Contrário fosse, frustrados estariam os objetivos da execução da pena. De qualquer forma, a pena imposta está de acordo com o delito praticado, alterá-la significa frustrar seu objetivo. Mantida a decisão, subiram os autos. Nessa instância, emitiu parecer o Dr. Paulo Natalício Weschenfelder, DD. Procurador de Justiça, opinando pelo conhecimento e improvimento do agravo.

VOTO

Dr. Amilton Bueno de Carvalho –2. Como se viu em relatório, o agravante viu-se condenado, por sentença transita em julgado, à pena restritiva de direito consistente em interdição temporária da habilitação para dirigir veículo. Agora, em sede de execução, busca substituição a interdição por prestação de serviços à comunidade.

O juízo da execução negou o pedido, sob alegação de que não há respaldo na legalidade, no que foi seguido pelo Ministério Público de primeiro grau e pela Drª Procuradora de Justiça.

O cerne primeiro da questão é saber se é possível, em execução, alterar a pena substitutiva. Em verdade, a Lei das Execuções Penais não prevê

a espécie: autoriza, expressamente, a alteração da forma de cumprimento da prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana (art. 148⁷), silenciando quanto à interdição temporária de direito (arts. 154 e 155).

Mas o fato de a legalidade rasteira ser omissa não implica, por si só, a impossibilidade: há se buscar socorro nos princípios informadores do próprio Direito, do Direito Penal e da Lei das Execuções.

De início, de ressaltar um elemento vital: a Lei das Execuções Penais não autoriza o pedido do agravante, mas por outro lado, não o veda! A característica do juízo de execução penal é a permanente alteração da forma de cumprimento das penas estabelecidas no processo de conhecimento. A sentença penal condenatória, no que atine às penas, não é fixa, definitiva, inalterável. Ao contrário, lá surgem incidentes que a alteram: indulto, perdão, anistia, remição, progressão, regressão e a própria unificação, onde as penas podem ser alteradas substancialmente. Aliás, o leque de atribuições do juízo da execução é abundante (art. 66).

Eduardo Espínola Filho, ‘Código de Processo Penal Brasileiro Anotado’, Ed. Histórica, 5ª ed., Rio de Janeiro, cita Rosato Lyra: ‘consideram incidentes de execução todas as decisões complementares à execução, segundo a vontade da lei, com o poder de mudar a sentença e mesmo contribuir para que a pena termine em virtude dos fatos supervenientes de alcance jurídico. O processo de incidentes de execução adaptaria a sentença às novas condições e circunstâncias...’

Assim, tenho que a sentença é inalterável no que atine ao juízo de condenação: seus fundamentos fáticos e jurídicos embaixadores, inclusive pelos efeitos civis dela emergentes. No mais, o juízo de execução está dirigido à utilidade pública da pena, como ensina Luiz Vicente Cernicchiaro (‘Direito Penal na Constituição’, 3ª ed., RT, pp. 124/125), bem como sua conveniência. E se se pode alterar a própria pena privativa de liberdade na unificação, ou seja, o mais, evidente que pode fazer o menos: mudar a pena restritiva de direitos. Aliás, já se entende que o Juiz pode alterar as próprias ‘condições do regime especial inicial, desde que haja conveniência’ (RT 609/446).

Considero, pois, que o juízo da execução pode, em casos excepcionais, atento aos princípios da utilidade e conveniência, alterar a pena restritiva de direitos fixada no juízo de condenação.

⁷Art. 148. Em qualquer fase da execução, poderá o Juiz, motivadamente, alterar, a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal.

E a situação presente atende a excepcionalidade? A resposta, outras vez, favorece ao agravante. Vejamos. O recorrente trabalha como assessor industrial na fiscalização de couro à exportação e, para tanto, necessita deslocar-se a curtumes da região do Vale do Sinos dirigindo veículos.

A interdição, por certo, implicará perda do emprego, fantasma que persegue o trabalhador brasileiro nos dias atuais. A interdição passa a ser então não-útil, inconveniente e cruel, alcançando a própria família do agravante (‘necessidade de ser adequadamente justificada a atingir a pena imposta somente à pessoa do condenado’ – Apelação-Crime nº 29116945, 4ª Câmara Criminal do Alçada Gaúcho, de 09.10.91).

E o agravante postula que se lhe conceda a substituição por prestação de serviços à comunidade, por todos sabido que ‘é mais benéfica à recuperação do apenado e muito mais útil à sociedade do que a simples suspensão da habilitação para dirigir’ (Apelação-Crime nº 291104701, Tribunal de Alçada, 4ª Câmara Criminal, 20.11.91). Aliás, está ele atuando com toda a dignidade, porque, como se sabe, poderia dirigir sem habilitação e dificilmente seria flagrado em tal situação. Outrossim, a prestação de serviços é reconhecidamente mais gravosa que a suspensão da habilitação.

É bem verdade que seria mais fácil negar ao agravante substituição, mas a questão que fica por detrás de tudo é saber se se estaria fazendo a justiça possível. Não vejo como negar o pedido se o sistema oferece opção mais justa concretamente para reprovar a conduta pela qual o agravante sofreu condenação.

Diante do exposto, dou provimento ao agravo, para determinar que o agravante preste serviços à comunidade (em horário e instituição a serem designados na execução) em substituição à suspensão de habilitação para dirigir.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Dr. Vasco Della Giustina –

(...)

Daí que, data vênia, sem me aprofundar no assunto, nego provimento ao agravo. É o voto.

Dr. Eládio Lecey – De acordo com o Relator.

O presente julgado é realizado com uma argumentação mais elaborada se comparado com o primeiro que analisamos. Aqui o esforço do julgador é para inserir uma situação concreta na abrangência de aplicação de outra regra, usando um princípio como elo entre as situações. Neste julgado, o raciocínio tópico-problemático está mais evidente. Já no início é possível perceber a intenção do julgador, que o guiará em todo o percurso argumentativo e justificador,

trazendo as normas jurídicas que possam sustentar a decisão. Como já dito anteriormente, uma das características da jurisprudência alternativa é tratar da justiça como um conceito concreto, portanto, só ganhando conteúdo quando a situação fática for posta em análise. Este julgado é um exemplo do abandono de uma justiça abstrata para dar lugar a uma justiça casuística.

O problema está posto, uma pessoa condenada a uma pena de restrição de direitos, a qual, aplicada segundo o texto simples da lei irá causar prejuízos desproporcionais ao condenado, atingindo outras pessoas que não cometeram o crime – sua família – porque pode acarretar a perda do emprego do apenado. Considerando que esta é uma situação de injustiça concreta, o julgador quer afastar a aplicação desta norma legal em detrimento de outra norma, também positiva. Em nenhum momento, o julgado almeja criar uma norma de forma arbitrária, baseada, por exemplo, no seu senso de justiça individual. Para isso, irá buscar um princípio jurídico que possa ser aplicado ao caso, afastando a primeira norma.

O problema está posto e é este que guia a argumentação do julgador. O juiz não busca aplicar uma norma justa em si, mas busca uma norma para o caso que, quando aplicada, seja tida como justa, porém, sem sair do sistema jurídico estatal. A norma tem que penalizar a conduta do criminoso, mas não pode causar prejuízo desproporcional a ele e a sua família. Na condenação, ao apenado foi imposta uma sanção de suspensão do direito de dirigir. Em abstrato, tal pena não é justa nem injusta. Mas no caso, ela se mostra injusta, pois para a realização do seu trabalho e garantia do sustento da família o condenado precisa dirigir. Desta forma, a sanção implicaria também na perda do emprego, o que não é objetivo da norma legal.

O magistrado começa por perquirir qual o objetivo da norma. Chega ao princípio da utilidade pública da pena e conveniência. A partir desses pontos de apoio, o raciocínio irá se desenrolar rumo à finalidade já anunciada. Se a pena imposta não é útil nem conveniente, ou seja, não consegue punir e ressocializar o condenado, não há que ser mantida. Após concluir neste sentido, o julgador oferece como alternativa a pena de prestação de serviços à comunidade. Segundo ele, esta reúne todas as condições dos princípios da utilidade pública e conveniência da pena. O condenado será sancionado pelo ilícito penal cometido, mas não sofrerá a consequência desproporcional (injusta) de perder o emprego em decorrência do tipo de pena aplicado. Além do que, a pena proposta é suficiente para ressocializar o apenado.

O caminho percorrido pelo juiz é calcado na ideia de abordagem tópico-problemática das questões jurídicas, onde os conceitos ganham conteúdo a partir dos fatos, como a ideia de justiça concreta. O julgador não quer demonstrar que os fatos estão conforme a norma abstrata, pelo contrário, quer buscar uma norma que esteja conforme os fatos. Isto só é possível pela utilização dos princípios jurídicos como suporte argumentativo. Como a sociedade para qual a

decisão é proferida concorda com a ideia de utilidade e conveniência da pena, fica mais fácil argumentar com esses *topoi*. Seria um fracasso se o magistrado tivesse usado *topoi* que não fossem acolhidos pelos destinatários da decisão (a sociedade; os seus pares – outros magistrados da corte – já que se trata de um órgão julgador composto; e os órgãos superiores, pois, na hierarquia jurisdicional, poderia modificar a decisão, em virtude de recurso interposto). Por exemplo, argumentar apenas em torno da justiça teria sido uma tarefa mais ardorosa, já que este é um conceito mais abstrato e com menos consenso que os usados na argumentação. O êxito argumentativo derivou dos *topoi* escolhidos para a justificação.

Passemos ao terceiro julgado. Este é indicado por Andrade (2011) como sendo exemplo de positividade combativa. A divisão de decisões que este autor faz foi baseada na compilação jurisprudencial que Carvalho (1993) faz no livro “Direito Alternativo na Jurisprudência”.

IMPENHORABILIDADE. LINHA DE TELEFONE. LEI 8.009/90.

32 – Pretendia a impenhorabilidade de linha telefônica, com alegação de servir de instrumento de trabalho, além de ser equipamento residencial, conforme art. 1º da Lei 8.009/90. Linha de telefone não se enquadra no art. 2º da Lei 8.009/90, logo não é penhorável. A impenhorabilidade da Lei 8.009/90 atende ao princípio constitucional (art. 1º, III e 170) da vida digna para todos. Aparelho telefônico é indispensável para a vida moderna, principalmente para famílias onde existem crianças e idosos, é de grande utilidade para os cuidados com a saúde, diminui o tempo, encurta o espaço, num país de dimensões continentais e de precário transporte coletivo, como é o nosso. Telefone não garante casa, mas é de utilidade. Procedente a ação para anular a penhora.

Vistos, etc.

I – Sumerval Neves Pereira, qualificado, requereu fosse declarada a impenhorabilidade do terminal telefônico de nº 251-1587, com base no art. 1º da Lei nº 8.009/90, alegando que se trata de equipamento de sua residência também utilizado para transações comerciais.

Com vista (fl. 50), o credor, o Sr. Alfeu Bonato Guerra, alegando que terminal telefônico não é bem móvel, uma vez se trata de ações da Companhia Telefônica para uso residencial. Sustenta também que não é instrumento de trabalho.

Em síntese, é o relatório.

Decido.

II – (...)

Com a Constituição de 1988 e a denominada lei da impenhorabilidade do bem de família, entendo que o direito brasileiro atingiu, neste período histórico, o ideal ao colocar o bem crédito comum num plano inferior ao bem dignidade humana (art. 170, *caput*, da CF/88). Segundo a constituição a ordem econômica é um meio cujo fim é a garantia da existência digna de todos.

Estabelecidos alguns pressupostos, passo a analisar o pedido e as teses apresentadas:

1 – TELEFONE COMO INSTRUMENTO DE TRABALHO DO AGRICULTOR – (...)

2 – TELEFONE – BEM MÓVEL QUE GUARNECE A RESIDÊNCIA – IMPENHORABILIDADE.

(...)

Obviamente, telefone não é veículo de transporte, obra de arte nem sequer adorno suntuoso. Adorno é atavio, enfeite, ornato, suntuoso é grande luxo, algo pomposo, aparatoso, magnificante. Talvez para os “miseráveis da terra” o telefone seria adorno suntuoso, mas estes, por certo, não são devedores porque não são consumidores e, portanto, cidadãos. Como o telefone não se enquadra na exceção do art. 2º da Lei nº 8.009/90 não pode ser considerado bem penhorável.

(...)

A dignidade, não há dúvida, é reconhecida como direito do homem e está estampada no código maior da humanidade (art. 1º)⁸. É matéria de direitos humanos e como tal deve ser concebida. Segundo Antônio Candido, pensar em direitos humanos tem um pressuposto: ‘reconhecer que aquilo que consideramos indispensável para nós é também para o próximo’. Diz ele: ‘Esta me parece a essência do problema, inclusive no plano estritamente individual, pois é necessário um grande esforço de educação e auto-educação a fim de reconhecermos sinceramente este postulado. Na verdade, a tendência mais funda é achar que os nossos direitos são mais urgentes que os do próximo’ (*Direitos humanos e literatura*, Editora Brasiliense, p. 112). Neste aspecto está, a meu ver, a questão fundamental. O autor cita o dominicano Padre Louis-Joseph Lebret, fundador do movimento economia e Humanismo, o qual distingue entre os ‘bens compreensíveis’, isto é, aqueles que podem ou não podem ser negados a ninguém. Alguns bens são obviamente incompreensíveis, como a casa, a roupa, a alimentação. O difícil, sem dúvida, é saber ou delimitar o campo entre ambos. É evidente que seu conceito hoje não é o mesmo da Grécia antiga ou do Brasil colônia, pois o conceito varia no espaço e no tempo e depende do estágio tecnológico e econômico de cada sociedade. Entendo que o telefone é um bem incompreensível no atual estágio de civilização, tratando-se de um bem já incorporado à vida moderna e de grande utilidade para os cuidados com a saúde e também porque diminui o tempo, encurta o espaço, na

⁸ O julgador refere-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

moderna vida agitada e num país de dimensões continentais e de precário transporte público.
(...)

II – Isto posto, forte no art. 1º, III, da CF/88 e art. 1º e 2º da Lei 8.009/90, DECLARO NULA a penhora de fl. 46.
Intimem-se

Santiago, RS, 17 de janeiro de 1992.

Clademir José Ceolin Missaggia
Juiz de Direito

Neste julgado, toda a argumentação gira em torno do princípio da vida digna para todos, em outras palavras, dignidade humana. Ao abordar os limites dos arts. 1º e 2º, da lei 8.009/90, que tratam sobre os bens que constituem os bens de família e aqueles que não integram este grupo, o julgador o faz de uma perspectiva tópico-problemática. Aqui, o que precisa ser definido é se o termo “móveis que guarnecesse a casa”, do art. 1º, abrange a linha telefônica. Como não há um rol taxativo ou exemplificativo sobre quais seriam esses móveis, o julgador precisa, num exercício interpretativo, chegar a esta resposta. O que guiará o julgador nesta busca? Os princípios constitucionais que fundamentaram a elaboração desta norma. No presente caso, a garantia de uma vida digna para todos.

Independente da orientação ideológica do juiz que irá julgar, a finalidade deverá ser a mesma, definir qual a abrangência do termo “móveis que guarnecesse a casa” para, só então, definir se linha telefônica está abrangida ou não na limitação legal. Em qualquer hipótese, o magistrado precisará fundamentar sua decisão em normas positivas, pois seria arbitrário e antidemocrático proferir um julgado fundado na sua convicção pessoal, sem base jurídica que o sustente. Como já dito, a formação da decisão não é controlada pelas normas jurídicas (contexto da descoberta), porém, a argumentação e a justificação de tal decisão precisam aqui encontrar seu ponto de ancoragem (contexto da justificação). É preciso que haja normas jurídicas que sustentem a decisão do julgador.

Neste caso, só é possível ao julgador dizer que linha telefônica é impenhorável porque há um princípio jurídico que sustente esta interpretação – a dignidade humana. Se não houvesse esse princípio no direito brasileiro, ou outro equivalente, esta decisão seria insustentável, por mais nobres que fossem as intenções do julgador.

Mais uma vez o juiz parte dos problemas reais para daí aferir os conceitos jurídicos. O uso de uma abordagem tópico-problemática, em casos como estes, só é possível pela existência

de princípios positivados, os quais ganham conteúdo apenas diante dos fatos. Para Andrade, o juiz, “entendendo que a Lei 8009/90 atende ao princípio constitucional da vida digna para todos, julgou impenhorável linha telefônica” (ANDRADE, 2011, p. 190, 191). O que magistrado realizou foi uma interpretação sustentada em princípios constitucionais.

Há alternatividade nesta decisão? A proteção da dignidade humana está entre os objetivos do Estado brasileiro. Ao decidir segundo este princípio não se está fazendo nada fora ou paralelo ao direito estatal, mas apenas implementando-o, por vezes, fortalecendo o próprio direito estatal.

O esforço argumentativo do julgador, em todos estes julgados, foi o de provar que a interpretação às normas aplicadas e a decisão criada são as melhores e mais justas possíveis. O julgador sempre fundamentou o seu discurso nos princípios constitucionais, além de recorrer a outros elementos apresentados nas peculiaridades dos casos abordados. Os três princípios invocados nos julgados – liberdade, utilidade da pena e dignidade humana – são de aceitação geral no direito brasileiro, todos respaldados no texto constitucional.

A utilização que é feita dos princípios nestes julgados, ao invés de combatividade, revelam uma atuação jurisprudencial voltada para a argumentação tópica. Josef Esser, nesta mesma linha, afirma que “*los principios del derecho tampoco son elementos estáticos de una construcción escolástica cerrada*” (ESSER, 1961, p. 27). O que permite que tais normas sejam maleáveis, usadas como recurso argumentativo em casos variados, de conteúdo aferível apenas diante dos fatos, como é o raciocínio tópico-problemático.

Por não conter um conteúdo abstrato fixo, os princípios são tratados por Josef Esser como “*topoi, puntos de vista discricionales de la estimación jurisprudencial, base autorizada y legal de la argumentación*” (ESSER, 1961, p. 27). Isto permite que os juízes consigam, como fizeram os alternativistas, aplicar normas que estejam em acordo com o caso concreto, sem que esta decisão seja fruto de uma criação pessoal e arbitrária.

Além destas decisões, há muitas outras compiladas por Carvalho (1993) e classificadas por este e por Andrade (2011) como expressão de uma positividade combativa. Estas três decisões analisadas já deixam claro que a atuação, nestes casos, é expressão de uma atuação tópico-problemática nos limites do direito estatal, só possível pela existência de princípios constitucionais e hierarquicamente superiores a outras normas positivadas. A qualidade das decisões e seu alinhamento com a democracia e a Constituição não decorrem de uma ideologia de justiça social adotada pelos alternativistas, mas é expressão da legalidade e obediência às regras estatais. Qualquer magistrado teria o dever de decidir da forma como acima ficou expresso, sob pena de ilegitimidade do ato praticado.

Passemos ao segundo tipo de decisões classificadas.

4.2 USO ALTERNATIVO DO DIREITO

As decisões a seguir são exemplos do uso alternativo do direito, segundo Andrade (2011) e Carvalho (1998). Assim como as anteriores, estas fazem aplicação do direito estatal, buscando aplicar as normas de uma forma que consiga concretizar a justiça. A positividade combativa atuava a partir dos princípios jurídicos, especialmente, os princípios constitucionais. Desta forma, dentro da legalidade, os magistrados conseguiram elaborar e justificar as decisões acima.

O uso alternativo do direito consiste “na utilização das contradições e, ambiguidades e lacunas do direito, numa ótica democratizante; e na busca, via interpretação qualifica, diferenciada, de espaços possibilitadores do avanço das lutas populares e da democratização” (CARVALHO, 1998, p. 55, 56). Continuamos, de fato, no campo da interpretação do direito estatal, em nada diferenciando dos demais magistrados. Se a interpretação será capaz de beneficiar as lutas populares ou a democracia, somente a habilidade argumentativa do julgado poderá garantir. Pois é preciso, com os limites do sistema positivo, justificar a decisão/intepretação.

Esta atuação, respaldada na interpretação, está ligada às múltiplas formas como as normas podem ser interpretadas, o que dá uma margem de criação/interpretação judicial. Para Andrade, o significado na norma será dado “conforme a ideologia do intérprete” (ANDRADE, 2011, p. 192). Já concluímos pela a relatividade dessa afirmação, pois a ideologia do magistrado é um dos elementos que forma a decisão, mas não o único nem o preponderante. Claro que há ideologia que se manifesta nas decisões, porém, não se pode perder de vista os limites impostos pelo próprio arcabouço argumentativo disponível no sistema jurídico.

Por mais direcionada que esteja a decisão judicial a uma finalidade específica, segundo a ideologia do magistrado, não se pode perder de vista que é a argumentação que vai sustentar a decisão, não a nobreza do posicionamento ideológico. Por isso que consideramos mais acertado falar em uma interpretação casuística das normas, onde a realidade fática é que irá, de forma preponderante, influenciar a tomada de decisão. Esta forma de atuar é capaz de explicar a busca pela justiça concreta e a democracia. A lei não é deixada de lado, em prol de uma suposta justiça superior acessada pelo magistrado, o que caracterizaria arbitrariedade, também não é elevada a um grau supremo em que, por si só, já resolve todas as situações, trazendo as decisões judiciais possíveis.

À medida que formos analisando as decisões, faremos os apontamentos necessários sobre as questões.

HABEAS CORPUS' Nº 73662-9 – 2º TURMA – MINAS GERAIS⁹

COMPETÊNCIA – ‘HABEAS CORPUS’ – ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação a qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer ‘habeas corpus’ impetrado contra ato de Tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior.

ESTUPRO – PROVA – DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros.

ESTUPRO – CONFIGURAÇÃO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – IDADE MÍNIMA DA VÍTIMA – NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento da mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – artigo 213¹⁰ do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgido da prova dos autos a aparência física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo. Alcance dos artigos 213 e 224¹¹, alínea ‘a’, do Código Penal.

Marcio Luiz de Carvalho, paciente; Paulo Adhemar Prince Xavier e Outros, impetrantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em

⁹ CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Alternativo**: teoria e prática. Porto alegre: Síntese, 1998, p. 86 – 93.

¹⁰ Na época do julgado a redação do artigo era a seguinte: Código Penal, Art. 213, *caput* - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Esta redação foi alterada pela Lei 12.015/2009. Após a alteração a redação passou a ser: Código Penal, Art. 213, *caput* – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

¹¹ Este artigo foi revogado pela Lei 12.015/2009. A redação era a seguinte: Código Penal, Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; (...). O conteúdo deste artigo agora está no artigo 217-A que diz: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

rejeitar a proposta do presidente, tendo em conta a importância da matéria, no sentido de afetar ao Plenário o julgamento do ‘habeas-corpus’, vencidos os Ministros Carlos Velloso e Presidente; e em determinar a expedição de alvará de soltura, em favor do Paciente, se por ‘al’ não houver de permanecer preso.

Brasília, 21 de maio de 1998.

NÉRI DA SILVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO – RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Com a inicial de folhas 2 a 13, procuram os impetrantes demonstrar que, na espécie, não restou configurado o tipo em relação ao qual foi condenado o Paciente, ou seja, aquele consubstanciado no artigo 213 combinado com o artigo 224 do Código Penal. A partir do exame da prova coligida, sustenta-se que não houve estupro em si, já que a vítima se passara por pessoa com idade superior a real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental, tendo confessado em Juízo que mantivera relação sexual com o Paciente por vontade própria. Por sua vez, este último, após o episódio, ocorrido em 1991 quando contava com vinte e quatro anos, contraía matrimônio, levando via regular e sendo pai de filho menor. Ressalte-se que o paciente pressupõe estar mantendo conjunção carnal com pessoa de idade superior aos dezesseis anos, verificando-se, assim, verdadeiro erro de tipo. É transcrita jurisprudência sobre a matéria.

Aos autos veio peça de folha 140, noticiando o julgamento, pela Primeira Câmara Criminal, de apelação interposta pela defesa, mediante o qual foi expungido o aumento de pena.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral da República, pronunciou-se esta no sentido do indeferimento do pedido, salientando ser ‘habeas-corpus’ impróprio ao reexame de provas.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) –
(...)

No mérito, tem-se que, nos crimes de estupro, depoimento da vítima exsurge com inegável importância. No caso dos autos, ouvida em juízo, esclareceu que vinha saindo de motocicleta com o Paciente, sempre indo a lugar deserto para troca de beijos e carícias. Apontou que o mesmo já fizera com um dos amigos do Paciente, entre outros rapazes.

A seguir noticiou que o Paciente pedira gentilmente para que mantivesse consigo conjunção carnal, e que se recusara, de início, mas cederia em face das carícias. Retornando à residência, pedira o Paciente que a deixasse longe de casa, visando a fugir a fiscalização do genitor, que, por falta de sorte, viu-a descer da motocicleta.

Ao que tudo indica, a ação penal em que condenado o Paciente surgiu única e exclusivamente da reação do pai da vítima. Esta, respondendo a perguntas endereçadas pelo Estado-acusador, foi categórica em afirmar que:

‘(...) já ficou com outro rapaz de nome Valdir; que se relacionou sexualmente com o réu três vezes e que na última foi que seu pai pegou; que a depoente manteve relações sexuais na primeira vez que o conheceu; que tal relação sexual não foi forçada em hipótese alguma; que assim agiu porque pintou vontade; que o relacionamento da depoente com o pai não é muito bom e que o pai a pressionou a comparecer perante a autoridade; que transou com Valdir num sítio abandonado perto da fábrica’ (folhas 48 e 49).

(...)

Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do artigo 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de ‘constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça’. A pouca idade da vítima não é molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzido à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, nas as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

(...)

De qualquer forma, o núcleo do tipo constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteadado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo à mercê da potencialização da

idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público.
(...)

Por tais razões, concedo a ordem para absolver o Paciente.

É meu voto.

A principal questão do jugado é sobre o entendimento da presunção de estupro quando a pessoa (na época do julgado o estupro era um crime em que a vítima só podia ser mulher) tem menos de 14 anos. Era necessário determinar se esta presunção era absoluta ou relativa para chegar a uma decisão. A resposta a esta questão inicial é que determinaria a absolvição ou condenação no acusado. Sendo absoluta, não há como não configurar o crime, pois a perquirição de consentimento da vítima, para manutenção de relação sexual, seria um dado irrelevante. A constatação do crime se daria por um aspecto objetivo, a idade da vítima. Por outro lado, sendo a resposta contrária, seria possível investigar a situação sobre o consentimento ou não da vítima para determinar ou afastar a prática do estupro.

A resolução da questão parte da necessidade de determinar o alcance da norma e apontar a conduta praticada como sendo abrangida pela diretriz penal. Por isso, estamos diante de uma tarefa eminentemente interpretativa. Nessa forma de atuação, a jurisprudência alternativa não se afasta do direito positivo, tão somente o interpreta. Mesmo para uma visão positivista do direito e, portanto, da atividade interpretativa, não há uma correlação absoluta e unívoca dos textos legais aos fatos julgados.

Segundo Bobbio (2006), interpretar é “remontar do signo à coisa significada” (BOBBIO, 2006, p. 2012), porém, esta relação não é “necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma ideia pode ser expressa de diversos modos” (*ibid*), já que “dependendo do contexto em que esteja inserida, a mesma palavra assume significados diferentes” Em função da complexidade desta atividade é que interpretações e aplicação das normas serão realizadas de formas variadas, conforme o contexto em que estiverem sendo analisadas. O signo talvez se mantenha invariável por certo período, porém, os significados modificam-se conforme a realidade é alterada.

A interpretação estática, voltada apenas para a descoberta da vontade do legislador não encontra mais espaço no direito, já que uma visão dinâmica ou evolutiva da interpretação está mais alinhada com ideologias pós-positivistas.

Apelação –Crime nº 298001900 – 5ª Câmara Criminal – Sobradinho

FURTO. BAGATELA. SUBTRAÇÃO DE COISA DE VALOR INSIGNIFICANTE É IRRELEVANTE AO DIREITO PENAL. ABSOLVIÇÃO DECRETADA.

Geni Klein Ferreira, apelante – A Justiça, apelada.

RELATÓRIO

Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO – Relator: GENI KLEIN FERREIRA foi denunciada na Comarca de Sobradinho como incurso nas sanções do art. 155, ‘caput’, c/c o art. 61, inciso I, ambos do Código Penal porque no dia 19 de junho de 1996, em torno das 23h30min, subtraiu da residência de Giselda de Brito, um rádio AM/FM, avaliado em R\$ 20,00 e gêneros alimentícios – erva mate, café, arroz e bananas, avaliados em \$ 8,31, conforme autos fl. 16. Na ocasião, Geni participava de um jantar na casa de Giselda. Como chovia, os convidados focaram até tarde, bebendo e assistindo à televisão. Na manhã seguinte, Giselda, ficou sabendo por sua sogra Lourdes Maria, que Geni tinha praticado o furto.

(...)

Nas alegações finais, o órgão acusador, em síntese, afirmou que a prova colhida, em que pese a negativa da acusada, não deixa dúvidas a cerca da autoria e d caráter ilícito do fato e o pequeno valor das coisas furtadas, igualmente, não afastada a ilicitude, porque se trata de pessoal humildes, sendo expressivo para estas, a importância subtraída.

A defesa, em suma, requereu absolvição em face da fragilidade probatória, ou, assim não entendendo, postulou o reconhecimento de furto famélico.

(...)

É o relatório.

VOTO

Des. AMILTON BUENO DE CARVALHO – Relator: (...)

Todavia, embora certas a autoria e materialidade, tenho que a apelante não merece condenação. Eis as razões.

De logo remonto o palco onde aconteceu o espetáculo: na casa da vítima ocorreu jantar, a apelante, comadre da ofendida, foi convidada; jantaram e beberam; como chovia a apelante lá ficou e, quando foram dormir, praticou o furto.

A relação entre as partes, pois, era de amizade – forte pelo compadresco. É possível que o álcool tenha sido a causa de tudo. Vê-se, portanto, que a culpabilidade não alcança o que de comum acontece – é branda, suave, não agressiva.

E o valor da coisa? Insignificante mesmo para pessoas de pouca posse – R\$ 28,31. E era um rádio (R\$ 20,00) e gêneros alimentícios (R\$ 8,31) – erva, café, arroz, sendo que o rádio foi recuperado. Prejuízo? R\$ 8,31!!!

Ora, em tal contexto (relação afetiva entre as partes, prejuízo insignificante, recuperação substancial da coisa), condenar a acusada a um ano e três meses de reclusão, em presídio, é agredir o princípio da proporcionalidade – entre a ofensa e a resposta penal demasiado alarmante!

Não impressiona, outrossim, o antecedente da apelante – eis se trata de pena pequena por delito de lesões corporais.

O direito penal (e seu consequente produto – presídio) é por demais **cruel** (subsidiário – última ‘ratio’ – grifo no original) para alcançar condutas cujo continente envolva periculosidade nenhuma e valores desprezíveis à consciência coletiva (repito: cuida-se de delito **patrimonial** insignificante – grifo no original).

A jurisprudência gaúcha, em memorável voto de Léo Afonso abona esta exegese (R.S.E. nº 291063840, 1ª Câmara Criminal, 14.08.91, que fiz publicar no meu “Direito Alternativo na Jurisprudência” – Ed. Acadêmica, 1993, p. 57/60).

Diante do exposto, dou provimento ao apelo para absolver a apelante com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Des. PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA –
PRESIDENTE/RELATOR: De acordo.

Des. ARAMIS NASSIF: De acordo”.

Igual a abordagem que se deu ao furto de bagatela neste julgado, Carvalho (1998) ainda colaciona outros julgados que tratam da aplicação do conceito de furto famélico. Todos seguem

a mesma linha de raciocínio, aplicação do princípio da proporcionalidade entre a conduta praticada a sanção penal imposta. Esta ideia, no direito penal, está ligada ao direito penal mínimo, ou seja, a necessidade de aplicação de penalização apenas para condutas graves, que de outra forma não possa ser evitada e combatida.

Andrade (2011) faz o mesmo apontamento sobre decisões que tratam de furto famélico. Estes furtos caracterizados pela subtração de alimentos para satisfação imediata da necessidade de alimentar-se. O mesmo autor ainda menciona outra decisão, na qual se amplia a interpretação do furto famélico, sendo reconhecido “quando o acusado, faminto, furta instrumento de trabalho para poder trabalhar e comer” (ANDRADE, 2011, p. 197). Neste caso, o estado de necessidade estaria presente, “excludente de criminalidade apta a absolver o acusado” (ANDRADE, 2011, p. 197). A interpretação do estado de necessidade, previsto no ordenamento jurídico (art. 23, I, do Código Penal) como excludente de ilicitude, permite ao juiz chegar a tal decisão e justificá-la dentro do ordenamento positivo.

Este entendimento foi aplicado na Apelação-Crime: 2º Câmara Criminal nº 291124832. Ementa: “Lenhador, prole numerosa, trabalhador sem quaisquer antecedentes, que subtrai moto-serra de estabelecimento comercial para exercer seu trabalho e sustentar família, age ao abrigo excepcional do estado de necessidade como que em situação famélica”. O julgador amplia o alcance da norma, não a nega, mas a usa na construção de uma argumentação que sustente a decisão. Algumas partes da decisão dizem:

Observa-se que a prova existente é no sentido de tratar-se de um rude trabalhador, sem qualquer desvio anterior de conduta. O PM E.J. da R. afirmou que efetivamente o apelante tem filhos e até um casal de gêmeos, vivendo em profunda miséria.

(...)

Não é possível condenar o agricultor faminto que subtrai do comerciante o arado para lavrar a terra, o pescador que surrupia o anzol para sacar das águas a subsistência. Da mesma forma o lenhador que furta a máquina indispensável ao seu penoso ofício.

Disse o digno Procurador de Justiça pa-recerista que o bem é relativamente valioso. Valioso ao extremo para o apelante, pois se confunde com a própria fonte de vida, de sustento, de sobrevivência. Furtasse uma galinha ou uma ovelha para devorar, certamente seria absolvido por famélico comportamento, assim como foi aquele ilhéu miserável da capital que engolia uma salsicha no balcão do frigorífico de majestoso hipermercado de Porto Alegre, solenemente apresentado preso à 10ª Vara Criminal.

Porque razão, assim, deixar de absolver aquele que subtrai o instrumento de trabalho próprio de seu ofício? Furtou para poder

trabalhar e sobreviver não para obter ganho fácil com a venda vil. Antecedentes e condutas abonam-no. Dá-se, portanto, provimento para absolver o apelante com apoio no artigo 386, V, do CP (estado de necessidade).

O que o magistrado faz em tais decisões é buscar uma solução considerada justa diante dos parâmetros estabelecidos no ordenamento jurídico. Nos julgados que tratam do furto famélico, o juiz só pode desenvolver o raciocínio de absolvição pela previsão de uma excludente de ilicitude que seja capaz de justificar tal decisão. O que precisa fazer o juiz? Convencer os destinatários da sentença (o auditório) de que aquela é a melhor decisão dentro do sistema jurídico positivado. Esta atuação, segundo os alternativistas, só é possível porque “nenhuma norma possui um sentido unívoco, passível de ser observada de igual forma por todas as pessoas que olhem o papel onde está escrita, ou o costume que lhe dá o sentido” (ANDRADE, 2011, p. 192). Havendo, portanto, muitas formas de entender, por exemplo, a extensão do que seja estado de necessidade, o juiz deve, diante de uma situação que considera justa a aplicação da norma, buscar, por meio da argumentação jurídica, convencer o auditório da correição da decisão.

Nesse processo, criar a decisão e justificá-la possuem momentos distintos. São os momentos da descoberta e da justificação discutidos anteriormente. Ligando o uso alternativo do direito ao momento da descoberta, abre-se a perspectiva prudencial da interpretação jurídica, aplicada pela jurisprudência alternativista. Para o grupo de magistrados aqui pesquisado, interpretar significa “deliberar sobre condutas jurídicas possíveis e julgar qual é a preferida” (VIGO, 2010, p. 103). Assim como a prudência, saber praticado na Grécia antiga baseado na experiência, a interpretação alternativa do direito está ligada a uma visão casuística das normas. Por isso que tal interpretação não é neutra, mas recheada de variáveis que motivam a formação da decisão judicial.

Fazer estas escolhas e conceber qual a melhor conduta ou qual a melhor forma de entender e aplicar a norma, não garante ao julgador sucesso na sua decisão, pois, não encontrando respaldo no sistema jurídico no qual está inserido, não há que se falar em decisão legítima. O juiz, na sua atividade, deve “mostrar as razões e argumentos” (VIGO, 2011 p. 116), que sustente a decisão tomada, persuadindo “os destinatários de que é mais justa e razoável” (*ibid*). Faz uso da retórica para confirmar sua decisão, garantindo a adesão dos destinatários.

Esta forma de encarar a interpretação jurídica como fortemente influenciada pela casuística difere da visão de que o magistrado é um mero confirmador e aplicador de leis ou que este possui poderes ilimitados para decisão, podendo criar conforme suas convicções

personais. Como as decisões judiciais não são elaboradas de forma abstrata, há sempre “um destinatário a quem se indica o que lhe corresponde nessas circunstâncias e a conduta subsequente do que deve fazer ou não fazer” (VIGO, 2010, p. 121). Por isso, é sempre necessário “argumentar para convencer ou persuadir, refutando as razões que se invocam para ressaltar os outros meios possíveis” (*ibid*). Esta necessidade argumentativa advém do fato de o direito ser encarado como uma ciência prática, diferente dos saberes matemáticos ou apodíticos, “de caráter meramente cognitivo ou especulativo, desligado do obrar humano e sem compromisso ético e axiológico” (VIGO, 2010, p. 47).

Ao tratarmos o direito sob tal perspectiva, a interpretação que é dada às normas e a aplicação que a estas se concede, deixa de ser apoiada na interpretação única, absoluta ou verdadeira, mas na interpretação melhor, mais prudente, mais justa possível. Deixando de lado os extremos das ideias como ‘decisionismo, jurisprudência dos sentimentos, direito livre ou direito intuitivo’, falar em direito como saber prático requer o enfrentamento de “polêmicos problemas axiológicos, resignando-se pela obtenção de certezas prováveis” (VIGO, 2010, p. 48). Com esta visão do direito e das normas positivadas, a jurisprudência alternativa pode utilizar a realidade fática como norte à interpretação do sistema jurídico. Isto não significa arbitrariedade para impor seus sentimentos pessoais, mas uma visão pragmática das decisões e suas implicações sociais.

Ainda tratando de decisões de uso alternativo do direito, Andrade (2011) menciona uma decisão que trata do princípio constitucional da função social da propriedade. A decisão é anterior à Constituição de 1988, mas as considerações são aplicáveis à ordem constitucional vigente. Bem como os votos dos desembargadores são fontes de discussão acerca da forma de decisão da jurisprudência alternativa e os limites da interpretação judicial. Há votos em sentidos contrários, porém, nenhum deles deixa de basear a argumentação no direito estatal vigente.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Para procedência da ação possessória, é necessária a prova não apenas do domínio, mas também do exercício efetivo da posse sobre a totalidade do imóvel. Recurso provido.

Embargos infringentes n. 100287119 – 1º Grupo Cível – Canoas.

ACÓRDÃO

(...)

Acordamos Juízes do 1º Grupo Cível do Tribunal de Alçada, por maioria de votos, vencidos os eminentes Juízes Luiz Fernando Borges da Fonseca, João Aymoré Barros Costa. Lio Cezar Schmitt e Clarindo

Favretto, em acolher os embargos infringentes para julgar improcedente a ação, invertendo o ônus da sucumbência. Custas na forma da lei.

Resolveram os juízes do 1º Grupo acolher os embargos infringentes para julgarem a ação improcedente, após longamente debatida a causa, sob todos os ângulos, inclusive o social, no caso até preponderante. Consoante argutamente observou o eminente Juiz Antônio Augusto Fernandes, prolator do voto vencido, esta não é uma demanda comum, simplesmente envolvendo, de um lado, o proprietário ou possuidor do imóvel, cuja posse alega ter sido turbada, e, de outro, o solitário e clássico esbulhador. Aqui está presente, claramente, um outro importante ingrediente a exercer forte influência no espírito do julgador: uma delicada questão social que a inércia inicial dos autores ajudou a criar.

Ao juiz não é dado decidir apenas com o sentimento, desde que sua função essencial é cumprir as normas legais vigentes, que se presumem justas e adequadas à solução dos conflitos. Mas também não é ele um frio aplicador do texto, cabendo-lhe interpretá-lo, não raro, à luz da justiça social, de vez que muitas das normas escritas são vetustas, permanecendo estanques em códigos empoeirados, distantes da realidade social do país. E então ocorre o conflito do direito escrito com a justiça ideal, obrigando o julgador a fazer uma consciente opção. Não é, propriamente, este o caso em tela de julgamento onde a prova não é desfavorável aos embargantes, de modo que sua pretensão pudesse ser deferida unicamente com base na contemplação de suas deficiências sociais, de sua premência de vida, que os impele a lançar frágeis alicerces e erguer arremedos de casas no primeiro terreno encharcado que encontram abandonado, desprotegido, ou malcuidado. Não. Há muitos fatores jurídicos a apoiarem sua ação, como bem salientou o erudito voto vencido, e que passa a referir. Assim:

(...)

Resumindo, o que se tem como certo é que os réus passaram a ocupar parte das terras dos autores, sobre a qual estes não demonstraram posse efetiva anterior, embora tenham comprovado o domínio. As casas, ou algumas delas, situam-se dentro da área cercada, sem comprovação de que estivesse cercada *antes* da alegada invasão, havendo divergência na prova, nesse ponto. Parece, assim, evidente que ação apropriada seria reivindicatória, como reiteradamente tem sustentado os embargantes. Essa seria a eventual solução jurídica, desde que a solução prática desse grave problema social refoge à esfera de ação do Poder Judiciário.

É por essas razões que a maioria acolhe o brilhante, jurídico, e, sobretudo, humano voto vencido. Poder-se-á até dizer que mais humano que jurídico, mas não se pode negar que ele contra sustentáculo na lei e na doutrina, como nele próprio restou demonstrado(...)

Muitas vezes, no prato da balança da Justiça, é necessário que a frágil rosa pese mais que a poderosa doutrina. É o caso presente, em que mais de 100 (cem) famílias de posseiros estão na iminência de ser despejadas, para ser lançadas não se sabe onde, quando os proprietários tiveram culpa, com sua inércia inicial, na formação dessa vila de marginados. Se o direito socorre esses proprietários, terão que utilizar o remédio

jurídico próprio, pois aqui não demonstraram um dos elementos básicos da ação possessória: o exercício da anterior posse sobre o imóvel.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os Exmos. Sr. Drs. Juízes Luiz Melíbio Uiraçaba Machado, Presidente, Cacildo de Andrade Xavier, João Aymoré Barros Costa, Luiz Fernando Borges da Fonseca, Waldemar Luiz de Freitas Filho e Clarindo Favretto.

Porto Alegre, 18 de novembro de 1983.

Adalberto Libório Barros, Relator.

José Maria Rosa Tesheiner – Esta não é uma possessória igual a tantas outras, em que são *indivíduos* os que contendem. Aqui, é uma coletividade que se apresenta como ré. Busca-se reintegrar na posse uns poucos e demitir da posse uma comunidade, uma vila. Essa a particularidade a destacar desde logo, porque não se encontra na lei solução expressa para hipótese como a presente.

(...)

Afirmou-se, no início, não se encontrar na lei solução expressa para o caso dos autos, o que não é verdade, porque a Constituição, que a Lei Maior e prepondera sobre qualquer outra, consagra a função social da propriedade. Não precisava, pois, concordar com o Relator, para votar como votei.

Lio Cezar Schmitt –

(...)

No caso presente, o problema social dos embargantes soluciona-se através da desapropriação do imóvel, da competência do Estado-Administração. A função social da propriedade, como definida na CF, justamente, impõe-se, corretivamente, através do processo expropriatório. As normas de direito privado acerca da proteção possessória não são injustas. Não aberram ao direito. Não ferem sequer a lei natural. Não é, pois, o caso de se aguardar a criação de uma lei justa, ou a derrogação da lei injusta.

Deferir-se a favor de quem não tem direito para posse de um imóvel somente porque se trata de uma vila popular, para obviar-se uma *crise social* e porque não é moralmente justo, é praticar-se o confisco através da jurisdição. E o confisco aberram à lei, ao direito e à justiça. Com a devida vênia, a pior das ditaduras é a ditadura do Judiciário. No momento em que o Judiciário se contrapõe ao ordenamento jurídico, para realizar a reforma social de que este país está necessitando, subverte a ordem jurídica que lhe cumpre defender e extrapola os limites de sua função.

Estes dois votos apresentados ilustram bem o conflito que há na atuação ativista do magistrado, sempre entrado em colisão com os limites daquilo que constitucionalmente lhe é permitido realizar. Como são as decisões alternativistas, há um forte recurso às questões sociais, problematizando as normas a partir do contexto onde são aplicadas. Porém, as críticas feitas

pelo juiz Lio Cezar Schmitt não podem ser minimizadas, pois são de grande importância, apesar de a conceituação de função social da propriedade ser uma atividade hermenêutica e típica do judiciário, não é simples tal tarefa. As suspeitas lançadas sobre os demais votos por este juiz trazem à luz a questão da discussão dialética, descrita por Aristóteles (2010), e o problema da adesão no discurso direcionado a um auditório particular, teorizado por Perelman (2005)

Há, na discussão entre os juízes, duas teses opostas, cada um dos interlocutores aponta os argumentos (*éndoxa*) que considera suficiente para justificar a decisão apresentada. A lei confere uma decisão absoluta? Não. O resultado dependerá do uso argumentativo que é feito das normas jurídicas e dos fatos apresentados. O sistema jurídico não tem uma solução prévia para este caso, mas contém o conjunto de argumentos que podem ser usados na busca desta. O princípio da função social da propriedade já está previsto no direito positivo, não há que se recorrer a uma ideia não compartilhada, mas apenas usá-la de tal forma que seja possível a adesão dos demais. Como *topos*, tal princípio não possui conteúdo definitivo, por isso a relevância que possui o contexto dos fatos sociais, pois são estes que delimitarão como será entendido aquele.

Assim como as demais, esta decisão usa os princípios de fora tópico-problemática, não sai do sistema jurídico, mas usa suas normas para justificar a decisão tomada. Essa mesma estrutura mantém-se nas demais decisões, apesar de as próximas serem classificadas como as mais radicais, pois supostamente recorrem a um direito paralelo ao estatal como fundamento decisório.

4.3 DIREITO ALTERNATIVO EM SENTIDO ESTRITO

As últimas decisões a serem analisadas são aquelas que, segundo os alternativistas, fazem aplicação de um direito rebelde, insurgente, emergente das lutas sociais, por isso, paralelo, alternativo, por vezes, oposto ao direito estatal. Carvalho (1998) diz que esse direito é expressão de pluralismo jurídico, do qual já tratamos em momento oportuno. Para embasar sua tipologia, o autor recorre aos ensinamentos de Óscar Correias, retirando deste o conceito de pluralismo, do qual o direito alternativo em sentido estrito seria expressão. Nas palavras de Óscar Correias, citado por Carvalho, “*hay derecho alternativo cuando las normas de um sistema declaran obligatorias conductas que el otro declara prohibidas o facultativas*”. (CARVALHO, 1998, p. 60).

Nas decisões que abaixo serão analisadas, os fundamentos apresentados, pelo conceito apresentado por Carvalho (1998), serão as normas não estatais, com base eminentemente popular “movimentos sociais, sindicatos, partidos políticos, corporações, setores das igrejas”.

(CARVALHO, 1998, p. 60). Porém, como já antecipamos, agir totalmente fora da estrutura e normas estatais é inviável aos magistrados enquanto representantes do Estado. Como já apontamos, o que a jurisprudência alternativa fez foi aplicar as normas estatais seguindo a Constituição de 1988, a partir da argumentação principiológica.

O recurso à realidade social não é feito de forma direta, mas mediada pela Constituição de 1988. A jurisprudência alternativa realmente faz uma abordagem tópico-problemática do direito e de uma argumentação principiológica para elaborar e justificar suas decisões, porém, isto não faz com estejam fora da realidade normativa estatal. Vejamos.

Apelação-Crime e Recurso em Sentido Estrito nº 297036758 – 4ª Câmara Criminal – São Borja.

APELAÇÃO TEMPESTIVA: INTIMAÇÕES DO DEFENSOR E DO RÉU. DENÚNCIA: INÉPCIA INEXISTENTE. JOGO DO BICHO. TEORIA DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. ABSOLVIÇÃO. O **prazo para apelação** conta da última intimação, seja ela do defensor ou do réu, sendo tempestiva a que seria intempestiva pela primeira intimação (defensor), que é apenas precipitada em relação à última (réu). **Denúncia** que descreve fato com descrição típica, mas associada a outros elementos descritivos da conduta não é inepta. **Jogo do Bicho**: O Estado perdeu o monopólio dos jogos e loterias para, v.g., empresas de comunicação e apresentadores do programa acrescidos de apostas via telefone. Diluiu-se a qualidade do bem jurídico tutelado pelo direito penal com a perda da exclusividade estatal na exploração de sorteios, loterias, etc. Convince que a adequação social supera contravenção denunciada. Em vez de punir um fato por ser típico, deve-se adequá-lo à realidade vigente, aos costumes sociais, enfim, à consciência coletiva. A lei deve ser interpretada ‘pro societate’, e, ao que tudo indica, a coletividade não se interessa pela punição dos ‘bicheiros’. Ao contrário, já inseriu o jogo do bicho no seu dia-a-dia. Provimento ao RSE e apelação.

(...)

VOTO

(...)

1.2 Mérito

(...)

4. Todavia, merece reflexão a conduta típica e a aceitação de sua criminalidade na atual estrutura social, especialmente pela severa concorrência do Estado nas práticas dos mais variados jogos.

Assim, afora a destinação da verba auferida, não é possível distinguir o ‘jogo do bicho’ de outros, como as loterias de número, loto, sena, etc.

Se o argumento é a carga tributária desperdiçada com a prática clandestina, o tratamento oficial não deve a combater essa modalidade de jogo com a sua incriminação. A solução deve ser adotada para o sonegador, para os autores da economia informal, passando tudo pela descriminalização da figura típica denunciada, assim já consolidada pelo exercício franco e indiscreto da aposta.

E não se diga que o jogo oficial tem destinação nobre, tais como obras de assistência social e, por isto, deve ser preservado nesta órbita. A assertiva vai de encontro ao que é possível testemunhar diariamente nas emissoras de televisão, quando, com cristalina avidez, os programas de futebol, de palco, etc. são acrescidos da possibilidade de aposta. As rendas fantásticas neles arrecadadas podem ser medidas pela premiação e o lucro vai recheiar os bolsos fartos dos silvios santos, robertos marinho, anamarias, lucianos do valle, etc., exploradores que são da indesmentível vocação para o jogo de grande parcela da humanidade (alguns deles iludidos que neste sonho de riqueza resolverão todos os seus problemas financeiros). Não tenho a menor dúvida que este tipo de jogatina, que invade nossos lares com apelos sedutores e irresistíveis, ao tempo que são ilusórios e mentirosos, e está sob o abrigo de estranha ilicitude, é muito mais nocivo e pernicioso que o ‘jogo do bicho’. O Estado e grandes empresários dos meios de comunicação impuseram, através de meios que só eles dispõem, um grande e tentador cassino. Um nicho imoral de exploração privilegiada imposto como matéria de fácil consumo.

(...)

Convence que a adequação social supera contravenção denunciada. Em vez de punir um fato por ser típico, devemos adequá-lo à realidade vigente, aos costumes sociais, enfim, à consciência coletiva. A lei deveria ser interpretada ‘pro societate’ e, ao que tudo indica, a coletividade não se interessa na punição dos ‘bicheiros’. Ao contrário, já inseriu o jogo do bicho em seu dia-a-dia.

(...)

Face ao exposto, o voto é no sentido: a) Declarar **extinta a punibilidade** do apelante SILVIO LUIZ BELMONTE ESCOBAR, com base no artigo 107, IV, combinado com os artigos 109, VI, 110, § 1º, e 114, II, todos do Código Penal; b) Dar provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto por JOÃO MANOEL ALMEIDA DUBAR, para receber a apelação interposta em juízo originário, declarando-a tempestiva; c) Rejeitar a preliminar de inépcia da denúncia suscitada na apelação; d) Amparado pelo princípio da adequação social dar provimento à apelação, com absolvição de João Manoel de Almeida Dubar, com base no art. 368, III, do Código de Processo Penal.

Este julgado foi embasado, além de outros argumentos, no princípio da adequação social. Segundo alguns penalistas, como Rogério Greco (2011, p. 94) esta teoria foi formulada pelo ‘professor alemão Hans Welzel e serve tanto como princípio orientador do legislador como instrumento de interpretação dos tipos penais constantes do Código Penal’. Segundo Luiz Flávio Gomes, essa teoria só ganhou força entre 1945 e 1960, apesar de ter sido escrita por Wezel ainda nos anos 1930, antes da Segunda Guerra Mundial (GOMES, 2011, p. 55). Não estamos diante de uma teoria de surgimento contemporâneo ou imediatamente anterior à jurisprudência alternativa brasileira, mas de um princípio bastante difundido na doutrina penalista nacional com força para orientar na criação e aplicação das normas jurídicas penais.

Para Rogério Greco, a aplicação desse princípio obriga o legislador a apenas tipificar como crime as condutas ofensivas aos bens jurídicos mais importantes e necessários ao convívio social, abstendo-se de incriminar condutas “que estejam perfeitamente aceitas e toleradas por essa mesma sociedade, pois, caso contrário, estaria, na verdade, compelindo a população a cometer crimes” (GRECO, 2011, p. 96). A realidade social é quem servirá de subsídio para a elaboração das normas tipificadoras penais, não devendo penalizar condutas socialmente aceitas nem deixar de proteger bens de relevante valor social.

Nesta mesma linha, Luiz Flávio Gomes afirma que, da tipificação penal, devem ser eliminadas “as condutas socialmente adequadas (teoria da adequação social, que funciona como princípio geral de interpretação dos tipos penais)” (GOMES, 2011, p. 57), pois os tipos penais são “uma seleção de condutas socialmente inadequadas” (*ibid*). Seja pelo legislador, seja pelo interprete das normas, as condutas que não são socialmente repudiadas nem contrariam preceitos constitucionais não devem ser tidas como típicas.

Rogério Greco dá o exemplo do jogo do bicho como uma dessas condutas que “no passado eram consideradas inadequadas socialmente” (*ibid*), mas que hoje não goza mais desse *status*, por isso advoga que “sua proibição deve ser retirada de nosso ordenamento jurídico-penal” (*ibid*). Para o autor, mesmo que essas condutas se mantenham previstas na lei penal como fato ilícito, com a interpretação feita à luz do princípio da adequação social é possível afastar a tipicidade do fato. O processo é de adequação da norma à realidade social, não a sociedade à norma.

Este princípio não está expresso na Constituição de 1988, mas isto não impede que de lá seja inferido. Para Luiz Flávio Gomes, o conceito de delito deve buscar na Constituição seus pressupostos, “apesar da inexistência de um texto normativo explícito *ad hoc*” (GOMES, 2011, p. 115). Quando a Constituição concede ao legislador a faculdade de criar tipos penais, o faz por meio do princípio da legalidade, garantindo a elaboração de normas penais incriminadoras

e punitivas. Porém, este poder-dever não pode ser exercido sem limite, pois do contrário a função garantista do princípio da legalidade estaria aniquilada.

A atividade de criação de tipos penais não pode ser vazia ou arbitrária, devendo ser orientada pela Constituição, “por meio de seus princípios, regras e valores, direta ou indiretamente, tanto os objetivos do direito penal como seus principais limites” (GOMES, 2011, p. 117). Junto com outros princípios penais constitucionais, o da adequação social, serve de limite para a atividade punitiva do Estado, seja pelo legislador, seja pelo julgador.

A decisão de um magistrado que esteja de acordo com tal princípio está conforme a Constituição não pode ser atacada como ilegal ou fora do sistema jurídico positivo estatal. Aplicar o princípio da adequação social em detrimento de uma interpretação exclusivamente literal do texto legal não faz uma decisão ser alternativa. Não há recurso, há sistema paralelo, insurgente ou contrário ao estatal, pelo contrário, há aplicação do sistema positivado de normas. Quando a norma não abarca o caso concreto, nos termos que ocorreu, é imperioso aplicar outra norma.

Todas as decisões até aqui analisadas e as demais colacionadas na literatura sobre direito alternativo deixam claro que os juízes apenas buscaram as normas, dentro do sistema jurídico, mais adequadas à questão a ser decidida. Qual o parâmetro condutor desse grau de adequação? A Constituição com seus respectivos princípios jurídicos. Nesta decisão sobre o jogo do bicho, dificilmente o juiz poderia justificá-la se não houvesse a previsão do princípio usado como base argumentativa – princípio da adequação social. Poderia até basear em outros *topoi*, mas jamais poderia fazê-lo sem o uso de normas reconhecidas pelo sistema jurídico estatal.

Os próprios alternativistas defendiam o uso de justificação jurídica para as decisões. Nos mais variados textos por eles escritos reportaram-se aos princípios jurídicos como elementos justificadores. Andrade, ao se referir à possibilidade de o juiz deixar de aplicar uma lei, afirma que é necessário “buscar na Constituição Federal, nos Princípios Gerais do Direito, nos Direitos Humanos, nos Princípios de Justiça, ou em qualquer outro lugar, fundamentos jurídicos. Agindo assim, sua sentença ou acórdão estará dentro da legalidade” (ANDRADE, 2011, p. 208). A base jurídica não pode ser abandonada pelos magistrados nas suas justificações, sob pena de ficarmos sem parâmetros garantidores de uma mínima racionalidade e segurança nas decisões proferidas.

Recorrer aos princípios jurídicos para justificar uma decisão tomada não é o mesmo que ser arbitrário. Significa usar de uma argumentação tópico-problemática, na qual a lei não é negada, porém, não é aplicada de forma acrítica. O caso concreto ganha protagonismo na busca de uma solução jurídica, sendo o guia na busca de uma decisão adequada, conforme a Constituição, mas que não seja expressão de uma visão destoante da realidade social.

Outras decisões são apresentadas por Andrade (2011) como expressão do direito alternativo em sentido estrito. Estas mantêm o mesmo raciocínio até aqui exposto. Dão primazia à realidade social e buscam dentro do sistema jurídico suporte justificador que ampare as decisões tomadas. Vejamos.

Condenação, em 1º instância, por manutenção de casa de prostituição em zona de meretrício. Apelação visando à absolvição. Provimento, porque o fato não configura o crime previsto no art. 229¹² do CP. Unânime.

D. M. S., apelante – A Justiça, apelada.

Apelação-Crime nº 690059340 – 2º Câmara Criminal – Capão da Canoa.

ACÓRDÃO

Acordam em 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento à apelação, para absolver a apelante com fundamento no art. 386, III, do CPP. Custas na forma da lei.

1. (...)

A denunciada D. M. S., proprietária da boate ‘M’, localizada em zona de meretrício, mantém, de forma habitual, junto à boate, casa de prostituição.

A denunciada D, explora, em sua casa, um bar e quartos destinados a encontros libidinosos, cobrando Cz\$ 20,00 (vinte cruzados) por quarto das mulheres que fazem algum ‘programa’ com fregueses da casa.

As mulheres que trabalham para a denunciada recebem, por cada cerveja tomada pelos fregueses, uma comissão de Cz\$ 3,00 (três cruzados).

(...)

2. Conforme se vê da sentença, a Dra. Juíza de Direito de Capão da Canoa condenou a apelante, por manter a sua casa de prostituição, na zona de meretrício de Capão da Canoa. Mas: ‘A jurisprudência dos Tribunais é torrencial no sentido de que a exploração de casa de prostituição em zona de meretrício não configura delito previsto no art. 229 do CP’.

‘O funcionamento de casa de prostituição às claras, em zona de meretrício e com pleno conhecimento das autoridades locais, que nenhuma restrição lhe opõe, descon-figura o delito do art. 229 do CP’.

¹² Na época do julgado, este artigo tinha a seguinte redação: “Casa de prostituição. Art. 229 - Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”. A redação deste artigo foi alterada pela Lei 12.015/09, sendo a seguinte: “Casa de prostituição. Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”.

‘Não pode, em verdade, a proprietária de prostíbulo, situada em zona de meretrício, geralmente pessoa de poucas luzes, máxime no interior do Estado, supor que sua atividade é penalmente ilícita, quando a autoridade vem diariamente em sua casa fiscalizar o seu comércio’.

‘Tratando-se de casa instalada em zona que a própria polícia reserva para esta-belecimentos desse tipo, não se vislumbra atentado ao art. 229 do CP’ (Alberto e Silva Franco e outros, *CP e sua Interpretação Jurisprudencial*, RT, ed. 1990, p. 1.200).

Sustentou, ainda, o Dr. Procurador de Justiça, junto a esta Câmara que: ‘O apelo merece guarida. Efetivamente, o STF vem decidindo reiteradamente que não constitui crime manter casa de tolerância em zona de meretrício (RT, 405/433; 416/93; 523/344). Aliás, essa egrégia Câmara também segue a mesma orientação.

‘Realmente, se existe zona de prostituição em pleno funcionamento, não é justa a condenação de quem ali explora o meretrício, em local destinado e fiscalizado pela polícia, até com alvará de licença (fl. 96). Mesmo porque não tem sentido condenar alguém por manter casa de prostituição quando elas proliferaram por todos os cantos, inclusive com anúncio nos meios de comunicação’.

Assim sendo, adotados tais argumentos como razão da decisão, provê-se a apelação, para decretar-se a absolvição da apelante, de acordo com o art. 386, III, do CPP. Unânime.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Exmos. Srs. Des. Aloar Terra, Presidente, sem voto, Antônio Carlos Netto de Mangabeira e Dr. Luiz Armando B. de Souza Leal.

Porto Alegre, 22 de novembro de 1990.

Nilo Wolf, Relator.

Nesta decisão fica claro o esforço argumentativo realizado pelo julgador para não aplicar um dispositivo legal (Código Penal, artigo 229). Mais uma vez o que o magistrado fez foi afastar a conduta praticada da descrição do tipo penal. O juiz aplicou o princípio da adequação social para justificar a decisão, mesmo que não tenha dito de forma explícita. A argumentação é feita baseando-se em ideia de aceitação geral, no caso, os *topoi* usados são decisões anteriores do mesmo ou de tribunais superiores. A força persuasiva desses argumentos, em virtude do sistema hierárquico no qual o judiciário está estruturado, tem grande relevo.

O que julgador faz é questionar se o Estado tem autoridade para punir uma atividade que é tolerada pela sociedade e pela fiscalização estatal. Os argumentos elencados pelo magistrado, no julgado, são: jurisprudência farta; a existência de zona de meretrício, onde está a casa de prostituição; inércia da fiscalização estatal; provável desconhecimento da lei; aumento de casas de prostituição, inclusive com a anúncio publicitário. Por si sós, estes argumentos não são suficientes para afastar a aplicação da norma penal, porém, são para demonstrar a realidade na qual a norma deve ser aplicada.

A decisão é baseada, portanto, na perda do direito de punir do Estado quando este tolera a conduta e esta se torna parte da vida social. Estamos diante do princípio, já mencionado, da adequação social. Havendo diversos elementos sociais – jurisprudência anterior, ausência de fiscalização e tolerância estatal e social e multiplicação da conduta – que corroboram para a ausência de reprovação da prática tipificada, a decisão é conforme os valores constitucionais no sentido de manifesta ausência de direito de punir por parte do Estado.

A decisão é contra a norma, de tal forma que aplica um direito alternativo, paralelo ou insurgente ao estatal? Não. A decisão é conforme os valores constitucionais e os princípios do direito penal.

Em outro julgado que chega à mesma conclusão – absolvição pela atipicidade da conduta - pela aplicação do princípio da adequação social, o juiz Claudemir José Ceolin Missaggia aponta outros argumentos que complementam o julgado anterior.

CASA DE PROSTITUIÇÃO. FAVORECIMENTO.

É contra-senso falar-se em atividade ilícita, facilitação da prostituição ou manutenção de casa de prostituição – ao mesmo tempo em que se permite a existência de zona de meretrício e ate se incentiva sua criação e manutenção pela miséria e pobreza. Descriminalização do art. 229, do CP.

(...)

‘As Câmaras Criminais Conjuntas do TJSP, em decisão unânime, assim se pronunciaram: Se existe zona de meretrício... em pleno funcionamento, claro que não se pode punir alguém por manter casa de prostituição ou induzir alguém à prostituição, levando ou facilitando alguma mulher a permanecer num desses prostíbulos. É, data vênia, arrematado contra-senso o falar-se em atividade ilícita – facilitação da prostituição – ao mesmo tempo que se permite a existência de zona. É porisso (sic) que o Excelso Pretório já proclamou que ‘não constitui crime manter casa de tolerância em zona de meretrício’ (DJU, de 28.6.68, p. 2.490, in RT523/344)’.

(...)

Ante tais elementos de prova, parece-me injusto impor-se à apelante a condenação pelo art. 229 do CP, seja pela ausência de prova quanto à honestidade da ação policial, seja, ainda, pela evidente descriminalização do tipo ante a proliferação, às escâncaras, em zonas residenciais de qualquer cidade, de motéis e casa de encontros de prostituição que recebem atenção e segurança das autoridades policiais, e com relação às quais – certamente por serem mantidas por forças economicamente ponderáveis – nenhuma medida penal é adotada. E o CP não pode interessar apenas aos pobres, os analfabetos, às JT da vida que, por sua pobreza, não puderam construir um motel de luxo. Efetivamente, depois dos anos 60 com a divulgação dos famosos refrões (sic), tais como, ‘faça amor, não faça guerra’, ‘virgindade dá câncer’ ou

‘é proibido proibir’, o dispositivo em questão deve ser considerado apenas para o efeito da história do direito penal brasileiro, direito penal ilegítimo, discriminador, enfim direito penal de uma sociedade hipócrita, sociedade esta que estimula e condena a prostituição e que adota uma moral pública e outra privada.

(...)

Qual o bem jurídico tutelado pelo dispositivo penal em questão? Segundo E. Magalhães Noronha (*Direito Penal*, 3º vol. Editora Saraiva, 16ª edição, 1983, p. 259): ‘(...) o bem que o dispositivo tutela é o interesse social, consistente em que a função social se exerça normalmente, de acordo com os bons costumes e a moralidade pública’. O que é interesse público? O que é moralidade pública? O que são bons costumes? Quem os define? E em razão de que interesse os define? Ora, que ‘bem jurídico’ pode querer tutelar uma sociedade que condena e, ao mesmo tempo, estimula a prostituição? A hipocrisia? O duplo padrão de moralidade? É moral estimular o ‘crime’ e depois propor a condenação? Há interesse social em segregar a quem foi negado o direito a uma vida digna por falta de opções e ‘preservou’ as boas famílias? É legítimo continuarmos apenando ou processando algumas e, assim, legitimarmos as atividades ilegais de determinadas autoridades, que se prevalecem bebendo gratuitamente e obtendo favores sexuais, em troca de proteção? Ou será por acaso que vem a julgamento raros casos, quando é sabido que existem milhares de adolescentes em casas de prostituição neste Estado?

Seguindo a mesma linha de raciocínio do julgado anterior, o julgador fundamenta sua decisão na perda do direito de punir do Estado em virtude de dois fatos: a ausência de fiscalização eficiente para inibir a prática do crime e a mudança de valores sociais desde a elaboração do tipo penal. Esses elementos, no julgado, foram usados pelo magistrado para justificar sua decisão de considerar a conduta atípica. É importante notar que ao julgador não cabe simplesmente deixar de aplicar a norma legal, mas especificar quais elementos no caso concreto afasta a conduta da descrição típica.

Com relação à moral pública, suposto bem jurídico protegido pela norma do artigo 229, do Código Penal, as críticas de juristas são contundentes no sentido da impossibilidade de o Estado impor um modelo moral a ser seguido pelos indivíduos. Nas palavras do penalista Zaffaroni, “o Estado que quer impor uma ‘moral’ é um Estado imoral, porque o que impõe não pode chamar-se de moral, posto que o mérito moral surge da escolha livre que se faz quando se tem a possibilidade de escolher outra coisa” (ZAFFARONI, 2011, p. 87). A imposição de condutas neste nível é característica dos estados totalitários nos quais as liberdades individuais são restringidas ao mínimo, quando não anuladas.

As indagações feitas na decisão pelo magistrado estão alinhadas com o pensamento de Zaffaroni, pois denuncia um abuso do direito de punir do Estado. Ao adentrar na esfera da

individualidade protegida pela Constituição (princípio da liberdade) a atuação estatal passa a ser ilegítima e inconstitucional. Não cabe penalização “sobre as condutas que são justamente o exercício da autonomia moral que a Constituição e as leis garantem” (ZAFFARONI, 2011, p. 87). Por tais motivos, a prática da prostituição não é penalizada. Então, faz sentido penalizar àquelas condutas que facilitam tal prática? Se há real bem jurídico a ser protegido, a conduta tipificada deve ser a prática da prostituição. O que seria um absurdo jurídico no nosso tempo.

Ao tratar da moral pública e sua possibilidade de tutela pelo direito penal, Zaffaroni a define como “é um sentimento de pudor, que supõe o direito de tê-lo, [...], mas se alguém carece de tal sentimento, não se pode obrigar a que o tenha, nem que se comporte como se o tivesse, na medida em que não lesionem o sentimento daqueles que o têm” (ZAFFARONI, 2011, p. 405). Essa questão tem ligação direta com a argumentação feita no julgado analisado. A moral pública não pode ser imposta aos indivíduos, apesar de o Estado garantir que as pessoas a tenham. Cabe ao Estado proteger, mas não impor. A liberdade de escolha precisa ser mantida para seguir ou rejeitar a moral pública que, como questionada no julgado, não goza de conteúdo definido nem unânime.

A conduta somente deve ser penalizada se violar a moral pública daqueles que a querem observar, causando-lhe algum prejuízo. No caso analisado, a manutenção de casa de prostituição, bem como frequentar tal ambiente, se feita de forma livre e consciente, não pode configurar ilícito penal, por ausência de bem jurídico a ser tutelado. Haveria infração penal se, de alguma forma, alguém fosse obrigado a frequentar o ambiente de prostituição ou praticar tal conduta. Não sendo o caso, não há que se falar em violação da moral pública, já que esta não pode ser parâmetro incriminador desta conduta. Entre a obrigação de observar a moral pública e o respeito à liberdade individual, as práticas sexuais devem ser regidas pelo segundo valor.

As práticas sexuais, por dizerem respeito à individualidade, não podem ser restringidas quando não há um argumento razoável para tal limitação. Segundo Zaffaroni, “somente no sentido de pudor se pode falar em ‘moral’ como bem jurídico, e na medida em que o sujeito passivo experimente este sentimento e não tenha consentido na ofensa” (ZAFFARONI, 2011, p. 406). Esta não é a situação descrita no julgado, pois não há obrigatoriedade em frequentar casa de prostituição nem de usufruir dos serviços sexuais ali ofertados. Pelo contrário, apesar de a suposta moral pública condenar tal prática, ela vem aumentando, como deixa claro o julgado. O sentimento de pudor de tais frequentadores certamente não se ofende com as práticas ali realizadas. Se assim fosse, não procurariam tais lugares.

Aqueles que procuram casa de prostituição não podem depois alegar lesão ao sentimento de pudor. Aqueles que não frequentam tais lugares têm resguardado seus sentimentos

individuais de pudor pelo simples fato de não presenciarem atos de prostituição. Estes não podem, sob o manto da moral pública, objetivar restringir a liberdade alheia em função de um bem não violado.

Os dois julgados acima comungam da visão de Zaffaroni sobre a proteção da moral pelo Estado, por considerar a moral como “questão eminentemente individual e o direito não pode ir além do que possibilitá-la, mas de modo algum tratar de impô-la, o que, por outro lado, seria irrealizável” (ZAFFARONI, 2011, p. 406). A liberdade individual concretiza-se na medida em que o estado permite que sejam feitas escolhas sobre a moral individual, não obrigando nem proibindo práticas eminentemente privadas. Tendo o legislador avançado a esfera protegida pela Constituição, não pode o julgador abdicar das normas constitucionais em prol de uma suposta legalidade inviolável. Decidir conforme a Constituição é assegurar o sistema jurídico positivo, atividade realizada em todos os julgados analisados.

Os argumentos apontados pelos magistrados para afastar a incidência da norma operam uma abordagem sistemática do direito, indo além do mesmo texto legal, chama para a decisão outros dados que só podem ser aferidos a partir do caso concreto. A conduta descrita pela norma de forma abstrata não leva em conta as nuances da realidade social. Se na aplicação da norma e criação da decisão judicial o juiz não a levar em consideração, a solução dada ao caso não gozará de legitimidade e ferirá de morte os preceitos constitucionais. Neste ponto, foi feliz a jurisprudência alternativa, pois em diversos julgados deu primazia à realidade social, buscando no direito de forma ampla a justificação necessária à suas decisões.

Nas palavras de Andrade, os juristas tradicionais ‘ao interpretar as leis vigentes, o faz para atender aos interesses dominantes e hegemônicos no atual contexto histórico’ (ANDRADE, 2011, p. 214). Considerando estes julgados sobre a manutenção de casa de prostituição, este interesse seria a moral pública, que ao mesmo tempo em que nega a liberdade sexual para algumas pessoas, faz uso irrestrito de tais práticas de forma velada. Se há tanta casa de prostituição, é porque há indivíduos interessados criando uma moral individual mais libertina, contrária à rígida moral pública protegida pela norma penal.

Na outra ponta, os juristas alternativos “interpretam estas mesmas leis para atenderem aos interesses de grupos insurgentes, em busca de hegemonia” (ANDRADE, 2011, p. 214). Estes grupos seriam, nestes julgados, os que mantêm as casas de prostituição. São insurgentes porque violam a norma legal, pois baseiam as suas condutas na moral individual, a mesma praticada e negada por parte da sociedade.

O ponto fulcral dessa jurisprudência está na argumentação usada e pela forma como aborda os problemas que deságuam no judiciário. A visão tópico-problemática permite que as

decisões sejam fruto de uma complexidade de elementos, não os escondendo por detrás de uma legalidade vulgar. As decisões não são justificadas pela simples remissão aos textos normativos. Ao contrário, deixam claro o caminho percorrido pela discussão dos problemas sociais, políticos e jurídicos que envolvem os casos concretos. Não há abstração, mas problematização conduzida pela concretude da realidade social.

A lei não é limite às decisões, mas guia que indica os caminhos às soluções. Quando estas não são as melhores normas a serem aplicadas ao caso, os alternativistas buscam em outras normas, dentro do vasto sistema jurídico, os elementos justificadores para a decisão tomada. Não há recurso persuasivo de apenas citar artigos de normas jurídicas, a argumentação está fundada em outros *topoi*, porém respeitando a legalidade ampla e os valores Constitucionais.

As decisões acima apresentadas foram escolhidas a partir das classificações propostas por Carvalho (1998) e Andrade (2011), ambos magistrados expoentes do direito alternativo. Poderíamos colacionar muitas outras decisões, recentes, inclusive as quais são baseadas nos mesmos fundamentos de abordagem tópico-problemática. Porém, optamos em partir de uma classificação já feita, realizada pelos próprios alternativistas, isso evita que haja discussão acerca da alternatividade ou não da decisão analisada. Assim, o objetivo expresso no início do trabalho pode ser tido como realizado.

A discussão levantada sobre a real característica da jurisprudência alternativa, se realizou ou não a aplicação de um direito insurgente, paralelo, emancipado em relação ao direito estatal, já fora levantada pelo próprio Andrade (2011). Para ele, “em termos de conteúdo, a maioria se embasa na Constituição Federal ou em um conceito genérico de justiça, de cunho jusnaturalista e idealista” (ANDRADE, 2011, p. 215). Quanto a este ponto concordamos em parte. A hipótese levantada foi a de que o direito alternativo não atua com base em abstrações, como é o direito natural, mas atua na concretude do caso concreto. O sentimento pessoal de justiça influencia a decisão do magistrado, mas não de forma absoluta nem desvinculada da realidade onde atua nem do sistema jurídico do qual faz parte. Por isso, preferimos a descrição de Carvalho (1997) ao referir-se ao jusnaturalismo de caminhada para expressar a ideia de justiça concreta, perseguida pelos alternativistas.

Ao fazerem uma aplicação tópico-problemática do direito, o direito alternativo distancia-se do direito natural. Isto fica claro nas decisões analisadas, nenhuma delas usa uma suposta justiça acima da lei para fundar suas decisões. A justificação é fincada nos casos apresentados e suas peculiaridades e nas múltiplas possibilidades interpretativas do texto normativo, socorrendo-se de normas genéricas e princípios constitucionais. Mesmo que haja um discurso no início do movimento do direito alternativo no Brasil, em que a bandeira da justiça social

(proteção aos pobres e oprimidos) seja usada, o que observamos é que, no momento das decisões, a argumentação não está fincada nestes *topoi*, pois não gozam de legitimidade e amparo do sistema jurídico. Se este era o objetivo ideológico do movimento, as decisões jurídicas usaram *topoi* jurídicos para justificá-las.

Andrade ainda reconhece que muitas das decisões da jurisprudência alternativa são passíveis da crítica de ‘não serem tão alternativas ou não serem alternativas, segundo o entendimento de alternatividade como prática subversiva’ (ANDRADE, 2011, p. 2015). Neste ponto concordamos com o autor. Como anteriormente já afirmado, as decisões classificadas como alternativas são decisões tópico-problemáticas, as quais buscam, a partir dos problemas apresentados, encontrarem, no sistema jurídico, justificação para as decisões tomadas. Já criticamos a ideia de decisões fundadas em outro sistema jurídico que não o positivo. Todas as decisões apresentadas, por mais progressista (progressistas), em relação à liberdade individual e aos direitos sociais, que possam ser não vão além da Constituição e dos princípios jurídicos daí decorrentes.

CONCLUSÃO

A formação da decisão judicial só pode ser entendida se dividida em dois momentos: contexto da descoberta e contexto da justificação. Há diversos elementos que fazem parte deste processo, muitos dos quais não são expressos. A gama de fatores que não podemos conhecer não fez parte da investigação desse trabalho. A nossa atenção esteve voltada para aquilo que pode ser visto e analisado – o discurso dos magistrados nas decisões judiciais.

Quando tratamos do contexto da descoberta afirmamos que há muitos elementos que formam a decisão judicial e que muitos destes não são expressos na justificação. Com o auxílio de alguns estudos, conseguimos entender que estes envolvem: elementos subconscientes; ideologia individual e social – política e econômica; normas jurídicas. Mas não somos capazes de determinar qual o grau de influência de cada elemento destes, porém, podemos inferir que as normas jurídicas não são elementos exclusivos na formação da decisão judicial, pois há influência de outros fatores preponderantes.

Formar a decisão é diferente de justificá-la. Não há controle sobre o processo interno de decidir, pois o magistrado atua ainda no seu foro íntimo e, por isso, se deixa influenciar por tantos fatores. Já dissemos que não pode haver certeza sobre tal processo, por isso a nossa investigação recai sobre aquilo que é exteriorizado – a justificação.

A apresentação das razões decisórias não é feita sem parâmetros ou controle quando falamos do discurso jurídico. Isto não significa que a justificação é fiel reprodução do processo de tomada de decisão. Pode um juiz condenar alguém pela prática de jogo do bicho ou de exploração de casa de prostituição com base na sua moral individual? A resposta depende do contexto de descoberta ou justificação. No momento de formação da decisão, a moral individual pode ser um o elemento preponderante para que o magistrado condene a prática, pois está em desacordo com o que considera certo e errado. Porém, seria possível ao juiz justificar sua decisão com base neste argumento? Não, porque as decisões judiciais precisam observar as normas jurídicas para suas razões.

Condenar pelas práticas acima pode ser justificado em normas penais que apresentam ineficácia social, mesmo entendendo que esta norma está constitucionalmente inaplicável. Não pode é o julgador afirmar que a razão da sua decisão é o seu foro íntimo que o impele à condenação. Esta diferença é o que faz com que o contexto da descoberta e da justificação não tenha total correspondência.

Se a formação da decisão judicial está fora do controle estatal, o mesmo não pode ser afirmado sobre sua justificação. As razões apontadas são destinadas pelo menos à sociedade,

às partes envolvidas na demanda e ao próprio Estado, por meio dos seus órgãos hierárquicos de controle dos atos. Se a justificação não gozar da adesão destes destinatários, provavelmente, não será cumprida ou mesmo será reformada pela instância superior por meio de recurso.

Situando a decisão judicial no campo do discurso, o qual envolve o uso de argumentos e a promoção da adesão, colocamos a argumentação jurídica no campo da racionalidade dialética. Este dado foi importante para a pesquisa, pois nos garantiu passar a analisar a justificação judicial com vistas à forma de uso dos argumentos, não buscando um conteúdo absoluto das normas, fato este que impediria sua utilização pragmática. Ao afirmar que norma jurídica possui conteúdo único e imutável a aproximamos da racionalidade apodíctica. Sendo a decisão decorrência necessária das normas, não haveria uso pragmático, ou seja, preocupação com a forma do uso dos argumentos e a adesão.

As normas jurídicas são elementos da racionalidade dialética porque tem (têm) uma estrutura de opinião fundada e compartilhada socialmente retirando destes o seu fundamento de validade. As premissas da racionalidade apodíctica não buscam nestes elementos externos sua validade ao contrário da *éndoxa* (premissas dialéticas). O direito é o conjunto de normas jurídicas compartilhadas por uma sociedade, mas não tem conteúdo absoluto e imutável, é contingente.

Estes conceitos acima foram abordados a partir da teoria aristotélica, resgatada por Perelman (2005) e Viehweg (2008). Assim, é possível pensar o direito como um conjunto de *topos* que são usados de forma pragmática perante um auditório particular para levá-lo à adesão. A ideia de auditório, que vem de Perelman (2005), é importante por chamar a atenção para o dado contingente das normas jurídicas e seu uso. O que garante a aceitação de uma decisão judicial é a apresentação de razões justificadoras que estejam conforme o direito compartilhado pela sociedade onde a decisão foi tomada. Não há argumento último capaz de convencer a todas as pessoas, porque as ideias são particulares e contingentes.

Os princípios jurídicos, que são normas com conteúdo pouco definido, possuem a estrutura da premissa dialética – *éndoxa*. Esser (1961) os aponta como os *topoi* do sistema jurídico, pois permitem uma argumentação a partir da realidade por meio de um raciocínio tópico-problemático. O uso de tais argumentos sem fundamento absoluto, mas validados pelo contexto externo, está ligado a um tipo específico de silogismo, o chamado retórico ou entimema. A estrutura desta é marcada pela ocultação de algumas das premissas usadas para promover a adesão do público.

Vimos que pode haver uma ligação entre o entimema e o contexto da justificação, pois ambos então voltados para a apresentação de argumentos de forma pragmática. No primeiro,

pode haver ocultação de premissas e, no segundo, não há total coincidência entre o contexto da descoberta e a justificação. Ao explicar a decisão judicial a partir destas teorias, conseguimos vê-la como concretização de uma finalidade específica e que esta não é definida pelo texto da norma, mas pelos usos do magistrado.

São as decisões judiciais, portanto, expressão de uma vontade particular dos juízes? Não, porque a justificação destas precisa ser feita a partir dos valores e ideias compartilhados pela sociedade e estarem legitimados no sistema jurídico. Se, por exemplo, os valores do juiz não são compartilhados com os demais cidadãos daquele Estado, não há como fazer prevalecer sua vontade sobre as normas. Imaginemos que um juiz, no Brasil, entenda que alguém deva se condenado à pena de morte pela prática de um delito. Esta vontade do julgador, apesar das razões por ele apresentadas, pode superar os valores constitucionais? Não, se este pretender manter-se dentro da legitimidade social para os atos judiciais praticados. Ir além seria arbitrariedade o que poderia trazer graves danos sociais.

Chamamos atenção para este ponto quando diferenciamos direito alternativo de uso alternativo do direito. Afirmamos que os magistrados do movimento do direito alternativo não decidiram com base em um sistema jurídico paralelo ou insurgente ao estatal porque não foram além dos valores constitucionais. Mantendo-se neste limite, não há que se falar em outro sistema que não o positivo. Este movimento não propunha uma atuação livre dos juízes, tendo apenas seus valores pessoais como fundamento de ação. Por outro lado, não reconheciam que as normas contivessem conteúdo que determinassem a decisão. Estabeleceram as finalidades pelas quais buscariam atuar – democracia e justiça social – para depois buscarem no ordenamento jurídico normas que justificassem essa atuação. Todas as decisões analisadas no capítulo quatro corroboram com esta ideia.

A jurisprudência alternativista, como mostram os julgados apresentados, não faz uso na sua argumentação/justificação de um direito paralelo, emergente, insurgente ao direito estatal, mas usa o direito positivado de forma pragmática para as finalidades traçadas pelo movimento do direito alternativo. Como os objetivos perseguidos são aqueles expressos por meio dos princípios constitucionais, o que a jurisprudência alternativa fez foi argumentar a partir de tais normas. Isto não a qualifica como alternativa, no sentido das razões justificadoras.

Como decidiram os alternativistas e justificaram as suas decisões? Decidiram por meio de uma abordagem tópico-problemática do direito, na qual os fatos sociais são preponderantes para a formação de uma solução jurídica. Não decidiram com base em valores absolutos nem buscaram em fundamentos últimos as razões justificadoras, mas partiram dos valores sociais concretos. Fizeram uso pragmático das normas, assim, estas não gozaram de protagonismo na

formação da decisão, pois não determinaram o resultado. Porém, as normas jurídicas, especialmente os princípios, foram amplamente usadas para justificar as decisões ideologicamente alinhadas com a Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. *In*: ADEODATO, João Maurício (org.). **A retórica de Aristóteles e o direito**: bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica. 1. ed. Curitiba, PR: CRV, 2014.

_____. As retóricas na história das ideias jurídicas no Brasil: originalidade e continuidade como questões de um pensamento periférico. *In*: ADEODATO, João Maurício (org.). **Continuidade e originalidade no pensamento jurídico brasileiro**: análises retóricas. 1. ed. Curitiba, PR: CRV, 2015.

ANDRADE, Lédio Rosa. **Juiz alternativo e poder judiciário**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

_____. **O que é direito alternativo?** Florianópolis: Habitus Editora, 2ª Ed., 2001.

_____. **Manual de Direito Alternativo**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2. ed. revista. Imprensa Nacional-Casa da Moeda. Disponível em: <<http://www.obrasdearistoteles.net/files/volumes/0000000030.PDF>> Acesso em: 16 ago 2015.

_____. **Órganon**: Categorias, Da Interpretação, Analíticos Anteriores, Analíticos Posteriores, Tópicos, Refutações Sofísticas. Tradução: Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2010.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. Direito Alternativo - notas sobre as condições de possibilidade. *In*: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (org.). **Lições de Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. *Teorias de la argumentación jurídica*. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *In*: RÚBIO, Sanches David; FLORES, Herrera Joaquín; CARVALHO, Salo de (org.). **Direitos Humanos e Globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

BERTI, Enrico. **Aristóteles no século XX**. Tradução Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

_____. **As razões de Aristóteles**. Tradução Dion Davi Macedo. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução: Carmen C. V., Gaetano, L. M., João F., Luís G. P. C, Renzo D. Vol. 1. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Cutinho. Nova ed. 9. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Alternativo na Jurisprudência**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo**: teoria e prática. Porto Alegre: Síntese, 1998.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito alternativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

CORREAS, Oscar. La Teoría General del Derecho y el Derecho Alternativo, in **El Otro Derecho**, nº 15, ILSA, Bogotá, 1994.

_____. **Los Derechos Humanos y el Estado Moderno**. (Qué hace moderno al derecho moderno?). Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 37, 2003, p. 271 - 285.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Tradução: Alan Neil Ditchfield. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução: Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1961.

FREITAS, Lorena de Melo. **Além da toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito**. Recife: Bagaço, 2009.

_____. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITAS, Lorena *et al.* (org.) **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012. 2 v. Disponível em: <<http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/O%20Judici%C3%A1rio%20e%20o%20Discurso%20dos%20Direitos%20Humanos%20-%20V-II.pdf>> Acessado em: 10 ago 2014.

GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. **Entre a lei e o direito. Uma contribuição à teoria do direito alternativo**. Trad. BUENO, Amilton de Carvalho; CARVALHO, Salo de. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2001.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil Alternativo. In: **Lições de Direito Civil Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11. ed. Coleção Primeiros Passos nº 62. São Paulo: Brasiliense, 1993.

MARSILLAC, Narbal de. Direitos Humanos na Perspectiva Tópico-Retórica e Pragmatista: Uma ética Pós-Humanista. **Prima Facie** - Revista de Ética. n. 6. 2º sem. 2010, p. 33-50.
_____. A Religação da Retórica e os Direitos Fundamentais do Homem. **Verba Juris**. ano 7, n. 7, jan.;dez. 2008, p. 35-52.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

_____. **O que é justiça?** A justiça e a política no espelho da ciência. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

OLIVEIRA, Luciano. Pluralismo Jurídico e Direito Alternativo no Brasil. Notas para um Balanço. In: RÚBIO, Sanches David; FLORES, Herrera Joaquín; CARVALHO, Salo de (org.). **Direitos Humanos e Globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (Org). **Direitos Humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEQUENO, Marconi. **O fundamento dos direitos humanos**. 2014. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/redhbrasil/wp-content/uploads/2014/04/O-FUNDAMENTO-DOS-DIREITOS-HUMANOS.pdf>> Acessado em: 06 jan. 2016.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Tradução: Maria Ermantina de A. P. Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica. 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **O discurso e o poder**: ensaio sobre sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SOBOUL, Alberto. **História da Revolução Francesa**. Tradução: Hélio Pólvora. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

SOUTO, Cláudio. **Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

SOUZA, José Guilherme. **A criação judicial do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

TOSI, Giuseppe. O que são esses “tais direitos humanos”? In: FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; ZENAIDE, Maria da Nazaré Tavares; PEQUENO, Marconi (org.). **Direitos Humanos na Educação Superior**: Subsídios para a Educação em Direitos Humanos na Filosofia. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2010.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XX às novas perspectivas. Tradução Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. rev. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2002.

_____. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3º Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa e Ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.