

Universidade de Brasília – UnB

Instituto de Ciência Política – IPOL

Programa de Pós-graduação

Aluno: Luiz Gomes Jardim

**A concepção coletivista de justiça como fator de insegurança jurídica:
uma análise crítica do Direito Alternativo**

Dissertação apresentada ao Instituto de
Ciência Política como requisito parcial à
obtenção do título de mestre em Ciência
Política.

Orientador: Paulo Roberto da Costa Kramer

Brasília, agosto de 2006

LUIZ GOMES JARDIM

**A concepção coletivista de justiça como fator de insegurança jurídica:
uma análise crítica do Direito Alternativo**

Dissertação submetida ao
Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília,
como parte dos requisitos para a obtenção do título de
Mestre em Ciência Política.

MEMBROS DA BANCA

Prof. Dr. Paulo Roberto da Costa Kramer (Orientador)

Prof. Dr. Carlos Roberto Pio da Costa Filho

Prof. Dr. Ricardo Warendorff Caldas

FICHA CATALOGRÁFICA

JARDIM, LUIZ GOMES

A concepção coletivista de justiça como fator de insegurança jurídica: Uma análise crítica do Direito Alternativo

138 fl., Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Mestrado em Ciência Política, Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

1. Poder Judiciário – Dissertação
2. Direito Alternativo
3. Teoria Política Liberal

Referência Bibliográfica

JARDIM, LUIZ GOMES (2006) A CONCEPÇÃO COLETIVISTA DE JUSTIÇA COMO FATOR DE INSEGURANÇA JURÍDICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO ALTERNATIVO.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM CIÊNCIA POLÍTICA, INSTITUTO DE CIÊNCIA POLÍTICA, UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, BRASÍLIA. 138 FL

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO AUTOR: LUIZ GOMES JARDIM

AGRADECIMENTOS

Para alcançar este estágio na senda do saber, muitas personalidades me ajudaram.

Agradeço à minha mãe Rosa, que me incentiva e apóia em todos os estágios de vida que tenho trilhado.

Agradeço à minha mulher, Maristela, por ter sido muito compreensiva com a minha imersão intensiva na pesquisa que me levou a produzir este trabalho.

Agradeço aos meus filhos, Ana Luíza, João Luiz e Martina, pelos incentivos e preces durante minha ausência.

Agradeço aos meus muitos amigos que rezaram e se alegraram com a minha recuperação, especialmente Darcton, Francisco, Luiz Antônio e Rogério, pelo intenso cuidado nos meus dezessete dias de internação.

Agradeço à equipe de neurocirurgia do Hospital de Força Aérea do Galeão, especialmente ao Dr. Orlando, cuja competência me trouxe à vida.

Agradeço ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília; ao meu orientador, o Prof. Paulo Kramer, e aos coordenadores da Pós-Graduação, Professores Paulo Calmon e Antônio Brussi, por compreenderem a minha condição física.

Agradeço, por fim, a Deus que me protege e inspira em todos os momentos da vida, proporcionando-me uma família carinhosa e compreensiva, guardando-me em meio de amigos muito queridos, e me colocando nas mãos da mais competente equipe de neurocirurgiões.

SUMÁRIO

	Página
SUMÁRIO	
RESUMO	7
Capítulo I - INTRODUÇÃO	9
1.1 – PROBLEMA DA PESQUISA	13
1.2 – HIPÓTESE	14
1-3 – LEGITIMIDADE DA LEGISLAÇÃO	15
Capítulo II – O ATAVISMO DA JUSTIÇA COLETIVISTA	17
2-1 – A ESTRUTURAÇÃO POLÍTICA DO DIREITO OCIDENTAL	19
2-2 – CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
Capítulo III – ANÁLISE HISTÓRICA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	43
3-1 – FORMALIZAÇÃO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA	44
3-2 – CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
Capítulo IV – A <i>PRAXIS</i> POLÍTICA DO DIREITO ALTERNATIVO	67
4-1 – A PRÁTICA IDEOLÓGICA DO DIREITO ALTERNATIVO	69
4-2 – CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
Capítulo V - INSEGURANÇA JURÍDICA DO DIREITO ALTERNATIVO	103
5-1 – A INSEGURANÇA DO SISTEMA JURÍDICO	104
5-2 – CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
Capítulo VI - CONCLUSÃO	131
Capítulo VII - ANEXO	134
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	137

RESUMO

Se eu finalmente me tornei sociólogo, o motivo principal é pôr fim a esses exercícios com base em conceitos coletivos cujo espectro está sempre rondando. Em outros termos: a sociologia também só pode ter origem nas ações de um, de alguns ou de numerosos indivíduos distintos. É por isso que ela é obrigada a adotar métodos estritamente "individualistas". (MAX WEBER)

O presente trabalho tem o objetivo de analisar como que a ideologia coletivista tem influenciado o comportamento do Judiciário, ao proferir sentenças que muitas vezes contrariam normas expressas nos contratos e na Lei.

Inicialmente será apresentada a origem histórica da concepção coletivista, em relação à dogmática da justiça, formada nos primórdios da civilização ocidental. Isto terá a finalidade de fundamentar a hipótese de que o novo modo de interpretar as regras tem, na realidade, uma relação atávica com a compreensão social dos antigos.

Em seguida, em comparação com a pretensão de tornar a nova justiça mais distributiva, será analisada a origem histórica e a evolução da justiça distributiva, bem como a compreensão desta como conseqüência do progresso social, fundada em uma ordem espontânea. Isso levará à percepção que a justiça teria rompido o fundamento coletivo, no qual as ordens eram determinadas por uma cúpula dirigente, para assentar-se no pressuposto do individualismo como fundamento para organização social.

No seguinte capítulo será apresentada a ideologia do Direito Alternativo, como uma maneira de fazer uma analogia entre as concepções antigas e as modernas. A partir dessa análise, será permitido compreender

que a justiça alternativa romperia a máxima do direito vigente, que assume que todos são iguais perante a lei, a fim de criar uma ideologia judicial que privilegie determinadas coletividades da sociedade.

Posteriormente, será mostrado como que o rompimento do pressuposto do individualismo na justiça pode fazer surgir a hipótese de uma percepção de insegurança jurídica e de falta de confiança entre as pessoas que se relacionam em uma sociedade aberta. Partindo da hipótese citada, esse capítulo também analisará os dados das pesquisas feitas com membros do Poder Judiciário e os da sondagem realizada com empresários a respeito da influencia da ideologia sobre a segurança jurídica.

Por fim, este trabalho irá confirmar a hipótese de que a ideologia coletivista na justiça é um fator causador de insegurança jurídica numa sociedade aberta, porque é nesta sociedade que os indivíduos têm autonomia para estipular as metas que desejam alcançar durante a passagem pela vida, sem ter que depender de uma definição moral do Estado.

I - INTRODUÇÃO

O que é Justiça? Em termos funcionais, Justiça talvez seja o principal instrumento para a organização política das sociedades humanas. A partir do momento que Robinson Crusóe se deparou com um outro semelhante e com ele passou a conviver, uma definição sobre o certo e o errado passou a ser necessária, a fim de regular os possíveis interesses conflitantes. Entretanto, quando se busca um entendimento objetivo sobre a motivação que impulsiona uma maneira de proceder, não há consenso.

Isso ocorre porque a concepção de justiça está intrinsecamente ligada ao entendimento que cada um faz sobre o que é moralmente correto. Em função dessas possíveis diferentes concepções internas, uma definição formal sobre a maneira prática de agir, isto é, sobre a ação do indivíduo na sociedade deve ser estipulada, a fim de balizar as interações individuais em um ambiente de diversas concepções, de modo a evitar a permanência de insegurança na organização social.

A legislação que de uma ação faz um dever e que ao mesmo tempo dá tal dever por motivo, é a **legislação moral**. No entanto, aquela que não faz entrar motivo na lei, que, conseqüentemente, permite outro motivo à idéia do próprio dever, é a **legislação jurídica**. (Kant, 2003, 30 p.)

A legislação jurídica deverá, portanto, estipular normas de convívio social. O motivo das normas não deve ter uma fundamentação segundo o ponto de vista do dirigente ou de uma classe, porque senão seria apenas a legislação moral do chefe ou da classe. A legislação jurídica, por ter que vincular todos aos seus preceitos captaria, dos sistemas culturais da sociedade, uma ordem social espontânea, cujo motivo ou justificação jurídica seria a manutenção de tal ordem que não seria determinada por nenhum

indivíduo específico ou ideologia da classe dirigente.

Enquanto o dever sinaliza os valores que orientam o ânimo do indivíduo para a ação, a cultura teria, então, a função de inspirar a maneira de regular a ação individual em meio a uma coletividade. A cultura assim exposta seria, de maneira geral, a fonte de onde derivaria a concepção jurídica para a coletividade. A legislação jurídica perceberia o sentido dos sistemas culturais desenvolvidos pelo grupo humano e o devolveria normalizado sob o arcabouço que se chama de DIREITO.

Isso não significa dizer que o valor cultural tenha influência suficiente para fazer o conjunto de indivíduos agir como que por ele condicionados, desconsiderando a moral pessoal. A cultura, portanto, não funcionaria apenas como um processo de interiorização automática dos valores pregados. Ela permitiria também aos indivíduos adaptarem-se a situações variadas de maneira a pesarem as normas que lhes são impostas, os valores que prezam e os seus próprios interesses. *“Por isso, como indica Durkheim, o desvio em relação às normas e aos valores coletivos é um fenômeno normal em toda sociedade. (Boudon & Bourricaud, 2002, 124p.)”* Em vista da existência de antagonismos entre os valores sociais e os interesses individuais, a definição de justiça é um caso aberto, sobre o qual profetas, filósofos e cientistas sociais dedicaram, e ainda dedicam estudos para procurar estabelecer conceitos gerais, objetivando regular a ação humana.

Ainda que a formulação de preceitos de justiça e da sua adequação aos interesses individuais possa ser suscetível de interpretações

particulares, os padrões gerais de conduta formulados podem ser um guia para definir o modo de organização de uma determinada sociedade.

Ainda que o padrão cultural, formado por uma ordem espontânea, seja o predominante a influenciar a ação prática dos juízes quando julgam os litígios entre os indivíduos, surge uma ideologia, mesmo minoritária, a influenciar a compreensão dos magistrados a respeito dos conflitos em uma sociedade aberta.

Entende-se ideologia como um conjunto de valores que se pretende tornar ou manter majoritário, com o objetivo de regular a sociedade segundo esses valores.

No intrincado e múltiplo uso do termo, pode-se delinear duas tendências gerais ou dois tipos gerais de significado que Norberto Bobbio se propôs a chamar de “significado fraco” e de “significado forte” da ideologia. No seu significado fraco, ideologia designa o genus, ou a species diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas. (...)

(...) Na ciência e na sociologia política contemporânea, predomina nitidamente o significado fraco de ideologia, tanto na acepção geral, como na particular. (...) Na acepção particular, aquilo que é “ideológico” é normalmente contraposto, de modo explícito ou implícito, ao que é pragmático. E o caráter da Ideologia é atribuído a uma crença, a uma ação ou a um estilo político pela presença neles, de certos elementos típicos, como o doutrinário, o dogmatismo (...) (Bobbio et al, vol. I, 1997, 585p.)

A ideologia de significado fraco, que procura convencer moralmente os julgadores a respeito do justo bem, vai atuar em favor do grupo desfavorecido em termos materiais, isto é, elegerá uma coletividade humana que deverá ter privilégio pelo Poder Judiciário, o que provocaria um rompimento da estrutura jurídica baseada no princípio de que todos são iguais perante a lei. Essa ideologia, que se fundamenta para justificar a necessidade de privilegiar determinado grupo, será tratada como uma ideologia coletivista ou um coletivismo ideológico.

O coletivismo ideológico estaria atuante por intermédio de uma nova linha de pesquisa jurídica chamada de Direito Achado na Rua. Essa nova linha de pesquisa fornece a doutrina que vai subsidiar a *praxis* do chamado Direito Alternativo.

O Direito Alternativo seria, então, o coletivismo ideológico trazido aos tribunais, a fim de proporcionar privilégio a um grupo social, ainda que para isso, a sentença judicial tenha que ir de encontro ao que está expresso no ordenamento legal.

As relações interpessoais numa sociedade grande e complexa se dão, muitas vezes, entre indivíduos que nunca se viram como, por exemplo, entre comerciantes e consumidores. Essas relações são diferentes daquelas entre pessoas de uma mesma família ou de uma mesma tribo, porque, nestas comunidades, o vínculo afetivo e de respeito é capaz de exercer o controle entre os membros. Assim, é de esperar-se que, numa sociedade complexa, os vínculos sociais tenham que ser mais formais do que em um ambiente familiar, porque todos são iguais perante a lei.

Em uma sociedade complexa e aberta os vínculos, que fornecem segurança para o estabelecimento das relações entre pessoas que nunca se viram, somente podem ser dados pelo ordenamento jurídico e reafirmados pelos tribunais.

Para que uma pessoa possa dispor de seu intento, patrimônio e arte é necessário que exista confiança entre os membros da sociedade, a fim de formar um ambiente propício aos negócios. Portanto, a segurança jurídica estaria no cerne do problema a ser pesquisado.

I-1 - PROBLEMA DE PESQUISA

O problema de pesquisa a ser investigado vai analisar como que a influência da ideologia coletivista, no âmbito do Judiciário, seria suficiente para favorecer o surgimento de um sentimento de insegurança jurídica a respeito dos negócios entre as pessoas. O coletivismo na Justiça seria captado de derivações ideológicas que visariam a proporcionar uma maior justiça social entre as relações privadas, ainda que as decisões pessoais tenham sido formalmente assentadas em um contrato. Portanto, o problema de pesquisa ficaria assim formulado:

Por que as decisões judiciais que visam atender às concepções de justiça social podem ser condições contribuintes para a insegurança jurídica dos agentes econômicos?

A justiça social que será analisada, não é aquela que faz parte da retórica dos políticos, que está na concepção de um dever-ser, a partir da execução de determinadas políticas públicas de caráter distributivista. A justiça social que será estudada vem da ação prática dos operadores de justiça que alteram o significado da lei e dos contratos, a fim de sintonizá-los com as condições sociais da parte mais desfavorecida.

Nesse sentido, será estudado como que a ideologia do Direito Alternativo pode ser capaz de produzir a sensação de insegurança jurídica nos agentes econômicos. Para tanto, uma hipótese será formulada para justificar a insegurança jurídica dos agentes econômicos.

I-2 - HIPÓTESE

A insegurança jurídica poderia, então, ser derivada da quebra de confiança no ordenamento jurídico por conta da doutrina ideológica do Direito Alternativo que prevê, inclusive, a formulação de sentenças judiciais que se fundamentem de maneira *contra legem*. Para que os atos praticados na sociedade tenham segurança jurídica, as normas precisam ser claras, certas e previsíveis. Em consequência disso, a hipótese a ser estudada ficaria, assim, formulada:

Hipótese Principal:

Decisões judiciais, sintonizadas com a ideologia do Direito Alternativo, ao destacarem as desigualdades socioeconômicas das partes, como requisito relevante para a satisfação da pretensão judicial, seria um fator contribuinte para criar uma percepção de insegurança jurídica nos agentes econômicos.

Hipóteses secundárias:

- a) As práticas e os discursos adotados por autoridades, que militam na área jurídica, subentenderiam a valorização das condições sociais das partes como fator relevante no julgamento da conduta do agente iria ao encontro das transformações do direito;
- b) o inadimplemento do contrato ou o estabelecimento de uma nova interpretação da ordem legal seriam justificados devido ao fenômeno da exclusão social; e
- c) a fim de corrigir as injustiças sociais, a mitigação legal e moral da responsabilidade individual seria justificada, a fim de contribuir para melhorar a distribuição de renda.

A atuação do Direito Alternativo, ao ir de encontro às regras estabelecidas, a fim de materializar um dever-ser e de uma maior distribuição de renda, solaparia a sensação de segurança transmitida pela

norma, o que poderia levar a iniciativa empresarial a refluir, a ponto de sustar a intenção de investimento.

Essa ideologia anularia o princípio de que as regras precisam ser claras e certas para serem confiáveis. Isto é, as regras precisariam ser oriundas de uma legislação tornada legal pelo poder político, mas que, além disso, deve ser legitimada pela sociedade.

I-3 - A LEGITIMIDADE DA LEGISLAÇÃO

O que torna legítimo uma legislação é o seu reconhecimento pela população que será por ela regulada. A legitimidade não poderia prevalecer em uma sentença que, deliberadamente, contraria o que existe codificado. Os códigos vêm aperfeiçoando-se através da história, mas preservam a tradição dos sistemas jurídicos antigos, porque são formalizados quando o procedimento já é aceito pela sociedade. O ordenamento legal retrata o que o conjunto da sociedade, culturalmente, considera como certo.

O sistema legal ocidental, por assumir que todos podem intentar um objetivo qualquer, desde que se responsabilizem pelos meios aplicados, guarda memória com o sistema jurídico romano. Isto é, *Pacta Sunt Servanda*; é a tradição do sistema romano que fundamenta o pensamento jurídico brasileiro. Tal pensamento vem sendo, subliminarmente, solapado pelo sistema jurídico fundamentado pela ideologia do Direito Achado na Rua.

Nesse sentido, será inicialmente estudado, portanto, que o

sistema jurídico ocidental vigente guarda tradições que foram criadas espontaneamente pela prática jurídica desde a época dos romanos. Seja pela forma estatuída, seja pela forma consuetudinária.

II – O ATAVISMO DA JUSTIÇA COLETIVISTA

Este capítulo irá apresentar uma base teórica de sociologia política e jurídica que pretende iluminar o fluxo histórico dos sistemas jurídicos e políticos da sociedade ocidental. A idéia-força estará aqui apresentada por intermédio de conceitos elaborados por Durkheim, Popper e Weber.

Na primeira parte deste capítulo, com base no conceito de solidariedade social de Durkheim, será analisado como que as sociedades se estruturam em termos jurídicos. Se os grupamentos humanos se aglutinam em termos de solidariedade mecânica, então a sociedade seria de característica tribal e produziria um sistema jurídico de tipo repressivo. Se estão unidos conforme a solidariedade orgânica, a sociedade seria complexa e produziria um sistema jurídico de caráter restitutivo.

A partir da compreensão de solidariedade de Durkheim, será feita uma analogia conceitual com a tese de sociedade aberta e sociedade fechada de Karl Popper, isto é, uma analogia na qual a sociedade fechada se adequaria à solidariedade mecânica e a aberta à solidariedade orgânica. Isto será exemplificado com uma passagem bíblica do antigo testamento, na qual o sistema jurídico tribal não prevê a responsabilização individual como reparação à conduta ilícita praticada, mas pune o membro com o objetivo de evitar que as forças do destino castiguem toda a comunidade.

Em seguida, empregando a mesma analogia, será analisada como a justiça social, que pressupõe um caráter distributivo dos bens sociais, se adequaria à concepção jurídica de uma sociedade de

características tribais. Isto porque o direito repressivo seria, nos tempos atuais, exercido pelo direito processual que interferiria nos contratos privados, a fim de favorecer as forças do destino, representadas pela justiça social.

O direito repressivo, ao interferir na livre vontade dos contratantes, representaria o retorno ao antigo sistema tribal que iniciou, no passado, a sua derrocada quando as relações comerciais entre as tribos se intensificaram. Isto será destacado com base em Weber, que argumenta que as expectativas juridicamente garantidas, as autorizações, são de especial importância para o desenvolvimento da ordem econômica. Autorizações que teriam fundamento em um direito de natureza permissiva, isto é, que autoriza o indivíduo a livremente usar o talento em prol de seu próprio progresso.

As autorizações indicariam um fundamento não existente em sociedades tribais: a igualdade formal entre as partes. Isto porque, numa sociedade complexa, diversificada e ampla, não haveria um *status* social pré-determinado e todos seriam livres para buscar uma posição mais confortável. Se os indivíduos seriam livres para buscar um conforto maior, esta organização social somente poderia prevalecer se aqueles assumissem a responsabilidade pelas decisões tomadas. A responsabilidade e a liberdade individual representaram, segundo Popper, a principal característica da revolução pela qual passa a sociedade ocidental, saindo do tribalismo em direção a uma sociedade complexa.

Esta revolução em andamento se utilizou de fundamentos

jurídicos que lhe deram as garantias para a estruturação formal da sociedade. Tais garantias são institucionalizadas pelas legislações jurídicas vigentes no mundo ocidental.

II-1 - A ESTRUTURAÇÃO POLÍTICA DO DIREITO OCIDENTAL

Das várias legislações jurídicas em vigor no mundo ocidental, pode-se afirmar que derivam de dois grandes sistemas originais. Os povos de influência anglo-saxônica definem o direito pela chamada *common law*, enquanto que, para os povos da Europa Continental e seus transplantes ultramarinos, a regra jurídica é formalizada conforme a tradição romana.

A *common law* é um sistema jurisdicional no qual a fonte fundamental do direito advém dos costumes das comunidades e é afirmado por intermédio da jurisprudência dos tribunais, ao apreciarem casos concretos que lhes chegam pelas partes interessadas.

Nos sistemas de tradição romana, o arcabouço jurídico é debatido e assentado pelas assembléias legislativas dos diversos países, ao prescreverem normas gerais com a finalidade de orientar ações específicas. Enquanto o sistema jurídico de tradição romana parte do geral ou abstrato para balizar o comportamento específico, o sistema do *common law* aprecia um caso específico, em face dos costumes, culturalmente assentados, e estipula como os casos gerais futuros devem ser ponderados.

Desses diferentes mecanismos, pode-se vislumbrar a maneira pela qual a sociedade anglo-saxônica e a romana se organizaram politicamente. Os anglo-saxões, ao priorizarem os costumes das

comunidades, permitiram que o direito fosse determinado na base da sociedade, o que é um indício de que as comunidades possuíam autonomia em relação ao centro.

Já para os romanos, o direito era codificado e generalizado em todo o império, de maneira que somente os pretores, magistrados republicanos e os senadores tinham a incumbência de editar as normas. Tal procedimento indica que o direito era formulado pela elite dirigente, no topo da estrutura social.

Os pretores eram funcionários de Roma com o objetivo de levar a justiça às províncias. Muitas vezes, durante a expansão do império, o pretor declarava o direito nos novos territórios, em virtude de não haver ainda uma codificação que se adequasse ao caso concreto por ele analisado. À medida que Roma foi-se desenvolvendo, as leis tornaram-se positivadas. No Alto Império (27 a.C. a 284 d. C.), os pretores julgavam os casos concretos usando como fonte as leis já editadas.

Eram fontes do direito os costumes, as leis comiciais, os editos dos magistrados, a jurisprudência, etc. As leis comiciais eram propostas pelo imperador aos comícios (...)

Quanto aos editos dos magistrados, pode-se dizer que, no Alto Império, os magistrados republicanos logo perderam o *ius edicendi* (direito de editar). Os pretores ainda o mantiveram por algumas décadas, mas, por fim, limitavam-se a copiar o edito de seus antecessores. Adriano (117 a 138), finalmente, encarregou o juriconsulto Sálvio Juliano de fixar e sistematizar em um único texto os editos pretorianos. A obra denominou-se Edito Perpétuo, por ser imutável. A partir daí, os pretores só podiam inovar por solicitação do imperador ou do senado. (Fiúza, 2003, 51p.)

Ambos os sistemas jurídicos possuíam vantagens e desvantagens, ainda que um garantisse a autonomia da comunidade e o outro centralizasse as decisões na cúpula dirigente.

Partindo desses dois princípios, é possível antever uma relação

direta entre o modo de organização social e o sistema jurídico nela aplicado. Nas sociedades de origem anglo-saxônica, os indivíduos demonstram mais participação e compromisso com a vida política¹ do que aqueles de origem latina, que foram habituados a esperar as decisões da cúpula. Assim, no primeiro sistema, as prerrogativas individuais são imperiosas e podem servir como balizadores de condutas futuras, a partir do momento em que os órgãos jurisdicionais forem suscitados a emitir uma opinião sobre a correção de uma outra ação individual.

Não se quer dizer que o sistema de origem romana tenha uma natureza aristocrática, não considerando as pretensões de justiça da população. A cúpula governante poderia, da mesma maneira que o juiz saxão, captar os valores organizadores pela sociedade e emitir uma norma geral que normalizasse as futuras ações individuais de acordo com a cultura social vigente.

A diferença fundamental entre os dois sistemas jurídicos reside na fonte original do direito. Enquanto o romano pressupõe, como fonte primária, a formulação de um dever-ser pelo parlamento, o saxão capta o sentido do dever-ser nas interações sociais dos membros da comunidade. O direito, nas duas organizações sociais, reflete o modo de organização social da coletividade.

Isso foi percebido por Émile Durkheim, ao afirmar que os sistemas legais indicam a característica da solidariedade de uma sociedade.

¹ Em apoio a este ponto de vista, veja-se, por exemplo, TOCQUEVILLE, Alexis de, *A Democracia na América*, vol. 2, (capítulo sobre o “Interesse bem compreendido”) Martins Fontes Editora, 2000, pág 151.

Émile Durkheim não teve uma formação jurídica, porém, outorgava importância ao Direito na sua teoria da consciência coletiva e das solidariedades sociais (...) Em sua opinião, é segundo o tipo de direito que se pode distinguir **empiricamente** a solidariedade mecânica da solidariedade orgânica, pois a primeira está dominada pelo direito repressivo, assim como a segunda se caracteriza pelo direito restitutivo.² **O direito repressivo é a expressão de uma consciência coletiva forte (grifo nosso)**, enquanto o direito restitutivo progride nas sociedades onde a consciência individual se desenvolve, ao passo que retrocede o império da consciência coletiva. (Rojo & Azevedo, 2005, 18p.)

Solidariedade social é um termo idealizado por Durkheim para tratar sobre as organizações sociais, conforme o grau de agregação entre os seus membros.

Solidariedade mecânica seria o tipo de ordem social correspondente às sociedades simples ou com características tribais. Significa dizer que a agregação social seria máxima, de maneira que nenhuma pessoa teria destaque perante as outras, porque “(...) *a vinculação ao grupo é fortemente valorizada, mas, sobretudo, essa vinculação se estabelece com base na fusão dos indivíduos no todo social.* (Boudon & Bourricaud, 2002, 169p.)” Figura-se, assim, uma sociedade estática em que as pessoas, ao serem fundidas no todo social, perderiam a individualidade, a capacidade de decisão e passariam a ter posições e funções definidas, especificadas no organismo social.

A sociedade seria complexa quando a solidariedade fosse orgânica, refletindo que os membros desfrutariam de liberdade para procurar a posição social que melhor lhes aprofundasse, o que possibilitaria existir mobilidade social.

² Direito Restitutivo é o direito civil por excelência, enquanto o direito repressivo corresponderia ao direito penal.

“(...) a diferenciação das atividades produtivas de acordo com critérios de competência e de eficácia é perfeitamente legítima. Em consequência, há uma mudança incessante na hierarquia dos status, que, por outro lado, é geradora de anomia. (Boudon & Bourricaud, 2002, 169p.)”

Os tipos de solidariedade, conforme apresentados, indicam como que o conceito de liberdade é tratado. Numa sociedade organizada sob a forma de solidariedade orgânica, a liberdade individual é incentivada, a fim de permitir aos indivíduos a mais ampla capacidade de decisão. Numa sociedade de solidariedade mecânica, os indivíduos não têm autonomia própria, devendo submeter-se à vontade coletiva. Vontade coletiva ou uma *volonté générale* de Rousseau, que é traduzida por uma minoria dirigente. A partir do grau de liberdade social do indivíduo que é tolerado pelo grupo, os princípios do direito vão ser estabelecidos.

Seguindo a classificação de Durkheim, o direito repressivo, expressão de uma consciência coletiva forte, seria compatível com a sociedade simples ou tribal de solidariedade mecânica, enquanto o restitutivo seria afeto às sociedades complexas ou abertas, onde a consciência individual se manifestaria, conforme ao tipo de solidariedade orgânica.

Considerando que o direito é o principal instrumento de controle social e que a política, como função de governo, se realiza por intermédio de normas convencionadas, consuetudinárias ou reveladas, pode-se concluir que o direito seria a dogmatização da política, porque coagiria a sociedade a agir conforme o que é politicamente aceito.

Se o direito indica o modo de uma sociedade organizar-se politicamente, é pela análise de seu dogmatismo que se pode medir o grau

de solidariedade social que nela existe. Nesse caso, haveria a necessidade de entender o significado do direito repressivo e do restitutivo, para visualizar como efetivamente as sociedades simples e complexas se organizam.

O direito repressivo foi anteriormente comparado ao penal. Contudo, não se deve apenas considerá-lo em função da parte material que qualifica o crime. O direito repressivo, numa sociedade tribal, significaria uma máxima interferência do todo social nas ações privadas. Assim sendo, tal direito seria mais bem entendido, atualmente, no sentido do direito processual, porque, com base neste, a sociedade obtém legitimidade para interferir e julgar a ação privada. O direito processual penal é um ramo do direito público que regula os procedimentos necessários à persecução penal. A persecução, no que se refere ao crime, é obrigatória para o Estado e está a cargo do Ministério Público, já que o delito pode ser considerado um fator de desagregação social em face da insegurança que provoca nos membros de uma comunidade. Como a função do direito processual ou repressivo é manter a coesão grupal, isto leva a concluir que é o próprio grupo o objeto da proteção judicial.

No direito restitutivo, direito civil por excelência, o processo civil, ou a composição da lide, somente ocorre devido à vontade de, no mínimo, uma das partes que estão em litígio e não pela ação da sociedade coletivamente, porque o direito assim dogmatizado assume que o conflito de interesses entre privados não teria porquê afetar o todo. Assim sendo, seria por meio da manifestação da consciência ou da vontade individual que o processo se iniciaria.

Ao analisarem-se os dois tipos de processo, é possível uma analogia com as diferentes solidariedades “durkheimianas”. Como nas sociedades tribais, simples ou fechadas o direito era apenas repressivo, cuja obrigação da persecução processual é da coletividade, os conflitos somente poderiam ser entendidos como um mal que afetava a sociedade de uma maneira geral. Já nas sociedades complexas ou abertas, havendo a composição da lide pela vontade das partes legítimas, o direito restitutivo assinalaria a existência da prerrogativa do indivíduo, ao reputá-lo como sujeito de direito.

Numa sociedade tribal, como os membros estariam amalgamados no todo social, não sobraria espaço para a manifestação da consciência individual, capaz de criar a noção de responsabilidade pessoal. Na sociedade complexa, em função da autonomia da pessoa, a responsabilização individual seria um requisito de segurança, porque o indivíduo seria o sujeito de direito e senhor de seu destino, sendo, portanto, responsável pelas suas ações.

Durkheim, ao dizer que *“direito restitutivo progride nas sociedades onde a consciência individual se desenvolve, ao passo que retrocede o império da consciência coletiva (Rojo & Azevedo, 2005, 18p.)”*, transmite a idéia que a transformação do direito é um processo, de maneira que as diversas sociedades humanas não estariam no mesmo estágio social.

Significa dizer que os diferentes matizes de solidariedades variariam de uma maior influência da coletividade para uma maior influência

da consciência individual. Dessa forma, poder-se-ia medir a influência da herança coletivista ou individualista à medida que se dimensiona a interferência do corpo coletivo em negócios entre pessoas. Isto é, quanto mais os interesses privados dos indivíduos estiverem sujeitos aos fins da coletividade, determinados pela minoria governante, mais visível é prevalência do direito repressivo sobre os seus membros, o que indicaria uma solidariedade típica do coletivismo tribal.

Similarmente, Popper considera o fenômeno de passagem das sociedades tribais para as sociedades abertas como um processo em andamento, o qual, desde a época dos gregos, representa a principal revolução por que passa a civilização ocidental. *“Nossa civilização ocidental teve origem com os gregos. Foram eles, parece, os primeiros a dar o passo do tribalismo para o humanitarismo. (Popper, 1987, vol. I, 187p.)”*

Popper destaca o advento da democracia em Atenas como o primeiro passo rumo à sociedade aberta. A democracia, numa sociedade aberta, poderia ser simbolizada pela maneira de Péricles, o seu fundador, entender o processo político. Ele defendia, em 430 a.C., que *“embora somente poucos possam dar origem a uma política, somos todos capazes de julgá-la. (Popper, 1987, vol. I 21p.)”*

Essa nova concepção representaria uma clivagem em relação ao tribalismo, que até então era a única forma de organização social. Popper argumenta que as sociedades tribais não são iguais, contudo, existiriam certas características comuns a todas: *“Refiro-me à sua atitude mágica ou irracional para com os costumes da vida social e à correspondente rigidez*

desses costumes. (Popper, 1987, vol. I 187p.)”

A atitude mágica ou irracional para com os costumes derivava do entendimento de que as regularidades costumeiras ou convencionais eram confundidas com as naturais, isto é, os ciclos meteorológicos de secas ou inundações provocavam, na população, dúvidas sobre se a tribo ou um de seus membros teria tido um comportamento impróprio, já que sofriam a vingança de alguma entidade sobrenatural. Na concepção tribal, a legitimidade de um comportamento, originado de um costume antigo ou de uma convenção para manter a harmonia social, teria que ser derivada de uma força sobrenatural ou do destino, cujo significado somente era decifrado por chefes de rituais. Em conseqüência, dada a regularidade dos fenômenos naturais, as mudanças normativas eram raras.

Fora dessas mudanças – que são raras – os tabus regulam e dominam rigidamente todos os aspectos da vida. Não deixam buracos. Nessa forma de vida, são poucos os problemas e nenhum equivalente aos problemas morais. (...) O modo reto é sempre determinado, embora, para segui-lo dificuldades devem ser superadas. É determinado pelos tabus, pelas mágicas instituições tribais, que nunca podem ser objeto de consideração crítica (...) (Popper, 1987, 187/188p.)

Considerando esses aspectos mágicos como uma das características das sociedades fechadas, a declaração de Péricles soa, de fato, como algo revolucionário. Ao afirmar que as políticas são feitas por alguns, depreende-se que a origem sobrenatural das normas passou a ser contestada. Isto deve ter permitido a compreensão de que a organização social se faz pelo convencionalismo e pelos costumes, ou seja, é intrinsecamente humana. Conseqüentemente, ao reconhecer que cada pessoa teria capacidade de julgar uma política, significaria dizer que a consciência individual ganhou relevância e responsabilidade, por ser capaz

de definir os rumos da sociedade, já que seria possível emitir considerações críticas a respeito das instituições sociais. Em síntese, as ações sociais e políticas, segundo Péricles, passariam a depender apenas da racionalidade e da vontade humana.

Organizadas em rituais mágicos de raras mudanças, as sociedades fechadas corresponderiam às sociedades simples ou tribais de Durkheim, pois a solidariedade mecânica não facilitaria uma atitude crítica por parte de seus membros, porque *a vinculação se estabelece com base na fusão dos indivíduos no todo sócia.* (Boudon & Bourricaud, 2002, 169p.)

Uma sociedade fechada, no seu aspecto mais completo, pode ser justamente comparada a um organismo. (...) se assemelha a uma horda ou tribo por ser uma unidade semi-orgânica cujos membros são mantidos juntos por laços semi-orgânicos – **parentesco**, coabitação, **participação nos esforços comuns**, nos perigos comuns, nas alegrias e aflições comuns.

É ainda um **grupo concreto de indivíduos concretos**, relacionados uns com os outros não só por abstratas relações sociais tais como a divisão do trabalho, e o **intercâmbio das utilidades**, como por concretas relações físicas, tais como tacto, o olfato, a vista. (Popper, 1987, vol. I, 188/189p.) (grifos nossos)

Um grupo concreto de indivíduos concretos seria uma boa imagem de uma antiga sociedade tribal ou coletivista, porque, em virtude dos perigos naturais em mundo sem tecnologia, a participação nos esforços comuns seria uma decorrência do instinto gregário em função da necessidade de sobrevivência da comunidade, em um mundo ainda não controlado pelo engenho humano.

A fim de mostrar como uma transgressão individual poderia significar prejuízo para todos, a Bíblia, no Antigo Testamento, traz a passagem sobre o crime e punição de Acã, conforme testemunhado por Josué, no capítulo 7:

1 Os israelitas cometeram uma infidelidade a respeito do interdito. Acã, filho de Carmi, filho de Zabdi, filho de Zara, da tribo de Judá reteve para si algumas coisas condenadas, e a **cólera do Senhor inflamou-se contra os israelitas.**

2 Josué enviou de Jericó homens a Hai (...) Três mil homens aproximadamente se puseram a caminho, mas foram batidos pela gente de Hai. (...) o povo ficou consternado e por isso perdeu toda a coragem.

6 Josué (...) prostrou-se com a face por terra diante da arca do Senhor, tanto ele como os anciões de Israel "Ah Senhor porque fizestes este povo passar o Jordão, para nos entregardes nas mãos dos amorreus que nos destruirão."

10 Então o Senhor disse a Josué: Israel pecou, a ponto de violar a aliança que eu lhe tinha prescrito, e a ponto de tomar coisas votadas ao interdito, roubá-las, escondê-las entre as bagagens. Eis porque os israelitas não puderam resistir aos seus inimigos (...) Se não tirardes o interdito do meio de vós, não estarei mais convosco. (...) 15 Aquele que for designado como possuidor do interdito será queimado, ele e tudo o que lhe pertence (...)

16 No dia seguinte pela manhã, **Josué mandou vir o povo**, tribo por tribo, e a sorte caiu sobre a tribo de Judá. 17 Em seguida, aproximou-se as famílias de Judá e a sorte indicou a família de Zara (...)

19 (...) Acã respondeu a Josué: Eis o que fiz: vi no meio dos despojos um belo manto, duzentos siclos de prata e uma barra de ouro, **cobiçando-os tomei-os.** (grifos nossos)

Após Acã ter confessado o seu crime foi lapidado e queimado, de acordo com os costumes e com as ordens do Senhor. Ao ser eliminado o interdito, o povo de Israel conseguiria a vitória, conforme Josué, capítulo 8:

O senhor disse em seguida a Josué: Não temas nem tenha cuidados. (...) Tratarás Hai e seu rei como fizeste com Jericó e seu rei; **mas os despojos e os rebanhos reparti-los-ei entre vós.** (grifos nossos)

Estas passagens bíblicas retratam perfeitamente as características da organização social de uma sociedade tribal ou fechada:

- 1) Primeiramente, ressalta-se a atitude mágica para com o fracasso militar. Sem considerar um erro tático ou estratégico, Josué, por meio de uma revelação de oráculo, o interpretou como sendo um castigo divino.
- 2) Da mesma forma, o povo de Israel, com mais de três mil guerreiros, se assemelharia a um grupo concreto de

indivíduos concretos, pois o patriarca foi capaz de identificar um indivíduo em meio a todas as tribos e a todas as famílias como se fossem parentes consangüíneos.

- 3) Dada a característica orgânica da tribo, por estar cada membro imerso no todo social, o destino do povo de Israel estaria em comunhão com o comportamento de cada um, de maneira que, quando Acã transgrediu o interdito, toda a tribo sofreu as conseqüências.
- 4) Percebe-se também a importância do intercâmbio das utilidades, pois somente venceriam Hai se dividissem os despojos e os rebanhos entre os membros.
- 5) Por fim, verifica-se que a punição imposta a Acã não tinha a finalidade de castigo pelo deslize do comportamento individual, mas sim para livrar a tribo de uma má vontade divina.

Baseadas na tradição tribal coletiva, as instituições não deixam campo à responsabilidade pessoal. Os tabus que estabelecem certa forma de responsabilidade de grupo podem ser os precursores do que chamamos responsabilidade pessoal, mas diferem fundamentalmente dela. Não se baseiam num princípio de explicabilidade razoável, **mas antes em idéias mágicas, como a de apaziguar as forças do destino.** (Popper, 1987, vol. I, 188p.) (grifo nosso)

Ainda que se possa considerar essa passagem bíblica como uma estrutura social superada ou como uma descrição fantasiosa por ter função religiosa, não se pode deixar de perceber que reminiscências dessa tradição social ainda permanecem com força moral nos dias de hoje.

O tema bíblico destaca que o caos social, que se abateu sobre o povo de Israel, se deveu à imoralidade da apropriação individual dos bens

que deveriam pertencer à comunidade, pois era lícito reter os despojos do vencido, desde que dividido entre os membros do povo. Poder-se-ia dizer que Acã, com o seu egoísmo individual, não observou a moralidade da justiça distributiva e, por não repartir os bens apropriados, prejudicou a coletividade e foi punido por isso.

Nos tempos atuais há fundamentações morais, que admitem que os conflitos sociais ou a luta de classes são causados pelo modo de produção, o qual facilita alguns se apropriarem de bens que deveriam ser mais bem distribuídos entre os membros da sociedade. Ou seja, a justiça distributiva ressurgiu como solução moral para os males sociais, resgatando a imagem bíblica de que apropriação individual é um roubo, independentemente da forma de aquisição, ao obrigar algumas pessoas a cederem parte de sua propriedade para a coletividade.

Portanto, a justiça distributiva, dos tempos atuais, ao justificar moralmente a ação coativa para distribuir os bens a todos igualmente, teria aquele valor do direito repressivo sofrido por Acã, conforme a passagem bíblica. Isto é, o todo social, de certa forma, poderia interferir na atuação privada de alguns membros que sobressaíssem individualmente, o que seria atávico às sociedades tribais ou coletivistas, de acordo com o apresentado por Durkheim e Popper. A posição na hierarquia social coletivista seria estática e não comportaria o destaque individual de alguns, ainda que tenham demonstrado méritos para tal.

Considerando-se o princípio jurídico no qual para a cada direito corresponde uma obrigação, a justiça distributiva teria a função de transferir,

para a sociedade, a obrigação de repartir os bens que cada membro teria direito.

A sociedade, para exercer essa função, não poderia ser considerada como um conjunto de interações individuais aleatórias, que formaria uma ordem espontânea resultante dos conhecimentos adquiridos pelos acertos e erros decorrentes de tais relações humanas. A sociedade, para ser instada a cumprir a obrigação de garantir o bem-estar entre os membros, deveria ser concebida como um órgão que tivesse uma estrutura organizada com personalidade jurídica, para poder atuar em todas as áreas dos desejos coletivos dos membros e para figurar como parte numa relação processual. Ou seja, deveria ser imaginada como uma estrutura, coordenada por uma elite governante, que teria a função cobrir todos os aspectos das relações entre os membros, uma vez que poderia vir a ser cobrada sobre inúmeros aspectos da vida social.

A sociedade, assim concebida, seria tal como um organismo, no qual os membros teriam uma “*vinculação que se estabelece com base na fusão dos indivíduos no todo social. (Boudon & Bourricaud, 2002, 169p.)*” A sociedade seria, portanto, uma organização humana que teria, entre outras, a função de garantir direitos aos membros.

É evidente que todos esses direitos são baseados na interpretação da sociedade como um organização deliberadamente feita por todos. Ela não poderia ser concebida dentro de um sistema de regras baseadas na responsabilidade individual. Requereria que o todo seja convertido em uma organização singular, ou seja, em um totalitarismo no estrito senso da palavra. (Hayek, 1976, 104p.)

Por conta disso, é possível captar que a atuação da justiça distributiva seria compatível com a organização social do tipo coletivista,

onde o indivíduo teria uma posição fixa no tecido social e porque, *“baseadas na tradição tribal coletiva, as instituições não deixam campo à responsabilidade pessoal. (Popper, 1987, vol. I, 188 p.)”* Isto é, o indivíduo seria poupado do esforço, do talento e da responsabilidade para adquirir o que quisesse. Caberia ao organismo social a obrigação de estabelecer mecanismos jurídicos e políticos para distribuir os bens disponíveis entre os membros, ainda que para isso, algum membro tivesse que ser obrigado a ceder parte de seu patrimônio, a fim de aplacar os conflitos sociais, como forma de adequar-se aos preceitos morais da tribo.

Como exemplo atual desses fundamentos morais, coletivistas e seculares, cita-se a entrevista do juiz David Diniz Dantas, de Ribeirão Preto, à revista Isto É, do dia 05 de maio de 2004, cuja manchete destaca: *“Juiz Federal inova com decisões baseadas nas condições sociais, e não apenas no que diz o texto das leis: Só princípios não são suficientes.”* No decorrer da entrevista, o juiz alega que, além de seguir a lei, é necessário incorporar princípios morais tal como a igualdade e a solidariedade. Para fundamentar a sua interpretação da justiça, exemplifica:

“(...) Como o despejo de um senhor de 90 anos de idade. Realmente ele não pagara o aluguel, e todos os requisitos legais para ele ser despejado estavam presentes. Mas pergunta-se: será que o juiz precisa mesmo determinar o despejo? Temos princípios morais que protegem esse senhor, que são a proteção ao idoso, o direito à moradia. Portanto, o julgador pode analisar essa questão à luz desses princípios morais para fazer um julgamento que tenha muito maior poder de persuasão e aceitação pela sociedade do que a aplicação do rigor. (Isto É, 5/5/2004)”

Como se vê, a responsabilidade individual do locatário foi anulada, porque o juiz demonstrou crer que a sentença produziria maior persuasão e aceitação pela sociedade. Seria o modo inverso da proposta de

Kant sobre a diferença a respeito do alcance da legislação moral e da legislação jurídica. A legislação moral teria tanta força vinculante como a legislação jurídica.

O direito seria então ampliado, açambarcando a legislação moral e passaria a ter uma motivação que justificasse as normas. Aplacaria, assim, os possíveis futuros conflitos sociais, porque transferiria a responsabilidade individual, estabelecida no contrato legal de locação, para a estrutura social, que seria obrigada moralmente a redistribuir os bens sociais, ainda que privados. No caso exemplificado, o direito à moradia do senhor, garantido pela sociedade, suplantou o direito individual do locador à propriedade. Diz Popper: *“Os tabus que estabelecem certa forma de responsabilidade de grupo (...) não se baseiam num princípio de explicabilidade razoável, mas antes em idéias mágicas, como a de apaziguar as forças do destino”*.

Do argumento do juiz, pode-se deduzir que a responsabilidade de grupo seria o próprio direito repressivo interferindo na livre manifestação da vontade entre as partes contratantes, para ajudar as forças do destino em direção à justiça social. Se for lembrado que o discurso sobre a justiça social utiliza a filosofia da história, categorizando de progressista os seus ideais, então, a postura do juiz, ao restringir o direito de propriedade do locador, estaria sintonizada com as forças do destino histórico que levariam a um igualitarismo social.

Da mesma forma, ao afirmar que a decisão teria muito maior poder de persuasão e aceitação pela sociedade do que a aplicação do rigor

da lei do inquilinato se pode compreender que o julgador não utilizou uma explicação razoável. Isso porque o locador, ao exigir a reintegração na posse de sua propriedade, não estaria requerendo nada absurdo dentro de uma sociedade organizada espontaneamente, mas sim contrariando as forças de um destino igualitário. Nesse exemplo, o direito repressivo superou o restitutivo, no sentido de limitar o direito de propriedade individual, a fim de manter a coerência com o historicismo da justiça social.

A repressão, no sentido da intervenção direta da autoridade superior, ao mais bem sucedido em favor do menos, é compatível em um ambiente familiar restrito ou no caso dos clãs. É comum, e até aceitável, que os pais obriguem o filho inteligente a ajudar os outros, bem como protegerem o pródigo em detrimento do filho vencedor. A família até toleraria o inadimplemento de uma promessa por parte de algum parente, dividindo o prejuízo entre todos, entretanto, não acharia justo que um vizinho lhe “passasse a perna”. Comparando-se a família como uma sociedade fechada, pode-se vislumbrar que a distribuição de recursos por parte de uma autoridade coatora seria moralmente aceitável nesse tipo de estrutura social.

O direito de considerar-se membro de uma comunidade doméstica, de um clã ou de uma associação política era assunto interno unicamente destes grupos. (...) pois uma das normas básicas de toda a espécie de confraternização ou comunidade de piedade era a de que o irmão não podia levar irmão perante juiz ou depor contra ele. (...) Vingar os delitos cometidos entre eles era coisa dos espíritos, dos deuses, do poder sacerdotal de proscricção, do poder doméstico ou da justiça de linchamento da associação. (Weber, 1999, 21p.)

Como apresentado, uma das principais características sociológicas de uma sociedade fechada é a participação comum nos esforços comuns. Nas relações familiares, a participação coletiva decorre do

forte vínculo emotivo existente entre os membros. Por causa desse vínculo, *a idéia de uma obrigação nascida do contrato era totalmente estranha aos direitos primitivos (Weber, 1999, 21p.)*, havendo, portanto, a soberania do direito repressivo intracomunidade.

Em uma sociedade diversificada, dispersa e ampla, o direito unicamente repressivo não teria a mesma aceitação que tem na família. Este tipo de sociedade não produz o vínculo emotivo capaz de coagir os bem sucedidos a perdoarem, relevar a imprevidência ou a irresponsabilidade de alguns, porque não forma uma sociedade concreta de indivíduos concretos. As relações, na maioria das vezes, são abstratas, haja vista os indivíduos interagirem sem que um conheça pessoalmente o outro. Nesse caso, o direito repressivo representaria uma grande injustiça, pois como os indivíduos não teriam posições determinadas, tenderiam a se considerarem iguais e não haveria espaço para condescendências interpartes por faltar o vínculo emocional.

De tais concepções formalmente igualitárias decorre, logicamente, a necessidade da responsabilização pessoal, especialmente, nas relações de direito privado, porque estas são eminentemente voluntárias. A ação voluntária, num corpo social, representa a existência de autonomia e da capacidade de decisão individual, as quais, conseqüentemente, implicam responsabilidade por parte do agente e que, por isso, pode vir a ser obrigado a agir conforme o que estabeleceu voluntariamente.

As relações de direito privado que mais claramente se

fundamentam na autonomia do livre arbítrio são as contratuais. Quando as tribos iniciaram relações comerciais entre si, a estrutura jurídica, antes somente repressiva, se desenvolveu, incorporando a restitutiva. Isto porque o intercâmbio mercantil somente se poderia realizar com base em outro sistema de justiça, que reconhecesse a impossibilidade de submeter o outro grupo às normas impositivas do primeiro. Como as relações comerciais se estabelecem porque as partes, em igualdade de condições, voluntariamente chegam a um acordo, houve a necessidade de estruturar um instrumento capaz de formalizar a livre vontade das tribos. Tal instrumento seria o contrato, que somente pôde encontrar fundamento lógico em disposições jurídicas de natureza permissiva, ou seja, normas que autorizam as pessoas fazerem ou deixarem de fazer determinada coisa sem a intervenção de terceiros.

(...) expectativas juridicamente garantidas, as “autorizações”, em sua extensão e natureza, são de especial importância para o desenvolvimento da ordem econômica. Compreendem dois aspectos: Primeiro, os chamados “direitos de liberdade”, isto é, a simples proteção contra determinadas perturbações por parte de terceiros, e, especialmente, por parte do aparato estatal (...) Além disso, deixam também à discricção dos indivíduos o regulamento autônomo, dentro de determinados limites, de suas relações recíprocas, mediante acordos jurídicos.(...) onde predomina a economia fechada, sem troca, o direito tem, naturalmente a função de delimitar, exteriormente, como complexos de relações jurídicas e mediante disposições imperativas ou proibitivas, (...) uma esfera de liberdade, determinada pelo nascimento ou por outros fatores extra-econômicos. “Liberdade” significa, no sentido jurídico, ter direitos efetivos e potenciais. Estes, porém, numa comunidade sem mercado, devido à natureza dessa, não se baseiam, em sua maioria, em “acordos jurídicos” celebrados pelos indivíduos, mas sim diretamente nas disposições imperativas ou impositivas do direito. (Weber, 1.999, 15p.)

Deste modo, pode-se vislumbrar que o comércio entre as tribos foi o fato desencadeador que formalizaria um direito privado nas suas estruturas sociais, ao incorporar o livre arbítrio nos pressupostos jurídicos

dos contratos comerciais. Portanto, é factível vislumbrar que tal direito se tenha incorporado ao sistema jurídico da própria tribo, permitindo uma maior liberdade e autonomia individual, à medida que as relações comerciais se tornavam mais freqüentes e mais difundidas entre seus membros.

Significa dizer que a possibilidade de maior autonomia da pessoa física enfraqueceu a rígida absorção da individualidade no todo social, libertando os indivíduos de sua posição fixa no organismo social e levando a tribo a caminhar em direção a uma sociedade aberta.

Talvez a mais poderosa causa da queda da sociedade fechada tenha sido o desenvolvimento das comunicações marítimas e do comércio. O estreito contato com outras tribos é suscetível de minar o sentimento de necessidade com que são encaradas as instituições tribais; e o comércio, a iniciativa individual e a independência podem afirmar-se mesmo numa sociedade em que ainda prevaleça o tribalismo. (Popper, 1987, vol I, 193p.)

Enquanto o direito repressivo tinha como objetivo a manutenção do sentimento de necessidade entre os membros da tribo, o direito restitutivo viria a fundamentar-se na autonomia individual, pois é devido a ela que se pode vincular a pessoa à sua vontade. *Pacta Sunt Servanda*; assim dogmatizaram os romanos como um princípio do direito do cidadão, o que garantiu a expansão do individualismo, que é a base das sociedades abertas ou complexas.

A responsabilidade pessoal seria, portanto, a garantia moral das sociedades abertas, porque nestas não existe direito privado sem uma respectiva obrigação. As sociedades, nas quais os indivíduos são confrontados com decisões pessoais, tendem para um tipo de sociedade abstrata. Para qualificar o que seria essa sociedade, onde a imagem de um grupo concreto de homens perderia o significado, Popper lançou mão de um

exemplo, à época, por ele considerado um exagero.

Poderíamos conceber uma sociedade em que os homens praticamente nunca se encontrassem face a face, em que todos os negócios fossem conduzidos por indivíduos isolados, a se comunicarem por cartas datilografadas ou telegramas e a andarem em automóveis fechados. (A inseminação artificial permitiria mesmo a propagação da espécie sem um elemento pessoal) (Popper, 1987, vol. I, 190p.)

O aparente paroxismo de uma sociedade aberta, descrito por Popper, há 50 anos, se tornou realidade. Este admirável mundo novo permite verdadeiramente que contratos comerciais se realizem, via internet, sem que as parte se encontrem; que pessoas se locomovam sozinhas pelo mundo; e que indivíduos isolados possam ter filhos, bastando que contratem, sem a necessidade de conhecerem-se pessoalmente, uma “mãe de aluguel” ou adquiram esperma, a fim de realizar uma fecundação *in vitro*, para gerar o rebento.

Como é perceptível, a capacidade de realização individual está em contínua expansão, o que permite visualizar a abertura da sociedade como um processo ainda em desenvolvimento.

Dado o nível de abstração das relações alcançado na sociedade atual, o antagonismo entre a coesão tribal e o isolamento dos indivíduos se acentua, porque “(...) *a configuração biológica não mudou muito; os homens têm necessidades sociais que não podem satisfazer numa sociedade abstrata.* (Popper, 1987, vol. I, 190p.)” Talvez por isso, muitos discursos políticos e jurídicos, que usam como justificção moral para a vida social um igualitarismo econômico, podem indicar, em contrapartida, que o coletivismo ainda representa uma força centrípeta na sociedade moderna. Seria, talvez, o caso daqueles que defendem a justiça social como um fator

de equilíbrio, pois a sociedade aberta, ao permitir uma grande liberdade para ascender socialmente, tende a atomizar e diferenciar os indivíduos, trazendo-lhes alguma infelicidade, mesmo para aqueles que progridem.

As duas estruturas sociais apresentadas, em seu tipo ideal weberiano, se mostram antagônicas. Uma prioriza a ordem da coletividade, por meio de uma solidariedade mecânica que traz certa segurança, porque cada membro tem o seu lugar garantido no organismo social desde o nascimento até o túmulo, porém sem a possibilidade de decidir sobre o que lhe interessaria. A outra, ao garantir a liberdade de cada um, para lutar pela sua ascensão social, traz, a reboque, o isolamento do indivíduo e o conflito social, ainda que num ambiente amplo para a tomada de decisão.

(...) numa sociedade democrática, muitos membros lutam por elevar-se socialmente e tomar os lugares de outros membros. Isto pode levar, por exemplo, a um fenômeno social tão importante como a luta de classes. Não podemos encontrar nada parecido à luta de classe num organismo. (Popper, 1987, vol. I, 189p.)

Dos conflitos sociais que são testemunhados nas sociedades contemporâneas, dois pontos de vista em relação a eles são possíveis. Um que encara qualquer conflito como uma anomalia na sociedade; o outro que reconhece que determinados conflitos são esperados, em função da liberdade individual existente em uma comunidade com pluralidade de interesses.

Partindo desses pressupostos, modelos de justiça são estruturados. Para aqueles que consideram os conflitos em si como uma patologia social, o sistema jurídico se enquadraria ao modelo repressivo, pois o corpo social não poderia sobreviver se não tratar de suas doenças;

para os que consideram legítimo o conflito de interesses, o direito predominante seria o restitutivo, porque cada indivíduo, conhecedor de suas potencialidades, da sua liberdade e da sua responsabilidade, pode lutar por aquilo que reputasse de importante.

Considerando que a civilização ocidental vive uma realidade social complexa, a maneira de tratar os conflitos de interesses é a principal questão de justiça. Como a natureza humana ainda requer necessidades as quais a sociedade abstrata não pode satisfazer, uma justiça, com enfoque no coletivismo, continua presente e fundamentada em bases que buscam a harmonia social em detrimento de um livre arbítrio do indivíduo.

II-2 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este capítulo teve como fulcro apresentar a justiça distributiva atávica ao coletivismo que organizava a vida social dos antigos, a fim de subsidiar a análise do Direito Alternativo em compatibilidade com esse tipo de estrutura social.

O coletivismo foi então apresentado como uma etapa do desenvolvimento das sociedades ocidentais, cujo processo se iniciou na antiga sociedade grega. O coletivismo vai perdendo a capacidade de orientar a ordem social quando aquela sociedade antiga inicia a passagem do sistema tribal para a sociedade aberta.

Paralelamente à mudança havida na organização da sociedade, foi analisada a transformação ocorrida na natureza do direito. Se em um sistema tribal o direito se adequaria a um modelo repressivo, em uma

sociedade aberta, o direito necessitou incorporar o método restitutivo. O direito restitutivo somente poderia ser incorporado na sociedade se o indivíduo e não a coletividade passasse a ser considerado a unidade básica da relação jurídica.

Partindo do contraste entre a concepção coletivista e individualista da organização social, foram destacadas as diferentes metodologias do direito, no que se refere à responsabilização pelas infrações sociais cometidas. Enquanto as sociedades coletivistas se baseiam em ideais mágicos ou no destino para manter a ordem social, o sistema jurídico da sociedade aberta considera a responsabilidade individual como a base para uma análise de justiça. Isso ficou demonstrado quando foi apresentada a concepção de justiça que regulava a tribo de Acã, conforme a passagem bíblica. A repressão do direito tribal não significava uma punição pela falta cometida, mas uma imolação para evitar que as forças do destino prejudicassem o conjunto social.

Com essa análise comparativa, foi possível demonstrar como que o sistema jurídico de uma sociedade coletivista pode interferir em aspectos de uma decisão que, em análise filosófica, cabe somente ao indivíduo. Para tanto, foi exemplificada a fundamentação do juiz de direito David que, já no século XXI, se utilizou de pressupostos coletivistas para justificar sua sentença, ao priorizar aspectos morais e não considerar a legislação jurídica.

III – ANÁLISE HISTÓRICA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Neste capítulo, serão analisadas as razões históricas que permitem ao coletivismo permanecer como uma referência de valor em conceitos que ajudam a formar a consciência coletiva da sociedade. Esses conceitos ajudam a modificar a percepção da realidade social das sociedades ocidentais, que se baseia em pressupostos que têm como base a liberdade e a decisão dos indivíduos.

Inicialmente será destacado que o coletivismo representa uma ordem social, que permite aos líderes exercerem um maior controle sobre os membros da comunidade. Esse controle estrito da sociedade leva os chefes considerarem-se grandes líderes, aptos a conduzirem toda a comunidade em direção a uma terra prometida. Significa dizer que o coletivismo, ao chegar ao paroxismo de planejar a construção ideal da sociedade, se adequaria ao historicismo, como se fosse uma consequência natural. Isto porque, sendo uma sociedade fechada, o coletivismo admite, conceitualmente, que na sociedade haverá de reinar em um futuro primoroso, haja vista não existir a luta de classes, de modo que pudesse causar transtornos na trilha do progresso. Esta previsão não seria baseada em fundamentos científicos, mas explicar-se-ia em um dogma de fé.

A fé na postura mágica a respeito dos destinos da comunidade, associada a uma organização social que reconheça a lógica da ordem coletiva, permite a explicitação de uma moralidade para a implantação de uma justiça que se orientasse pelos conceitos dos líderes. Como teria a fundamentação ética dos líderes, a justiça faria prevalecer o direito de

caráter repressivo que chegaria a interceder em assuntos privados dos indivíduos.

A interferência do todo social em assuntos privados se daria, hoje, por meio da justiça social. A meta política da justiça social poderia interferir nos contratos, livremente estabelecidos entre indivíduos, a fim de privilegiar a parte socialmente desprestigiada da relação jurídica. O coletivismo, atuando por intermédio da justiça, negaria o pressuposto básico do individualismo do direito vigente, ao associá-lo ao egoísmo.

Ainda na seqüência, será apresentado que a sociedade, ao procurar como fim a justiça social, se transforma em um estado moral. Nesse sentido, será destacado que um estado moral formalizado limitaria, proporcionalmente ao seu apetite moralista, as liberdades individuais, com o objetivo de mais facilmente buscar alcançar o fim mágico.

III-1 - FORMALIZAÇÃO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

A análise da política permite considerar que um corpo social harmônico e fechado, onde cada membro sabe a sua posição na estrutura, é mais fácil de controlar que uma sociedade, onde os indivíduos têm liberdade para buscar as posições que mais lhes convierem.

Para os cientistas, um corpo controlado é um objeto de estudo estável que permite avaliar, com certo grau de precisão, seu comportamento, a fim de fazer previsões ou de planejar a melhor ação para ordenar os acontecimentos futuros.

Aplicando-se essa assertiva às ciências sociais, uma

sociedade fechada seria mais fácil de ser perscrutada porque são estáveis. Seria possível identificar comportamentos sociais que levariam ao seu aperfeiçoamento ou à sua destruição. Como haveria a possibilidade de prever a evolução das estruturas sociais, os operadores políticos poderiam planejar ações que seriam justificadas em função do progresso futuro.

Vê-se, nesse caso, a formação de um sistema perfeito. A previsão social seria o *output* que os filósofos e cientistas demonstrariam após estudarem o objeto controlado, no caso, a sociedade fechada; e, ao mesmo tempo, seria um *input* ou uma justificativa ética a ser usada pelos governantes, a fim de perseguirem o bem comum.

O funcionamento do sistema que utiliza previsões a longo prazo sobre o desenvolvimento das estruturas sociais, com o objetivo de justificar ações políticas, pode ser identificado, como o postulado por Popper, como um sistema historicista. Historicismo seria uma doutrina que explicaria como leis históricas ou evolucionárias específicas controlam a humanidade. Descobrir tais leis capacitaria o filósofo a profetizar o destino humanidade.

Se quanto mais controlado for o objeto, mais fácil de ser estudado, então, um cientista social, ao analisar uma sociedade, terá maior probabilidade de fazer previsões certas se esta for fechada, tal qual uma tribo. Com as previsões à mão, tentadora será a utilização de experiências sociais que acelerem ou retardem o destino histórico.

O tribalismo, isto é, a ênfase sobre a suprema importância da tribo, **sem a qual o indivíduo nada é em absoluto**, é um elemento que encontraremos em muitas formas de teorias historicistas. Outras formas que não são tribalistas podem ainda reter um elemento de coletivismo; podem ainda acentuar a

significação de certo grupo ou coletividade – uma classe – sem a qual o indivíduo nada significaria (Popper, 1987, vol. I, 23p.)

Do exposto, deduz-se que o tribalismo do povo escolhido, o racismo e o marxismo coletivistas teriam as suas fundamentações filosóficas baseadas no historicismo. Ao sustentar que o povo escolhido herdará a terra, esta teoria demonstra claramente a sua inspiração em um destino promissor. Ao utilizar conjecturas biológicas, o racismo argumenta que a raça biologicamente mais capaz deveria governar a todos. Da mesma forma o marxismo que, ao apresentar a interpretação histórica como uma luta pela supremacia econômica, afirma que os proletários, ao tomarem consciência de classe, estariam prontos para conduzir a humanidade rumo a um destino estável e sem conflitos.

Fácil compreender porque Popper sustenta que o coletivismo se fundamenta em dogmas mágicos. O historicismo a ele inerente não se baseia em análises empíricas para assegurar que um povo é o escolhido, que uma raça é a mais capacitada ou que uma classe conduzirá a sociedade. Tal afirmação somente teria sustentação em um dogma de fé, possivelmente revelada por um oráculo.

(...) O Historicista tentaria descobrir a origem e o destino dessas instituições, a fim de estabelecer o verdadeiro papel por elas desempenhado no desenvolvimento da história, avaliando-as, por exemplo, como vontade de Deus, como queridas pelo destino ou como a serviço de importantes tendências históricas. (Popper, 1987, vol. I, 38p.)

Se teorias coletivistas modernas ainda possuem o historicismo no seu pleroma, deve-se procurar descobrir como tal interpretação sobre o desenvolvimento das sociedades chegou até os dias atuais. Se foram os gregos que organizaram, inicialmente, a primeira sociedade democrática,

também é originária deles a escola historicista.

Ainda que Heráclito tenha, primeiramente, concebido a natureza como em constante mudança, ao afirmar que tudo está em fluxo e nada está parado, foi Platão que, por meio de sua Teoria das Formas ou Idéias, imaginou o processo de desenvolvimento histórico da sociedade.

As formas ou idéias em Platão não podem ser imaginadas como se fossem inerentes às coisas, suscetíveis às dimensões de tempo e espaço. Estariam fora, porque seriam eternas.

Cada coisa criada viria de uma forma ou idéia específica. *“Há primeiro a Forma imutável, que é “increada” e indestrutível (...) invisível e imperceptível a qualquer sentido e que só pode ser contemplada pelo puro pensamento. (Popper, 1987, vol. I, 40p.)”*

Considerando a forma primeira como imutável e perfeita, sob influência da teoria do fluxo da natureza de Heráclito, Platão desenvolve uma espécie de historicismo pessimista. Se a forma ou idéia é perfeita, a coisa sensível criada a ela correspondente deverá apresentar sinais de degeneração, porque é uma cópia da perfeição e não ela própria.

Diz Platão: *“As coisas são geradas pela “participação” da forma e decaem pela perda da forma (...) Todas as coisas que compartilham da alma – escreve ele – mudam e, enquanto mudam, são arrastadas pela ordem e lei do destino. (Popper, 1987, vol. I, 50p.)”* Significa dizer que o sentido histórico dos homens, à medida que são coisas geradas por outras, é a degeneração. Portanto, ao inculcar valor à Teoria do Fluxo de Heráclito, Platão admite que a mudança seria má e o repouso, bom, pois não se

afastaria da Forma. Não se afastando da Forma, nem tudo estaria perdido, já que “(...) *uma alma dotada de quota de virtude excepcionalmente grande pode, por força de sua própria vontade, se estiver em comunhão com a virtude divina, tornar-se supremamente virtuosa.* (Popper, 1987, vol. I, 50p.)”

Se, por intermédio da Teoria das Formas, era capaz de predizer o futuro do homem – decadente à medida que se passassem as gerações -, Platão também poderia idealizar a trajetória das sociedades, pois estas são típicas criações humanas. Assim o fez.

Coerente com a teoria, o estado melhor seria somente aquele que se mantivesse semelhante à sua forma típica originária. Considerando que almas dotadas de grande virtude teriam a capacidade de estancar o processo de degeneração e manterem-se supremamente virtuosas, é possível conceber como seria idealizado o estado platônico. Para ser perfeito, “(...) *o melhor estado deveria ser um reinado de homens mais sábios e mais parecidos com os deuses.* (Popper, 1987, vol. 1, 53p.)”

Ao vislumbrar que o Estado perfeito seria aquele governado por semideuses, a fim de manter-se próximo da forma ideal, Platão indica que a concepção ótima de organização seria a típica sociedade tribal ou estática. Isto porque são as sociedades fechadas que requerem intérpretes qualificados para conduzirem os seus membros a um destino seguro ou a uma terra prometida.

Da mesma forma, são essas sociedades as menos suscetíveis a mudanças, pois nela não haveria necessidade de disputa de posições sociais entre os membros, estando garantida a posição de liderança aos

sábios. Assim, o Estado perfeito é aquele que, mantendo estático o seu corpo social, segue o seu destino. Entretanto, se, na forma original, o Estado era governado por quase-deuses, por que a degeneração da sociedade ocorria aos olhos de Platão? A resposta a isso estaria na natureza gananciosa e má do homem.

(...) verifica-se uma mudança; e com ela a luta de Heráclito, a força impulsionadora de todo o movimento. De acordo com Platão, a luta interna, a guerra de classes fomentada por interesses pessoais e especialmente por esses interesses no campo material ou econômico, é a principal força da dinâmica social. A fórmula marxista – “A história de todas as sociedades até agora existentes é uma história de luta de classes – convém quase tão bem ao historicismo de Platão quanto ao de Marx. (Popper, 1987, vol.I, 53p.)

É interessante notar que a ligação de Platão a Marx, sobre a maneira de formar uma sociedade perfeita, passa pela não consideração da natureza do indivíduo como uma variável fundamental, o que vai confirmar o ideal coletivista de ambos, ao considerar o ser humano absorvido pelo todo social. Todavia, enquanto Platão descreve a sociedade ideal como uma lembrança do passado, em função da lei histórica da degeneração, Marx a visualiza como um programa em progresso. Ou seja, ambos concordam que o paraíso é coletivista, mas divergem sobre a direção para a qual caminha a humanidade.

Imputando a degeneração da sociedade perfeita à luta pelos interesses pessoais com a conseqüente desarmonia do corpo social, Platão indiretamente suscita a questão da justiça, ao deixar transparecer que o mal estaria no vício do egoísmo, da mesma forma como Josué entendeu a mensagem recebida do Senhor diante da arca.

Nesse sentido, a concepção de justiça não teria o indivíduo

como objeto suscetível de proteção, mas a sociedade. “(...) na *“República”*, ele usou a palavra *“justo”* como sinônimo de *“aquilo que é do interesse do estado melhor”*. E qual é o interesse do estado melhor. Deter qualquer mudança. (Popper, 1987, vol. I, 103 p.)” Ou seja, Platão não considera a justiça como consequência da relação entre indivíduos, por isso, ela seria uma propriedade de todo o Estado. Por isso, a justiça não poderia ter um caráter retributivo.

A justiça de Platão, ao centrar o foco na estabilidade da sociedade, realiza um ataque moral feroz ao individualismo, o qual será também aproveitado por Marx para condenar o capitalismo. É a criação da confusão semântica que surge entre individualismo e egoísmo.

Priorizando a tribo, Platão afirma que a parte existe em função do todo e não o todo em função da parte. *“Fostes criados em função do todo e não o todo em função de vós.”*(Popper, 1987, vol. I, p) De tal afirmação deriva uma lição moral, quando se deduz que “se não pudermos sacrificar os nossos interesses pelo bem do todo, somos egoístas”.

Fácil vincular esse moralismo platônico e coletivista às modernas teorias de justiça social, que se valem do argumento em favor do bem de todos para legitimar a implantação de políticas públicas distributivas, que avançam sobre a legal liberdade de apropriação para partilhar com outros.

A condenação do individualismo, ao igualá-lo com o egoísmo, é uma atitude esperada por aqueles que seriam saudosos das sociedades fechadas, porque nada impede que exista a categoria do individualismo

altruísta.

“(...) a emancipação do indivíduo era a grande revolução espiritual que conduziu à queda do tribalismo e à ascensão da democracia. (...) Esse individualismo, unido ao altruísmo, tornou-se a base da nossa civilização ocidental. É a doutrina central do cristianismo. “Ama teu próximo”, dizem as escrituras, e não “Ama a tua tribo.” (Popper, 1987, vol. I, 116/117p.)

Ligada à questão do individualismo estariam a igualdade e a liberdade. Quando o objeto da justiça é a pessoa, a isonomia entre os indivíduos é uma necessidade lógica, como também a garantia a cada um para desenvolver as suas potencialidades com liberdade. Péricles, anteriormente a Platão, já sintetizara a relevância desses componentes do individualismo ao afirmar que *“(...) as leis devem assegurar justiça eqüitativa igualmente para todos, em suas disputas privadas; e não somos chamados – diz ele – a censurar nosso próximo se ele prefere seguir o seu caminho”.* (Popper, 1987, Vol. I, 116/117p.)

Considerando que o Estado melhor era a idealização da sociedade perfeita à maneira coletivista, onde cada membro teria consciência de sua posição social, a igualdade e a liberdade não teriam um valor significativo para Platão. Na sua estrutura idealizada, os membros estariam organizados de forma hierarquizada.

A sociedade platônica possuía três classes: os guardiões, seus auxiliares armados e os trabalhadores. Entretanto, Platão somente tratou de analisar as duas primeiras, que, na realidade, era uma divisão da classe governante. Considerava, ainda, que as castas trabalhadoras não tinham importância, porque o ideal de conservação da sociedade dependia somente do comportamento da classe governante. Ora, se uma parcela da população

é a que merece relevância, então o princípio da igualdade não poderia prevalecer. “(...) Platão sintetiza sua réplica ao igualitarismo na fórmula: “O tratamento igual aos desiguais engendra iniquidade; isto foi desenvolvido por Aristóteles na fórmula: “igualdade para os iguais; desigualdade para os desiguais”. (Popper, 1987, vol. I, 110p.)

Mais uma vez é interessante notar que o argumento elitista de Platão, que considera justa a desigualdade entre os membros, vem, invertido, nos tempos modernos, servir de justificativa para legitimar políticas distributivas, com vistas à justiça social e à igualdade. Tal é o caso das políticas de ação afirmativa e da justiça alternativa, direcionadas a certa parte da população que se reputa como hiposuficiente de recursos para competir em igualdade de condições em uma sociedade aberta.

Como dito, o que Platão procura idealizar é uma maneira segura de romper o fluxo natural de degeneração da cidade grega. Portanto, o que é justo tem que ir nessa direção. A justiça deveria ocupar-se com os objetivos coletivos e não perder tempo em arbitrar imparcialmente as reclamações dos indivíduos. Tudo o que beneficia o corpo social é bom, e o que pode prejudicá-lo é ruim, como o desperdício de energia social em tratar as pendengas privadas.

Em outras palavras, o código moral de Platão é estritamente utilitário. O critério de moralidade é o interesse do estado. A moralidade nada mais é do que higiene política. Eis a teoria coletivista, tribal, totalitária da moralidade: É bom o que é do interesse do meu grupo, ou de minha tribo ou de meu estado. (Popper, 1987, vol. I, 122p.)

Novamente, percebe-se, no mundo atual, o atavismo platônico transformado em favor da justiça social, em nome da paz e da igualdade. Se

os proletários serão os herdeiros futuros da Terra, então, “é bom o que é do interesse dos trabalhadores, dos excluídos”. O Estado, nesta visão, não deveria perder tempo sendo um árbitro imparcial em contendas que envolvam as decisões sobre os interesses individuais, mas ter uma ética que decidisse em favor do corpo social, em favor de sua estabilidade. A utilidade do Estado se mediria pela efetividade da justiça social, que moralmente se sustenta ao afirmar que o individualismo deve ser contido, a fim de não fazer proliferar o egoísmo na sociedade, o que seria um fator de desmoronamento social.

Deixando de ser um mero regulador de conflitos, o Estado passaria ao ativismo moral, ao induzir para aquilo que considera certo ou útil a sua coesão. Para os membros, um estado moralista implica adoração, pois os semideuses governantes teriam a função sacerdotal de cuidar da vida moral da sociedade, regulando a família, reprimindo o egoísmo e a avareza.

A sociedade que se outorga o direito de dizer os fins últimos que seus membros devem perseguir limita, de maneira proporcional ao seu apetite moralista, a liberdade dos indivíduos. Isto porque o que pode ou o que não pode ser realizado dependeria da interpretação dos semideuses governantes, o que reduziria a liberdade e a autonomia dos indivíduos em decidir o caminho a tomar e, ao mesmo tempo, criaria condições de perpetuação da classe dirigente, já que esta é a detentora do saber moral da sociedade. Vale destacar que os militantes líderes do coletivismo não se sentem como um entre eles, mas sim como guardiões da causa, sem os

quais os novos projetos sociais não teriam resultado.

O saber da classe dirigente ressurgiria com força moral e pretensamente científica por intermédio do marxismo. Isto porque o historicismo de Marx predizia que a classe proletária iria necessariamente assumir a direção das sociedades, quando o modo de produção capitalista se esgotasse, em virtude de suas próprias contradições internas, o que a libertaria da opressão imposta pela classe burguesa.

Para desenvolver a sua teoria, Marx vai-se valer de Hegel. Utiliza o argumento filosófico de Hegel, invertendo o idealismo do espírito do povo pela necessidade material da classe econômica. *“O ideal nada mais é do que o material quando transposto e trasladado para dentro da cabeça humana. (Popper, vol. II, 109p.)”* Essa é a essência do materialismo histórico desenvolvido por Marx. É a necessidade material que determina a concepção humana sobre a realidade. Como são as condições materiais que formam a consciência, os indivíduos compreenderiam a realidade em função de sua classe econômica, isto é, a consciência seria determinada pelo ordenamento sócio-econômico e não haveria espaço para as individualidades autênticas. Isto levou Marx a desconsiderar a independência da personalidade humana e centrar a sua análise social no antigo coletivismo de Platão.

A interpretação materialista da história é racionalizada por intermédio do historicismo dialético de Hegel. Pela dialética materialista, seria possível às classes terem noção de sua posição social para em seguida revolucionarem o modo de produção e assumirem a direção da

sociedade. O futuro seria previsto pelo método dialético.

(...) Reciprocamente, para afirmar-se como tal, o operário precisa não só afirmar-se como produtor de mercadorias ou vendedor de força de trabalho, mas também reconhecer o proprietário dos meios de produção que se apropria do trabalho não pago. Essas são as relações básicas de dependência, alienação e antagonismo, que fundam a existência e a consciência do operário e do capitalista. (Ianni, 22p.)

As classes se reconheceriam existentes, à medida que identificassem na antagonica, características específicas que não lhes seriam peculiares. Marx afirmava que os proletários somente formariam a consciência de classe quando entendessem que a diferença de riqueza entre as classes se dá apenas porque a acumulação de capital ocorre devido à expropriação, pelos capitalistas, do valor do trabalho realizado pelos operários. Tal entendimento se daria em decorrência do agravamento natural dos antagonismos internos do sistema capitalista. As crises do capitalismo levariam os trabalhadores a entender que a diferença econômica injusta ocorria porque os burgueses dispunham dos meios de produção. A sensação de injustiça percebida pelos trabalhadores provocar-lhes-ia a tomada de consciência como classe em si, para em seguida transformá-la em classe para si, isto é, para a apropriação dos meios de produção e, conseqüentemente, do poder, com a eliminação do conflito de classes anterior.

Uma análise rápida permite admitir que o postulado marxista configura uma sociedade fechada, ou coletivista, porque se fundamenta no historicismo de características mágicas, bem como na prevalência do todo sobre o individual.

O historicismo marxista assegura que a classe proletária

assumirá o poder quando o sistema capitalista fracassar. Isto é, o caminhar da história implicaria a sucumbência do sistema capitalista dirigido pela burguesia, o que levaria a burguesia ser substituída pela classe dos proletários para si.

A classe para si seria o próprio coletivismo que viria necessariamente após os proletários se identificassem como um todo. Ou seja, ao reconhecerem-se como um corpo social, os proletários alcançariam a consciência necessária à revolução com vistas a substituir a ditadura burguesa pela do proletariado. Um postulado bem coletivista tratado por Popper, já apresentado anteriormente “*é bom o que é do interesse do meu grupo, ou de minha tribo, ou de meu estado **ou da minha classe...***” (grifo acrescentado por este autor) Classe foi aqui acrescentada porque representaria um grupo uniformizado economicamente.

O embotamento do indivíduo no marxismo se comprova ao tentar-se usar o mesmo método dialético em uma sociedade sem classes, e conseqüentemente, sem o antagonismo senhor-escravo.

Usando similarmente o método dialético para assinalar a consciência individual numa sociedade marxista, poder-se-ia chegar à seguinte conclusão: para o funcionamento da sociedade marxista, a consciência individual não poderia ser reconhecida, pois o exercício da dialética materialista não poderia ser realizado, já que os membros de uma sociedade uniforme não poderiam reconhecer, no outro, diferentes características, já que todos seriam iguais. Portanto, não haveria antíteses a contraporem-se à tese de uma sociedade única. Para que a dialética

materialista, em uma sociedade homogênea, seja aplicável à consciência individual, alguns indivíduos teriam que despontar em termos de iniciativa econômica, o que seria uma contradição conceitual do ideal socialista.

Comprova-se assim que, em uma sociedade sem classes, não poderia existir a individualidade, pois qualquer empreendedorismo, que permitisse à pessoa destacar-se por sua singularidade, seria evitado. Na prática, a maneira de restringir a iniciativa individual somente poderia ser feita por intermédio de um direito do tipo repressivo, que seria capaz de interferir nas iniciativas econômicas de cada um, como fez o juiz David em relação ao locador do imóvel.

O ideal marxista vai ao encontro do platônico, porque, tolhida a iniciativa individual e sem a existência de posições sociais distintas, como consequência da consolidação de uma sociedade sem classes, não haveria conflitos entre os membros, o que garantiria maior agregação e a harmonia sociais. Desse modo, a sociedade marxista restritiva também não seria suscetível de degeneração.

É claro que em qualquer sociedade há necessidade de existir um espírito gregário, porque, segundo Pareto:

(...) as sociedades em geral subsistem porque, na maior parte de seus componentes, estão vivos e fortes os sentimentos que correspondem aos resíduos de sociabilidade (...) se a necessidade de uniformidade fosse, em cada indivíduo, tão forte para impedir que um só dentre eles discordasse de algum modo das uniformidades, esta não teria razões internas de dissolução; mas também não as teria para mudar

(...) Pode-se conceber uma sociedade homogênea, em que a necessidade de uniformidade seja a mesma em todos os indivíduos (...) mas a observação demonstra que esse não é o caso das sociedades humanas. Estas são essencialmente heterogêneas (...) porque em certos indivíduos é muito grande a necessidade de uniformidade e em outros, muito pequena. (Rodrigues; 100p.)

Em função de sua análise, que vai do indivíduo para o coletivo, Pareto indica que uma sociedade homogênea somente seria concebível em um nível teórico. Partindo desse pressuposto, a análise sociológica de Platão é superior a de Marx, pois aquele, como já dito, é historicista, tomando como base o fluxo natural degenerativo, enquanto este o é no sentido progressista. Platão demonstrou mais senso de realidade ao visualizar a sociedade fechada e perfeita em uma realidade existente somente no passado, enquanto Marx a idealizava como uma meta a ser perseguida em direção a um futuro livre da opressão. *“Os filósofos – escreveu Marx, nos princípios da carreira – só interpretam o mundo de vários modos; a questão, porém, é mudá-lo. (Popper, 1987, vol.II, 92p.)”*

Essa afirmativa famosa de Marx aponta para o ideal prático de sua teoria política. A *praxis* estaria em concomitância com a teoria por meio da dialética, a qual, ao proporcionar a consciência de classe para si, levaria os proletários partejarem a história. A revolução proletária que inverteria o modo de produção seria a parteira de uma nova história de um novo homem. Conforme esse materialismo dialético, somente a revolução poderia transformar o mundo, pois a luta política seria impotente para mudar a realidade econômica. Para Marx,

A principal, senão a única tarefa de toda atividade política bem inspirada é a de vigiar para que as modificações do revestimento jurídico-político se mantenham de acordo com as mudanças operadas na realidade social, isto é, com os meios de produção e com as relações entre classes. (Popper, 1987, vol. II, 126p.)

Entretanto, ao contrário do que propunha, nenhuma ideologia usou tanto a ação política como a marxista, seja liderando as organizações

sindicais, seja mobilizando movimentos populares para mudar a estrutura da sociedade, por meio de uma nova cultura.

(...) comprometimento político com a igualdade social e com a justiça econômica distributiva seria plenamente associado com as políticas socialistas. Da mesma forma, como o compromisso com tais princípios mudou as sociedades democráticas liberais em direção às políticas públicas, muitos entenderam isto como um relativo sucesso do socialismo e dos movimentos sindicais em conseguirem algumas concessões das forças econômicas dominantes. (Young, 481p.)

Como a missão histórica do socialismo não se realizou por intermédio da revolução, o relativo sucesso de suas teses somente foi possível graças à ação política, que, ao pregar modificações no ordenamento jurídico ou pelo ativismo político dos órgãos judiciais, forçou o estado a ter que *“gerenciar, controlar e atender a essa continua expansão do domínio social por meio da educação, da saúde pública, do policiamento, da administração e de políticas de bem-estar.”* (Young, 480p.)

Desconsiderando a ruptura abrupta da base econômica, ao se referir sobre a ação política como força de transformação, o teórico marxista italiano, Antônio Gramsci, ensina que ainda que a sociedade opere sobre forças econômicas, *“(...) não se deve concluir que os fatos da superestrutura devam ser abandonados a si mesmos (...) O Estado, também neste campo, é um instrumento de racionalização, de aceleração (...) (Gramsci, 2002, 28p.)”*

Uma das ações políticas, proposta por Gramsci a ser racionalizada pelo estado, se daria por meio do direito.

Uma concepção do direito que deve ser essencialmente renovadora não pode ser encontrada, integralmente, em nenhuma doutrina preexistente (...) Se todo Estado tende a criar e a manter um certo tipo de civilização e de cidadão tende a fazer desaparecer certos costumes e atitudes e a difundir outros, o direito seria o instrumento para esta finalidade.

(Gramsci, 2002, 28p.)

A ação política a ser realizada pelo direito obedece ao mesmo historicismo, porquanto funcionaria como uma etapa, a ser desenvolvida na superestrutura da sociedade, para ajudar na formação de um novo tipo de civilização, um novo cidadão. Mas em que sentido o direito colaboraria para o surgimento de um novo cidadão?

Se o direito deve ser o instrumento para modificar os costumes e atitudes e a difundir outros, de acordo com Gramsci, percebe-se que teria uma função educativa. Construir uma nova moral seria a sua tarefa. Tal moral seria a do coletivismo ou a do homem coletivo, segundo Gramsci.

Mas como cada indivíduo singular conseguirá incorporar-se no homem coletivo e como ocorrerá a pressão educativa sobre cada um para obter seu consenso e sua colaboração? Questão do “direito”, cujo **conceito deverá ser ampliado**, nele incluindo aquelas atividades que hoje são compreendidas na fórmula “**indiferente jurídico**” e que são domínio da sociedade civil, que atua sem sanções e sem obrigações taxativas, mas nem por isso deixa de exercer uma pressão coletiva e de obter resultados objetivos de elaboração nos costumes, nos modos de pensar e atuar, na moralidade, etc. (Gramsci, 2002, 23/24p.) (grifo nosso)

No capítulo “Breves Notas Sobre Maquiavel”, Gramsci, tal qual o autor que lhe serviu de inspiração, desenvolve as suas idéias ao estilo de um “manual” para a tomada e manutenção do poder. O moderno príncipe, de Gramsci, seria o partido comunista ou a classe proletária organizada politicamente. Nota-se que toda estratégia lá exposta visa à consecução do historicismo coletivista marxista, o qual está emblematicamente simbolizado na sua pergunta sobre “como cada indivíduo singular conseguirá incorporar-se no homem coletivo.”

O que está bem percebido no capítulo citado é que a meta de Gramsci seria a de substituir a sociedade aberta capitalista por outra

idealizada, que tem as características de uma sociedade fechada, de viés socialista. Recorrendo novamente a Popper, há que se considerar que as tentativas de aplicar às sociedades modernas estruturas coletivas não passam de formas veladas de propaganda para um retorno ao tribalismo, tal como será apresentado.

O direito, para Gramsci, teria a função educativa de transformar os costumes e não interpretá-los. Ou seja, o novo direito deveria corromper as superestruturas assentadas pelo modo de produção e, deste modo, criar novos paradigmas para as relações sociais. Esses novos paradigmas abarcariam aqueles chamados de “indiferente jurídico”, os quais estariam contidos epistemologicamente no campo da moralidade.

O direito, na estratégia de Gramsci, deixaria de ter a postura passiva de aguardar a suscitação da parte, a fim de dar uma solução à controvérsia, para ter uma função mais ativa por intermédio da educação. O direito não seria mais um instrumento do indivíduo para ver a ordem legal, em um caso concreto, prevalecer. Deixaria também de ser um instrumento de regulação social e passaria à função de educar a sociedade. A maneira de educar, a usada pelo direito, se daria pela assimilação da moral no seu corpo dogmático, Ou seja, trazendo a moral para dentro da esfera de controle social, deixando de ser apenas normas de trato social e vindo a ser incorporada aos códigos jurídicos.

Considerando que o controle social exercido pelo direito se faz por intermédio da coerção, incluir a moralidade no mundo jurídico seria a mesma coisa que tornar suscetível de repressão a consciência e o

pensamento do indivíduo. Seria, de fato, ampliar o direito repressivo a tal ponto, que qualquer concepção ou atitude dos indivíduos seria passível de apreciação jurídica. A ideologia do politicamente correto está aí para demonstrar que o limite do direito pode ser ampliado com o consentimento silencioso da maioria, de modo a incluir o pensamento do indivíduo como suscetível de julgamento.

A vinculação da moralidade ao direito, necessária no mundo novo, relembra a justificativa de justiça social do Juiz David, citada anteriormente, em favor da ampliação interpretativa das normas civis. *Perguntou ele: ainda que todos os requisitos legais para ele ser despejado estivessem presentes, será que o juiz precisa mesmo determinar o despejo? “Temos princípios morais que protegem esse senhor (...)”* De acordo com o juiz, a moralidade adotada pela sociedade já teria condições de ser considerada nas práticas judiciais.

Nesse caso, o estado deixaria de ser uma entidade laica, no sentido de não relevar codificações morais ou religiosas, para transformar-se em um Estado moral.

Ainda que o juiz considere progressista a aplicação de preceitos morais como fundamento de uma sentença, Max Weber, tal como Platão, argumenta que confusão entre normas morais e estatuídas pertencia a uma estrutura social do passado.

Ou então não se realizava aquela separação dos mandamentos sagrados e do direito secular e persistia a mistura especificamente teocrática de exigências religiosas e rituais com as jurídicas. Nestes casos, começou uma interpenetração difusa de deveres éticos e jurídicos, exortações éticas e mandamentos jurídicos sem precisão formal. (Weber, 1999, 101p.)

A confusão entre os fundamentos éticos e jurídicos vai ao encontro da estratégia coletivista de Gramsci, pois, ao considerar determinados aspectos morais para decidir sobre o mérito de uma sentença, a função da justiça estaria ampliada e agiria como instrumento de política para educar os indivíduos, ou seja, ensinaria quais os fins éticos ou morais que deveriam ser alcançados pela coletividade.

Os fins sinalizados podem ser exemplificados pela escolha de determinados aspectos morais, sobre os quais o estado passaria a regular a nova conduta social, ou seja, o estado é quem diria, por meio do direito, as obrigações morais e legais as quais devem submeter os indivíduos.

Se entranhada, até então, na cultura, a concepção de que é uma obrigação moral o adimplemento do contrato, a desconsideração pelo juiz de tal obrigação revela que o direito já estaria em condições de cumprir a função de veículo educador de uma nova sociedade. Isto é, no exemplo, o direito passaria a ensinar que o adimplemento do contrato de locação não seria uma obrigação moral relevante se comparada com o direito à moradia de todos.

Conforme o dito por Gramsci, *“Estado tende a criar e a manter um certo tipo de civilização e de cidadão; tende a fazer desaparecer certos costumes e atitudes e a difundir outros, o direito seria o instrumento para esta finalidade. (Gramsci, 2002, 28p.)”* Como se vê, o direito teria a função também de criar uma nova civilização, por meio sentenças morais, e não mais interpretar a realidade social criada pela ação social dos indivíduos, surgida de uma ordem espontânea.

Se o cumprimento formal do contrato deixa de ser uma obrigação moral e não mais coercitiva pelo estado, como que as relações entre pessoas sem vínculos afetivos poderiam ser formalizadas, numa sociedade aberta, nos diversos aspectos da vida privada? Isto é, como que se formaria o mercado? Mercado este que não se resume em seu aspecto dos fins últimos, ou seja, o enriquecimento dos que dele participam. Mas em sua característica de propiciar um meio para a interação entre os indivíduos que não possuem vínculos afetivos.

Considerando que a absorção da moralidade pelo direito, conforme o exemplo da tribo de Acã, aumenta o aspecto repressivo do direito e que este é a estrutura jurídica das sociedades tribais ou coletivistas, pode-se concluir, portanto, que a preocupação da justiça social, aplicada com forma moral, no dia-a-dia da prática jurídica, possui atavicamente o coletivismo dos primórdios da civilização ocidental, há 25 séculos.

Visto como a influência do coletivismo ainda é relevante nos dias de hoje, será buscada a explicação dos fundamentos do Direito Alternativo, porque este pode ser considerado uma ideologia mais fortemente vinculada a uma dialética judicial que pressupõe o direito como estratégia de construção de um outro possível mundo.

III 2 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este capítulo procurou centrar a análise sobre os fundamentos morais que dão valor à justiça distributiva.

Inicialmente, foi destacado que a sociedade ideal era aquela,

na qual os indivíduos eram amalgamados no todo social. A sociedade coletivista, como um organismo social estático, seria bem conduzida se a liderança fosse entregue aos homens sábios.

A certeza de uma bem conduzida liderança, com o conseqüente futuro promissor é a outra face da mesma moeda do coletivismo: o historicismo. Como apresentado, o historicismo seria um sistema de pensamento, por meio do qual a sociedade já teria um futuro pré-determinado. Isto é, se a sociedade fosse conduzida por líderes parecidos com semi-deuses, o futuro seria glorioso; do contrário, a degeneração.

O historicismo seria o método usado pelo coletivismo para justificar procedimentos que impedem os indivíduos de livremente decidir o caminho a seguir. Como citado, o historicismo é uma forma de pensar que está presente em todos os tipos de sociedade coletivista. Modernamente, como abordado, é o historicismo que dá sustentação moral para que a coletividade interfira em acordos privados, com o objetivo de alcançar o ideal da justiça social.

Ao interferir diretamente sobre os assuntos privados, o Estado deixaria de ser um mero regulador de conflitos, para transformar-se em uma entidade moral capaz de dizer quais os fins que os indivíduos devem buscar.

A partir da análise do Estado coletivista, em que os líderes seriam capazes de indicar o valor das coisas a serem buscadas pelos membros da comunidade, foi destacado que o Estado assim estruturado transformar-se-ia em uma entidade teleológica. Se o Estado tem uma natureza teleológica, então uma de suas funções seria a de criar novos

costumes, conforme o preconizado por Antonio Gramsci. Se ao Estado cabe dizer quais os valores que valem ser perseguidos, então o direito teria a função educativa de formar o novo homem coletivo, por meio da ação repressiva que atuaria em todos os espaços da vida humana, como forma de conter o direito vigente que seria a criação da classe dominante.

IV – A PRAXIS POLÍTICA DO DIREITO ALTERNATIVO

Neste capítulo, será analisada a fundamentação política e ideológica do Direito Alternativo. A concepção desta metodologia jurídica parte do pressuposto que o direito, tal e qual é conhecido, é uma criação da ideologia de uma elite dominante que não estaria sintonizada com o povo.

Embora o Direito Alternativo tenha definido a meta de sintonizar a prática jurídica dos membros que atuam no Judiciário com as relações formadas na sociedade, o fato é que essa atitude não pode ser sincronizada naturalmente. Isto porque o Direito Alternativo estrutura a sua ação política em favor de algumas categorias sociais, o que vem a demonstrar que o corpo dogmático estaria baseado em um construtivismo ideológico e não seria consequência de uma ordem espontânea formada ao longo do tempo.

Esta seria, portanto, a grande diferença entre a prática jurídica do Direito Alternativo e a ordem espontânea do sistema do common law anglo-saxão. Ainda que o Direito Alternativo demonstre similaridades práticas com o sistema jurídico de origem britânica, como a prevalência dos precedentes judiciais, a diferença categórica está na natureza teórica dos dois sistemas. Enquanto o sistema britânico forma os precedentes judiciais com base em uma ordem espontânea sedimentada por séculos de tentativas e erros, o Direito Alternativo pretende vincular a vida social, formada por uma cultura milenar, a jurisprudências formuladas a partir de um construtivismo ideológico.

A pretensão construtivista do Direito Alternativo se adequaria

ao “manual político” de Antonio Gramsci, que impõe ao direito uma função social que é a de ser o instrumento para fazer desaparecer certos costumes e difundir outros.

Em seguida, será destacado que a ideologia do Direito Alternativo, a fim de instituir esses novos costumes, vai buscar uma justificativa moral na dialética política dos movimentos sociais. Como vai buscar o valor moral para a sua prática judicial em um dever-ser de parte da sociedade, o Direito Alternativo não poderia adquirir a legitimidade porque atuaria como um instrumento político parcial. Nesse sentido, o Direito Alternativo sistematizaria o postulado coletivista de Popper: *“É bom o que é do interesse do meu grupo, da minha tribo...”*

Para demonstrar a pretensão ideológica e transformadora do Direito Alternativo, será apresentada a linha dogmática que consiste na “des-oficialização”, “des-codificação” e na “deslegalização” de todo sistema jurídico assentado ao longo de séculos de civilização. Isto seria atingido pela prática jurídica por meio de decisões *“contra legem”* a serem expedidas pelos tribunais. Ao destruir a dogmática do direito atual, assentada pela tradição romana, o Direito Alternativo teria ratificado a sua função social de destruir certos costumes e implantar outros.

Essa nova concepção jurídica, a qual, na verdade, é atávica à justiça aplicada às sociedades tribais, fundamentar-se-ia em verdades apriorísticas, que se orientam em bases estéticas e não na ética. A verdade já viria expressa na aparência do indivíduo. Tal como os sistemas tribais coletivistas, que atribuíam valor de verdade àquilo que era do seu interesse,

o Direito Alternativo vai dizer que a verdade está com os valores defendidos pelos movimentos sociais.

A verdade já viria clara na aparência do indivíduo, por meio da qual poderia discriminá-lo em relação ao coletivismo dos movimentos sociais. Se o indivíduo fosse associado aos membros dos movimentos sociais, então, já estaria previamente sem culpa. Se, ao contrário, fizer parte da elite indiferente às realidades das ruas, então já estaria condenado.

Ao propor que os valores dos movimentos sociais seriam aqueles a dar novo sentido à ordem social, o Direito Alternativo cumpriria a sua função de formar uma nova sociedade, em que o novo homem seria incorporado ao coletivismo da tribo, que não prevê diferenciações sociais.

IV-1 - A PRÁTICA IDEOLÓGICA DO DIREITO ALTERNATIVO

O direito como instrumento de formação de um novo homem coletivo se mostra bem exemplificado pela teorização do chamado Direito Alternativo. O Direito Alternativo apresenta uma fórmula que propõe uma mudança metodológica na sistemática jurídica atual. A metodologia vigente é imputada, pelos adeptos da metodologia alternativa, como incapaz de realizar o progresso social, por ficar restrita às fontes jurídicas oriundas de normas abstratas positivas estatuídas ou costumeiras, formalizadas ou reconhecidas por uma elite que não teria compreensão moral da necessidade pela qual passam as camadas mais populares.

A palavra alternativa, no caso em questão, é bem aplicada etimologicamente porque sugere a opção entre duas coisas excludentes.

Propõe a superação da positivação da lei, realizada pelos representantes do povo, pela formulação do direito por intermédio dos seus operadores que captariam a dialética da justiça das condições sociais das partes, com base em uma moralidade definida pelos grupos sociais.

Seria assim, como já dito, um direito novo, que não se fundamentaria em um saber acumulado pela história da civilização. O Direito Alternativo emergiria do embate da realidade social, a ser materializado no dia-a-dia do judiciário, com a finalidade de fazer um direito justo. Para alcançar esse fim, poderia mesmo atuar contra as normas formuladas no Poder Legislativo.

O Direito Alternativo é a proposta de uma *praxis* jurídica, cujo fundamento vem de uma linha de pesquisa da “Nova Escola Jurídica Brasileira” fundada por Roberto Lyra Filho, chamada de “O Direito Achado na Rua”.

O Direito Achado na Rua, como diz um dos seguidores, Sousa Junior, “*é o encontro dos novos Movimentos Sociais e o Direito, indo além do legalismo, procurando encontrar o direito na "rua", no espaço público, nas reivindicações do povo.*” (grifo nosso) (Sousa Junior, www.unb.br/fd/nep/direitonaruanep, capturado em 12/09/2005)

O direito, tradicionalmente entre nós, é considerado um instrumento de organização e de controle da sociedade tal e qual ela é. Essa nova escola, em síntese, propõe o direito como um instrumento de transformação social, na medida em que entidades coletivas organizadas demandariam outra forma de organização da sociedade, que não seria

compatível com a regulação do direito vigente, exatamente conforme a proposição de Gramsci anteriormente apresentada.

A proposta da Nova Escola é a de um pensamento jurídico crítico, não conformista, "**voltado para concepção jurídica de transformação social**" (José Geraldo de Sousa Junior *in* "O Direito Achado na Rua"). Ou seja, a transformação da realidade jurídica vigente no sentido de atender a demanda de direitos da sociedade e, em especial, **dos Novos Movimentos Sociais**. (Sousa Junior, www.unb.br/fd/nep/direitonaruanep, capturado em 12/09/2005)

A proposta da Nova Escola insere-se na conjuntura de luta social e de crítica teórica, **como pensamento alternativo**, heterodoxo e não-conformista, voltado para a formulação de uma concepção jurídica de transformação social. Trata-se de uma **leitura dialética do fenômeno jurídico**, cuja captação se dá num plano alargado de sua manifestação positivada, isto é, a parar da realidade plural de múltiplos ordenamentos sociais e do aparecer de seus respectivos projetos de organização política. (Sousa Junior, www.unb.br/fd/nep/matdireitonep, capturado em 12/09/2005) (Grifos nossos)

Assim apresentado, o Direito Alternativo teria a missão de dar juridicidade aos reclamos de uma parcela da população que teve a capacidade de organizar-se, para exigir a intervenção da sociedade, a fim de proporcionar, no mínimo, novos direitos materiais.

Embora, de maneira abrangente, os movimentos sociais sejam considerados grupos de pressão, porque se caracterizam em reivindicar, perante o Estado, a institucionalização de seus interesses. Vale ressaltar que, estritamente falando, os movimentos sociais têm legitimidade diferente em relação aos outros grupos de pressão.

Ainda que, em última instância, esses grupos almejem alcançar seus interesses, há aqueles que, como os sindicatos, se limitam a lutar por benefícios corporativos. Diferentemente, os movimentos sociais teriam interesses amplos e indeterminados e representariam a vanguarda de um novo pensamento social que visaria a mudar a organização social. Os atores

dos movimentos têm uma postura antagônica às normas vigentes, com a finalidade de impor novos os valores dos quais são porta-vozes. Seriam, então, os movimentos sociais um agrupamento humano voltado para valores que se pretende universalizar.

Os métodos de reivindicação podem ser diferentes entre os dirigentes dos movimentos sociais, entretanto, *é possível encontrar um traço comum a todos os movimentos “voltados para valores”: é o lugar preponderante da certeza subjetiva. (Gesinnung, no vocabulário de Max Weber) (Boudon & Bourricaud; 2002, 377p.)*

A certeza subjetiva leva a uma análise paralela àquele postulado de Platão sobre a sabedoria da classe dirigente para governar a sociedade. “(...) o melhor estado deveria ser um reinado de homens mais sábios e mais parecidos com os deuses. (Popper, 1987, vol. 1, 53p.)” A certeza subjetiva seria então prerrogativa dos líderes sábios que teriam capacidade de transmitir ao restante da coletividade a importância dos valores que pregam para, em seguida mobilizá-la, carismaticamente, em direção à consciência de classe para si.

“(...) poder-se-iam chamar de carismáticos os movimentos “voltados para valores” (...) A fonte do poder carismático acha-se na certeza subjetiva daquele que está investido desse poder.” (Boudon & Bourricaud; 2002, 377p.)

Como apresentado, a essência que vive nesses movimentos são os valores transmitidos pelo líder. Ou seja, a coletividade estaria, então, aglutinada e controlada em torno da força moral do líder, por intermédio da liderança carismática. As sociedades que se organizam em torno de líderes mais sábios se coadunariam com as formas sociais do tipo de solidariedade

orgânica, típicas de uma sociedade coletivista, como as idealizadas por Platão.

Ainda que a certeza subjetiva esteja na raiz dos movimentos sociais voltados para valores, outros autores destacam diversas características relativas aos movimentos sociais. Uma das que mais se identifica com o Direito Alternativo é a expressa pelo sociólogo francês, Alain Touraine.

(...) é mister reconhecer que um movimento social não é a expressão de uma contradição; **ele faz explodir um conflito**. É uma conduta coletiva orientada não para os valores da organização social ou para a participação num sistema de decisões, **mas para o objeto dos conflitos de classe** que é o sistema de ação histórica. (Bobbio et al, 1997, 789p.)

Segundo esse autor, os movimentos sociais não representariam a insatisfação ou a impaciência que camadas da sociedade aparentemente demonstram ao organizarem ações de caráter reivindicatório. *O projeto de um movimento social não se define pelo horizonte para onde avança, mas pela sua capacidade de repelir toda a ordem social e de ser o instrumento das dialéticas da ação histórica.* (Bobbio et al, 1997, 790p.)

Interpretando a natureza dos movimentos sociais, como o conflito que leva a mudança da ordem social, pode-se compreender então a preferência que o Direito Alternativo reserva a esses movimentos. Se o Direito Alternativo tem a meta de realizar a transformação social, nada lhe daria mais legitimidade do que buscar a sua fonte nos novos movimentos sociais, cujo objeto é o conflito de classe, ainda que desprezando as fontes tradicionais como as leis e os costumes. Afinal, os movimentos sociais representariam o instrumento das dialéticas da ação histórica, que indicaria

a direção da transformação que a sociedade irá seguir.

Nesse sentido, a formulação sociológica do Direito Alternativo é conceitualmente excludente em relação ao direito vigente. Isto é entendido porque o atual direito formalizado não se preocupa em indicar as possíveis metas escatológicas da sociedade, por meio de sinais que indiquem quais as virtudes que se devem buscar. Assim, o Direito Alternativo, ao privilegiar certas categorias da sociedade, que aludem a prerrogativa de dizer o novo caminho do progresso social, é antagônico ao tratado legal vigente, porque este se fundamenta no princípio do individualismo onde todos são iguais perante a lei. Pelo direito atual vigente, se todos são iguais, não pode haver qualquer certeza apriorística sobre com quem está a virtude.

A constatação de que ninguém, a priori, é o detentor da verdade implica uma justiça imparcial que seria incompatível com um sistema que pudesse privilegiar setores da sociedade, em função de seu *status* de ser a elite governante ou do seu infortúnio de pertencer a uma categoria cujos únicos bens seriam somente a prole.

Decorrente do princípio da certeza apriorística, que a lei, para o Direito Alternativo, não aparenta ter a função de limitar o que pode ou não fazer o indivíduo. No sentido abstrato do termo, o direito privado permite ao indivíduo a decisão de realizar aquilo que não é proibido, de modo que, por um lado, seria possível a sua aplicação em diversas situações, e, por outro, seria impraticável a estipulação de resultados materiais futuros, porque estes dependeriam de outras variáveis como a habilidade, a tenacidade ou a sorte.

O significado dado ao termo abstrato é expresso em uma fórmula clássica jurídica que afirma que a regra deve ser aplicada a um desconhecido número de instâncias futuras. (Hayek,

1978, 35p.)

Como a justiça, por intermédio do Direito Alternativo, seria alcançada por meio da captação da *dialética do fenômeno jurídico, em um plano alargado de sua manifestação positivada* (...), a lei somente seria uma referência válida se pudesse ser usada como um instrumento da transformação social. Ou seja, se a lei não estipula os fins vislumbrados pelos movimentos sociais, ela própria poderia ser suplantada, a fim de permitir que o direito alargue o significado legal expresso positivamente. O Direito Alternativo seria, então, a justiça dos fins últimos, que surgiria das dialéticas da ação histórica por meio do fenômeno jurídico.

A dialética, anteriormente abordada, provavelmente, teria um significado mais material do que formal dentro da prática jurídica. Isso porque, formalmente, a dialética é necessária à boa atuação da justiça. Significa dizer que a dialética formal perante a corte sempre se manifesta quando uma parte apresenta uma tese jurídica, enquanto a outra demonstra a antítese sobre o fato em juízo. Analisando as teses contrárias, o juiz elaboraria uma síntese, que seria formulada na sentença. Ora, se a dialética é algo corriqueiro na prática judicial, então o significado de captação da dialética do fenômeno jurídico, no direito achado na rua, deve ter um significado além do formalmente aplicado.

A chave para buscar o verdadeiro significado da dialética do fenômeno jurídico passaria pela noção da dialética da ação histórica citada por Touraine. Segundo esse autor, se os movimentos sociais são os porta-vozes da história que pressupõe uma transformação social, então, esta

dialética seria a mesma definida por Marx, que é a própria a luta de classes com o fim de levar a humanidade ao encontro de seu destino histórico.

Como já apresentado no capítulo anterior, a dialética marxista não seria apenas um recurso formal da retórica, mas uma *praxis* política por meio da qual os proletários instituiriam uma nova ordem.

Assim posto, a dialética dos fenômenos jurídicos representaria a ampliação da arena convencional do trato dos temas políticos, isto é, o formalismo democrático no âmbito do Poder Legislativo. A ampliação da arena de luta política incluiria, no cotidiano da prática jurídica, a síntese da luta de classes, com o objetivo de apressar a mudança da ordem social, que estaria legitimada materialmente pelas manifestações dos movimentos sociais.

Ao suscitar a dialética marxista como uma característica desses movimentos e utilizar os seus valores para a legitimação do Direito Alternativo, pode-se concluir que a prática jurídica proposta por essa linha do direito é compatível com uma sociedade organizada nos moldes do coletivismo. Isto porque, ao assumir que se deve interpretar o direito de acordo com os valores de uma coletividade específica, - os movimentos sociais -, a *praxis* alternativa estaria de acordo com um postulado coletivista tal como o destacado por Popper: “*é bom o que é do interesse do meu grupo, ou de minha tribo, ou de meu estado*”, deixando de considerar o indivíduo *de per se* como sujeito de direito no sistema jurídico atual.

E também porque o Direito Alternativo se alinha com uma dialética que tem características materiais, ao buscar a sua fundamentação

não na formalidade das normas e das práticas jurídicas, mas na valoração do conflito, em favor da parte que carrega o senso histórico do mundo novo.

(...) condições sociais e possibilidades teóricas que incrementam a análise sociológica jurídica, para designar a transição da visão substantiva do direito, para uma percepção processual, institucional e organizacional do direito, operando um deslocamento da unidade de análise centrada na norma, **para uma unidade centrada no conflito**. (Sousa Junior, 2002, 25p.)

Se o devir do Direito Alternativo está centrado na vanguarda sociológica dos movimentos sociais, o conflito jurídico não deve ser visto como uma anomalia social com vistas a um enquadramento judicial, mas sim como o partejamento de uma nova realidade. Ou seja, o Direito Alternativo substituiria a norma como matriz de justiça pela *praxis* jurídica a ser travada dialeticamente no processo, na instituição judicial e na organização judiciária. O direito seria então o instrumento de uma luta de classes que ocorreria no âmbito do processo, da instituição judiciária e da organização da justiça. O resultado de tal conflito levaria à formação de um novo homem, criado a partir de uma nova realidade social, a ser moldada pelo Direito Alternativo, conforme o preconizado por Gramsci.

O Direito Alternativo, portanto, ao extrapolar a formalidade legal da norma, vai desempenhar a função de um ativismo político e moral, cuja intenção é reformular a agenda do dia-a-dia do judiciário. O judiciário ampliaria as suas funções, não mais tão-somente interpretando a lei à luz do caso concreto trazido à apreciação da corte, mas atuando de maneira substantiva na formalização de novas fontes do direito, advindas dos conflitos de classe que ocorreriam no dia-a-dia da realidade social.

Os seguidores desta corrente jurídica alegam que a

representação política tradicional mantém uma distância muito grande dos fatos, o que não permite uma visão justa dos embates sociais que são travados na sociedade. Em face do distanciamento da produção legislativa, as fontes do direito seriam formalmente indiferentes às injustiças de caráter social. Para romper o indiferente formal e garantir uma justiça materialmente justa, o direito viria a valer-se de métodos alternativos para a aplicação da justiça. Justiça que vai realizar-se por meio de uma atuação parcial dos órgãos judiciais em favor das reivindicações de camadas que se reputam não atendidas pelo sistema formal-legal.

(...) Menciono J. J. Gomes Canhotilho, pela sua influência no campo dos estudos constitucionais, e sua sugestão de que se recupere para esse campo o *“impulso dialógico e crítico que hoje é fornecido pelas teorias políticas da justiça e pelas teorias críticas da sociedade”*, sob pena de restar o direito constitucional **“definitivamente prisioneiro de sua aridez formal e do seu conformismo político”**. Faz, assim, apelo à ampliação das possibilidades de compreensão e de explicação dos problemas fundamentais do direito constitucional para o qual dirige *“o olhar vigilante das exigências do direito justo e amparadas num sistema de domínio político-democrático materialmente legitimado”* por meio de **“outros modos de compreender as regras jurídicas”**. *“Estamos a referir – diz ele – sobretudo as propostas de entendimento do direito como prática social e os compromissos com formas alternativas do direito oficial como a do chamado direito achado na rua”*, compreendendo nessa última expressão, *“um importante movimento teórico-prático centrado no Brasil (...)”* (Sousa Júnior, 2002, 30p.) (grifos nossos)

O direito regularmente estatuído e o direito costumeiro, o primeiro como resultado de uma ação política formalmente reconhecida no poder legislativo e o seguinte, pela captação da ordem social espontânea por meio da jurisprudência dos tribunais, não teriam aquele sentido de transformação social. Seriam exemplos de um conformismo político, que não demonstraria energia necessária para buscar a solução dos problemas sociais. O conformismo político do direito positivado seria, portanto, a

justificativa moral para a *práxis* alternativa da justiça de modo a apressar a história ao facilitar o surgimento de novo homem.

O conformismo político ou talvez o interminável embate entre as diversas idéias no Poder Legislativo justificariam uma atuação política do poder judiciário de modo a intentar um progresso social mais rápido. Por isso, o Poder Judiciário seria capaz de opinar se uma norma ou um costume estariam sintonizados com a Justiça. O judiciário não mais apenas teria a função de julgar a conduta do agente de acordo com a norma ou com os costumes. O Judiciário viria a ser chamado para dizer o que é um direito justo.

O juiz do Direito Alternativo deveria, portanto, além de pesar a ação do agente em face da lei, ser capaz de julgar a norma com base na justiça, conforme o seu entendimento. Se, na sua concepção, a norma jurídica não seria justa, então ela poderia ser desconsiderada no seu aspecto formal para que a justiça venha a ser materializada na sentença.

Isto implicaria o juiz, como um agente político, ser reconhecido como um verdadeiro guia da moral, que teria a correta noção do que é justo e bom para a sociedade. “(...) *o melhor estado deveria ser um reinado de homens mais sábios e mais parecidos com os deuses (Popper, 1987, vol. 1, 53p.)*”. Nesse sentido, o juiz, ao desempenhar a função de agente político, teria a pretensão de ser o guia da sociedade com vistas ao melhor estado.

A postura ideológica do juiz, no sentido de ser visto como um conhecedor do valor moral justo e de ter o poder de não considerar uma norma estatuída ou consuetudinária se reputá-la como injusta, traz

subsidiariamente a transformação daquilo que se entende por separação dos poderes. Ainda que o estado, por causa dos longos embates que são travados, no ambiente legislativo, por forças políticas diversas legitimamente reconhecidas, possa ser reconhecido como lento, o aspecto formal da divisão do poder traz a garantia de evitar o controle absoluto do estado e da sociedade pela vontade de poucos, que se reputariam como os grandes guias.

Se a sociedade moderna é organizada institucionalmente na forma de um estado de direito, no sentido de que toda e qualquer regulamentação que a estructure tenha origem reconhecida pelo direito, a necessária segurança institucional somente poderá ser manifesta se ações sociais forem conduzidas de acordo com o estabelecido previamente na legislação, sem que a boa intenção do voluntarismo atrepele o “conformismo político”. Portanto, se o juiz ignora a validade formal da norma por achá-la injusta e toma para si a função de legislador da virtude, significa dizer que extrapolou a sua competência definida pelo direito e promulgou uma legislação moral conforme a sua autonomia. Por considerar a regra previamente acertada como injusta, o juiz deu um dever a ação em análise, conforme o postulado de Kant, e não apenas a ponderou com base na norma jurídica.

Dentro de uma análise organizacional, o juiz, primeiramente, transformar-se-ia em usurpador do poder de legislar e, posteriormente, também em profeta, ao sentenciar qual deve ser a moral a balizar a conduta em análise.

Uma concepção de legislação moral não pode ser aplicada em uma sociedade aberta, porque a moral é autônoma em relação ao indivíduo e só a ele impõe um dever. Para ter um alcance heterônomo, isto é, que vincula a todos, a norma somente pode ser jurídica, porque não traz o dever como motivo, mas apenas regula as ações humanas numa coletividade. Para que tal norma de alcance geral tenha ainda legitimidade, o debate entre os representantes das forças políticas se faz necessário, antes da promulgação, de modo a tornar público que os aspectos legais da nova norma foram observados, bem como os diferentes pontos de vistas foram devidamente ponderados.

Como a moral é um dever imposto ao indivíduo por ele mesmo, não pode ser ampliada para uma sociedade abstrata. Ela não traria a legitimidade do debate entre as diversas concepções morais existentes, em virtude de o seu fundamento estar baseado em valores que são intrinsecamente próprios e que formam a personalidade do indivíduo, fazendo-lhe único na coletividade em que está incluído.

Os valores morais, para que possam ser impositivos, devem ficar constrictos em uma comunidade moralmente uniformizada. Numa sociedade aberta, essa comunidade estaria limitada aos próximos, tal qual *um grupo concreto de indivíduos concretos, relacionados uns com os outros (...) por concretas relações físicas, tais como tacto, o olfato, a vista. (Popper, 1987, vol. I, 188/189p.)* Nesse contexto, o controle social é feito por um líder que executa, muito proximamente, uma vigilância sobre os membros da comunidade, tal qual um chefe de família ou um patriarca de uma tribo.

Nossas herdadas ou, talvez as inatas emoções morais sejam, em parte, inaplicáveis numa sociedade aberta (que é uma sociedade abstrata), e o tipo de socialismo moral, que é possível em pequenos grupos e freqüentemente satisfaz a um instinto profundamente sedimentado, pode ser impossível numa sociedade aberta. Algumas condutas altruísticas direcionadas em benefício de alguns amigos conhecidos, que em pequenos grupos devem ser altamente desejadas, não precisam ser numa sociedade aberta, pois podem ser mesmo prejudiciais (como exemplo: a requisição para que membros de um mesmo negócio refreiem a competição entre eles). (Hayek, 1976, 91p)

Numa sociedade abstrata e ampla, tal qual a existente no mundo ocidental, somente pode uniformizar procedimentos sociais por meio das legislações jurídicas, que não possuem o dever como fundamento, conforme as legislações morais em comunidades familiares ou tribais. Nas sociedades abertas, as legislações teriam a função apenas de regular a interação humana, tal qual um guarda de trânsito, que não entra no mérito sobre o motivo que levou o motorista a passear pela rua.

No tráfego, sentimento ou emoção representam interferências malquistas. Podem ser prejudiciais. (...) De novo, temos aí exatamente ilustrada a noção de Ordem Espontânea. A liberdade de trânsito de cada motorista é apenas restringida pelas regras básicas de mão de direção, limite de velocidade (...) e outras imposições no mesmo estilo. (Meira Penna, 2002, 217p.)

Portanto, em uma sociedade aberta ou ordenada espontaneamente, a regulação normativa deve ter uniformidade para que possa ser aplicada a todos e abstração para que possa ser aplicada em situações futuras decorrentes das decisões individuais. Para que possa ser uniforme e abstrata, a norma, ao contrário do defendido pela ideologia do Direito Alternativo, deve ter um caráter formal. *“Um direito é “formal” na medida em que se limita a considerar, no direito material e no processo, as características unívocas dos fatos. (Weber, 1999, 13p.)”*

O direito seria formal quando focalizasse apenas os aspectos

gerais dos fatos, relacionando-os com a norma, sem relevar o motivo do agente para que a conduta seja tipificada. Assim, o artigo 121 do código penal, quando estipula que matar alguém é uma conduta criminosa não enumera características circunstanciais específicas da conduta para tipificar a ação de matar.

Isso não quer dizer que as circunstâncias do fato não são consideradas. As condições circunstanciais são questões de prova que, no curso do processo penal, devem ser esclarecidas. Tais circunstâncias implicam, geralmente, efeitos agravantes ou atenuantes da pena, mas não entram no mérito da ação de matar, exceto nos casos de legítima defesa, quando a característica unívoca da ação de defender a vida própria ou de outro tipifica a conduta como uma excludente de ilicitude.

As características unívocas dos fatos consideradas pelo formalismo jurídico, como o de matar alguém, abrangem somente a questão de que a morte de um indivíduo foi provocada por outro. Não haveria particularidades materiais que explicariam o dolo ou a culpa, de tal forma a qualificarem ou ponderarem o ato de matar, tal qual a classe social, a cor da pele da vítima ou do autor.

O formalismo, dentro de um sistema jurídico integrado, que permite a compressão da antijuridicidade da conduta praticada por meio do exercício de uma lógica formal, não separaria previamente os inocentes e os culpados, em função do status social ou de qualquer característica materialmente verificável, a fim de ratificar a conduta antijurídica. Assim, ao criticar o direito pela sua aridez formal e defender um direito materialmente

legitimado, os defensores do Direito Alternativo propõem um sistema jurídico em que a balança da justiça seria desequilibrada, porque trataria desigualmente os que fossem materialmente desiguais, tal como a máxima platônica, o que derogaria o princípio de que todos são iguais perante a lei.

Esse formalismo, por sua vez, pode ter caráter duplo. (...) Então descobrem-se as característica juridicamente relevantes mediante uma interpretação lógica do sentido, construindo-se e aplicando-se depois conceitos jurídicos fixos em forma de regras rigorosamente abstratas. Nesta racionalidade lógica (...) o contraste entre ela e a racionalidade material torna-se, com isso ainda mais forte, pois esta última significa precisamente que as decisões de problemas jurídicos sofrem influência de normas com dignidade qualitativamente diferente daquela das generalizações de interpretações abstratas do sentido: imperativos éticos, por exemplo, ou regras de convivência – utilitárias ou de outra natureza – ou máximas políticas, que rompem tanto o formalismo das características externas quanto o da abstração lógica. Mas uma sublimação jurídica, específica e qualificada, do direito, no sentido atual, somente é possível quando este tem caráter formal. (Weber, 1999, 13p.)

A metodologia do Direito Alternativo, ao eleger uma classe social, como também uma raça ou um sexo, isto é, ao eleger uma concepção material para compreender o direito, inverte a lógica da atual filosofia jurídica. Romper a isonomia formal perante a lei significa dizer, que a conduta não pode mais ser julgada com base em um parâmetro ético uniforme de referência para uma dada sociedade. A referência legal, para o Direito Alternativo, ficaria subordinada à qualificação social ou material dos indivíduos.

Como exemplo de como a condição material do indivíduo romperia o formalismo legal, tem-se uma sentença que foi apresentada em aula de pesquisa jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para exemplificar as novas fronteiras epistemológicas da ciência jurídica. A sentença foi proferida pelo Juiz Ronaldo Tovani, de 31 anos. É

juiz substituto da comarca de Varginha, ex-promotor de justiça e concedeu liberdade provisória a um sujeito preso em flagrante por ter furtado duas galinhas. O magistrado lavrou sua sentença em versos.

No dia cinco de outubro
Do ano ainda fluente
Em Carmo da Cachoeira
Terra de boa gente
Ocorreu um fato inédito
Que me deixou descontente.

O jovem Alceu da Costa
Conhecido por "Rolinha"
Aproveitando a madrugada
Resolveu sair da linha
Subtraindo de outrem
Duas saborosas galinhas.

Apanhando um saco plástico
Que ali mesmo encontrou
O agente muito esperto
Escondeu o que furtou
Deixando o local do crime
Da maneira como entrou.

O senhor Gabriel Osório
Homem de muito tato
Notando que havia sido
A vítima do grave ato
Procurou a autoridade
Para relatar-lhe o fato.

Ante a notícia do crime
A polícia diligente
Tomou as dores de Osório
E formou seu contingente
Um cabo e dois soldados
E quem sabe até um tenente.

Assim é que o aparato
Da Polícia Militar
Atendendo a ordem expressa
Do Delegado titular
Não pensou em outra coisa
Senão em capturar.

E depois de algum trabalho
O larápio foi encontrado
Num bar foi capturado
Não esboçou reação
Sendo conduzido então
À frente do Delegado.

Perguntado pelo furto
Que havia cometido

Respondeu Alceu da Costa
 Bastante extrovertido
 Desde quando furto é crime
 Neste Brasil de bandidos?

Ante tão forte argumento
 Calou-se o delegado
 Mas por dever do seu cargo
 O flagrante foi lavrado
 Recolhendo à cadeia
 Aquele pobre coitado.

E hoje passado um mês
 De ocorrida a prisão
 Chega-me às mãos o inquérito
 Que me parte o coração
 Solto ou deixo preso
 Esse mísero ladrão?

Soltá-lo é decisão
 Que a nossa lei refuta
 Pois todos sabem que a lei
É prá pobre, preto e puta...
 Por isso peço a Deus
 Que norteie minha conduta.

É muito justa a lição
 Do pai destas Alterosas.
**Não deve ficar na prisão
 Quem furtou duas penosas,
 Se lá também não estão presos
 Pessoas bem mais charmosas.**

Afinal não é tão grave
 Aquilo que Alceu fez
 Pois nunca foi do governo
 Nem seqüestrou o Martinez
 E muito menos do gás
 Participou alguma vez.

Desta forma é que concedo
 Com base no CPP
 Liberdade provisória
 Para que volte para casa
 E passe a viver na glória.

Se virar homem honesto
 E sair dessa sua trilha
 Permaneça em Cachoeira
 Ao lado de sua família
**Devendo, se ao contrário,
 Mudar-se para Brasília!**

O formalismo jurídico foi duplamente contrariado nessa sentença. Primeiramente, o juiz preferiu ignorar a normas jurídicas formais e

a jurisprudência para fazer proselitismo de sua justiça moral. Em seguida, ignorou o formalismo da sentença e a produziu em forma de “linguagem poética”.

O ordenamento jurídico formal já daria justificativa para a soltura do indivíduo. Embora mencionando o CPP, Código de Processo Penal, bastaria que o juiz aceitasse que o ato do acusado tivesse sido feito em função do estado de necessidade. Reconhecendo essa necessidade, o juiz formalmente assentaria que a conduta se enquadraria em uma excludente de ilicitude, o que seria suficiente para considerar que o réu não cometeu crime.

Também poderia alegar o princípio jurisprudencial da insignificância para mandar soltar o réu. Neste caso, a jurisprudência já reconhece que, em função do pouco prejuízo causado a vítima, não compensaria movimentar a máquina judiciária para estabelecer a ordem social.

O juiz, tendo garantia formais para soltar o réu, preferiu aplicar a sua legislação moral e justificar que “a lei é pra preto, pobre e puta”.

Como apresentado, os indivíduos seriam, primeiramente, reconhecidos conforme a classe social, a raça ou o sexo, para, em seguida, serem julgados de acordo com a conduta. Assim, dependendo da categoria na qual o indivíduo tenha sido enquadrado, a conduta praticada teria uma diferente ponderação em relação ao imperativo ético previsto, ou seja, a justiça prescindiria de ter referência principal na norma abstrata e formal para balizar-se em uma concepção material do direito, porque o valor a ser

dado à conduta vai depender das características materiais do agente.

Significa dizer que o Direito Alternativo não assumiria os padrões éticos comuns a todos formados por uma ordem social espontânea. Ordem esta que surge naturalmente em função da compreensão dos acertos e dos erros resultantes das interações humanas e que se assenta pela experiência, formando a cultura jurídica e social da sociedade, que mais bem se adequou à sociedade, tal qual um processo evolutivo que descarta aquilo que não é conveniente para a sobrevivência da espécie.

A maioria das regras de conduta não é então derivada de um processo intelectual sobre os fatos do ambiente, mas constitui a única adaptação do homem a esses fatos dos quais nós alcançamos um conhecimento que não estamos atentos e que não aparecem em nossos pensamentos conceituais, mas que se manifestam em regras que obedecemos em nossas ações. (Hayek, 1978, 21p.)

Enquanto o direito comum teria fundamento em um conhecimento empírico sobre como a sociedade se organiza espontaneamente, o Direito Alternativo parte para a construção de uma lógica jurídica, a partir de concepções formuladas por homens sábios, que vai ser posta em prática por meio da militância jurídica.

Segundo esse construtivismo jurídico, a desigualdade social seria consequência de um sistema econômico que atenderia aos interesses de uma aristocracia e que poderia ser enfrentada por uma *práxis* judicial politicamente atuante.

O Poder Judiciário deixaria de ser o árbitro imparcial para solucionar os conflitos da sociedade e, tal como a metodologia de Gramsci, transformar-se-ia em um instrumento para realizar a engenharia política com o objetivo de alcançar justiça de fins últimos. Isso implicaria uma justiça

preocupada em dizer os fins da sociedade e não em sinalizar qual o meio correto para os membros atingirem os seus objetivos. Para tanto, o construtivismo jurídico contrariaria a característica fundamental do direito vigente, que é regular a conduta-meio e deixar os fins a cargo dos indivíduos.

O sistema legal, como hoje conhecido, se atém a conduta-meio do agente para julgar o que é certo ou errado, porque os fins planejados somente diriam respeito ao indivíduo. É por isso que o Direito Penal vigente qualifica como crime a conduta-meio e não os fins estipulados pelo agente. Seria crime matar alguém, porque esta foi a conduta-meio usada pelo agente com o objetivo de, por exemplo, apropriar-se de um bem ou para livrar-se de uma obrigação. Ou seja, o desejo de apropriar-se de um bem ou de submeter-se a um contrato é uma questão atinente ao livre-arbítrio da pessoa e não é do interesse do sistema jurídico formal-penal, porque o indivíduo teria a liberdade de escolher os meios legais para atingir o fim estipulado.

Para que o estado tenha a obrigação de dizer os fins últimos a serem buscados, a sociedade não poderia ser organizada com base em um princípio em que os seus membros teriam a liberdade de escolher o que melhor lhes aproovessem. O estado assim organizado assemelhar-se-ia a uma organização que tem o seu objetivo formalizado na razão social.

Em outras palavras, se justiça social é a razão de tudo, os indivíduos devem ser requeridos a obedecer não somente regras gerais, mas a demandas específicas dirigidas a eles somente. O tipo de ordem social, na qual os indivíduos são obrigados a servir a um sistema único de fins é a organização e não a ordem espontânea do mercado, isto é, não é um sistema em que o indivíduo é livre, limitado apenas por regras de conduta geral, mas um sistema no qual todos estão submetidos a

específicas ordens da autoridade. (Hayek, 1976, 85p)

Um estado organizado conforme as ordens específicas da autoridade seria aquele compatível com um sistema “político-democrático materialmente legitimado”. Isto é, não seria um estado que se regula por regras de conduta geral, que têm como fundamento a natureza formal e abstrata da norma, mas aquele que determina o que é o bem a ser buscado pela sociedade. O bem, propagado por um estado idealizado conforme o cânone da justiça alternativa, deveria prover a justiça social.

Se, dentro dos fins da justiça social, o bem perseguido é a igualdade material, aquele que possuísse as características compatíveis com a categoria dos excluídos passaria a ter um tratamento judicial que relevasse tais características e não somente a conduta formal do agente. A justiça deveria, portanto, tratar diferentemente os que são materialmente desiguais. Esse era o entendimento platônico para justificar o privilégio da classe dirigente. Tal é o entendimento do Direito Alternativo para justificar um sistema político-democrático materialmente legitimado a fim de privilegiar os que são materialmente qualificados como excluídos. Ou seja, nem todos seriam iguais perante a lei.

Se o Direito Alternativo valora a aparência material do agente a um nível superior ao da conduta por ele praticada, então a estética teria prevalência sobre a ética. Isto é, o agente seria julgado mais em função de sua condição social, cor e sexo - daquilo que traz aparente - do que em função de sua conduta quando comparada a um parâmetro previamente conhecido. Seria, portanto, a prevalência de Dionísio sobre Apolo, personagens antagônicos da mitologia grega. Seria a generalização da

máxima romana que dizia que “a mulher de César não bastava ser honesta, era preciso parecer ser honesta”.

Estes seriam, talvez, os “outros modos de compreender as regras jurídicas”. Por esse modo não haveria necessidade de realizar um encadeamento lógico-formal dos fatos em relação às regras permitidas para pesar a juridicidade da conduta praticada. Bastaria, portanto, a demonstração estética da condição social da parte para ter-se um entendimento sobre qual deveria ser o veredicto da sentença.

Nesse sentido, o Direito Alternativo traduz a sua ideologia centrada numa nova forma de definir o entendimento jurídico, atacando claramente a estrutura lógico-formal do direito vigente e, por fim, todo o direito estatuído.

Isto ocorre, segundo Canhotilho, porque “*o paradigma do informal não se pode desligar do debate em torno do refluxo político e do refluxo jurídico (...) (Sousa Junior, 2002, 30p.)*” Isto é, o direito perderia a base formal, que é sustentada pelo estado, após ser elaborada pelo corpo legislativo, e passaria a privilegiar a natureza informal que surgiria dos embates sociais do cotidiano. A partir dessa ideologia, Sousa Junior expande o apresentado e considera que o “*refluxo político articulado com o refluxo jurídico encontra refrações concretas nos fenômenos*”:

- 1) da des-oficialização (sic), traduzida no amolecimento da supremacia hierárquica das fontes do direito formal, sobretudo do Estado;
- 2) da des-codificação (sic), expressa na progressiva dissolução da idéia de “código” como corpus coerente e homogêneo, cultural e superior do direito legal; e
- 3) da “deslegalização” (sic), isto é, retirada do direito legal e até de todo o direito formal estatal (desregulamentação) e restituição das áreas por ele ocupadas à autonomia dos sujeitos e dos grupos num processo jurídico pluralista. (SOUSA JUNIOR,

2002, 31p.)

Embora já tenha sido abordada a característica formal do direito moderno, que novamente veio a ser criticada nas propostas apresentadas, a idéia de código ou de um corpo coerente é o que transmite um encadeamento lógico, ou seja, sistematizado às relações formais do direito ou da relação jurídica a ser apreciada pela corte judicial.

(...) a *sistematização*. Em todas as suas formas, ela é um produto tardio. O “direito” primitivo não a conhece. Para o nosso modo atual de pensar, ela significa o inter-relacionamento de todas as disposições obtidas mediante a análise, de tal modo que formem entre si um sistema de regras logicamente claro, internamente consistente e, sobretudo, em princípio, sem lacunas. Um sistema, portanto, que busca a possibilidade de subsumir logicamente a uma de suas normas todas as constelações de fatos imagináveis, porque, ao contrário, a ordem baseada nestas normas careceria de garantia jurídica. (Weber, 1999, 12p.)

Se a derrocada da sistematização do corpo legal permite vislumbrar a surgimento da possibilidade de insegurança jurídica, porque dificulta a análise lógica que envolva o fato praticado e a norma legal reguladora, o que dizer, então, da proposta de “*deslegalização*”, isto é, da retirada do direito legal e até de todo o direito formal estatal?” Seria a própria terra sem lei.

A primeira impressão que vem à mente, depois de analisar os três postulados propostos por Sousa Junior, seria a constatação de um nihilismo jurídico, em que nada poderia ser previsto e que nenhuma interação humana pudesse ter a garantia da segurança jurídica, face a falta de parâmetros claros sobre o que é legal de ser praticado na sociedade. Seria a materialização do estado “hobbesiano”. Não havendo estruturas formais que freasse a natureza humana egoísta, haveria de supor-se o surgimento de uma guerra de todos contra todos. Isto é, o contrato social não teria

condições de ser implementado, face à impossibilidade da aplicação da violência legítima pelo estado para manter a ordem, pois o arcabouço jurídico seria inexistente.

Entretanto, em uma análise mais cuidadosa da proposta, vislumbra-se uma ordem sociológica estruturada com bases em princípios coletivistas. Isto porque, *“é bom o que é do interesse do meu grupo, ou de minha tribo, ou de meu estado”*. Ou seja, se o Direito Alternativo visa à *“transformação da realidade jurídica vigente no sentido de atender a demanda de direitos da sociedade e, em especial, dos Novos Movimentos Sociais”*, significa dizer que a ideologia que engloba esse outro pensar jurídico já teria elegido o grupo cujos interesses deveriam ser protegidos. *“É do interesse do meu grupo que o direito formal seja abolido”*. Por conta desse posicionamento, é perfeitamente concebível que a doutrina do Direito Alternativo não traria como símbolo a balança equilibrada, mas sim um que penderia para um dos lados.

O direito de considerar-se membro de uma comunidade doméstica, de um clã ou de uma associação política era assunto interno unicamente desses grupos. (...) pois uma das normas básicas de toda espécie de confraternização ou comunidade de piedade era a de que o **irmão não podia levar o irmão perante o juiz ou depor contra ele** (...) Vingar os delitos cometidos entre eles era coisa dos espíritos e deuses, do poder sacerdotal de proscricção ou da justiça de linchamento da associação. (Weber, 1999, 21p.)

Ao retirar toda a legitimidade do direito formal, o Direito Alternativo se adequa à antiga sociologia jurídica verificada nos clãs de que irmão não podia levar irmão perante o juiz ou depor contra ele.

Nesse sentido, esse direito reformador se ajusta à sociologia tribal, ao privilegiar aqueles que carregam esteticamente características

materiais compatíveis, tal como classe social, raça e gênero. Seria um direito para ser aplicado a *“um grupo concreto de indivíduos concretos, relacionados uns com os outros não só por abstratas relações sociais (...), como por concretas relações físicas, tais como tacto, o olfato, a vista. (Popper, 1987, vol. I, 188/189p.)”*

Desta forma, se o Direito Alternativo prevalecer, aqueles que não possuem as características materiais que correspondam àquelas dos movimentos sociais organizados, não teriam um sistema judicial imparcial que pudessem acionar quando acreditassem que seus direitos próprios tivessem sido violados. Estariam, por tanto, formal e materialmente inseguros para agir porque estariam desamparados pelo sistema jurídico, já que não pertenceriam ao grupo protegido.

Se os movimentos sociais visam a representar a coletividade de mulheres, pobres, negros, homossexuais, etc, significa dizer que o Direito Alternativo, na dialética jurídica dos tribunais, ao atender a demanda de direitos desses novos movimentos sociais, vai responsabilizar aqueles que não possuem as características materiais correspondentes, já que não pertenceriam à tribo juridicamente protegida. Isto é, se o Direito Alternativo se preocupa em atender aos anseios desses grupos materialmente caracterizados, então, aquele que for homem, branco, heterossexual e financeiramente bem posicionado já traz a culpa esteticamente gravada e comprovada antes de contradizer as acusações recebidas. Mais uma vez, vislumbra-se que o pressuposto do Direito Alternativo seria a estética e não a ética.

Analisando o requisito estético, deve-se considerar que a uniformidade tribal não seria plenamente alcançada. O Direito Alternativo não seria capaz de resolver os conflitos sociais, ainda que dentro da coletividade a qual privilegia, porque nada impediria que esta tenha membros que venham pertencer a diversas categorias materiais. Como que a dogmática alternativa resolveria uma demanda judicial que envolvesse um homem negro e uma mulher homossexual? Não havendo uma resposta puramente estética para esse conflito hipotético, então, a decisão somente poderia ter um caráter meramente pessoal ou Direito Alternativo teria que ressuscitar a metodologia jurídica dos ordálios Medievais.

No passado, o direito especial surgiu, em regra, na forma de um direito criado por “arbitrio”, isto é, criado, em ordens autonomamente estatuídas, pela tradição ou pelo estatuto estipulado de comunidades consensuais “estamentais” (...)

Toda comunidade consensual ou relação associativa que era portadora de ordens especiais (...) era, na época anterior à imposição do contrato funcional, da liberdade de contrato no sentido atual e do caráter de instituição da associação política, ou bem um grupo de pessoas, determinado por fatos objetivos (nascimento, vínculos políticos, éticos ou religiosos, condução da vida ou atividade profissional) ou então um grupo oriundo de uma confraternização explícita. A situação primitiva era a de que um “procedimento jurídico”, correspondente ao nosso “processo”, se realizava somente entre associações diferentes (clãs) e seus membros, na forma de um processo expiatório. **Dentro das associações, entre os membros, havia a arbitragem patriarcal.** (...) Mas já temos, também, aquela circunstância que perturba essa situação aparentemente simples: **a de que o indivíduo pertence, muitas vezes, a várias associações pessoais**, e isto já nas fases de desenvolvimento mais remotas a que temos acesso. Mesmo assim, a sujeição a um direito especial constituía, em princípio, uma qualidade estritamente pessoal, um privilégio adquirido por usurpação ou concessão e, portanto, um monopólio dos participantes (...) (Weber, 1999, 37/38p.)

Se a decisão judicial é muito insatisfatória, ao ser aplicado o critério estético para a decisão da lide, então, o conflito entre membros não seria solucionável. Significa dizer que tal sociedade seria organizada conforme o tipo de solidariedade mecânica, de modo que haveria a fusão

dos indivíduos no todo social e não sobraria espaço para a manifestação da personalidade, que justificasse o indivíduo pertencer a várias associações pessoais. Portanto, o Direito Alternativo seria atávico ao coletivismo.

(..) Se a sociedade, ou o Estado, é uma entidade dotada de vontade e intenção e de todas as outras qualidades que lhe são atribuídas pela doutrina coletivista, então é simplesmente absurdo confrontar as aspirações triviais do pobre indivíduo com seus majestosos desígnios.

(...) Todas as variantes de credo coletivistas estão unidas na sua implacável hostilidade às instituições políticas fundamentais do sistema liberal: governo da maioria, tolerância com as opiniões divergentes, liberdade de pensamento, de expressão e de imprensa, igualdade de todos perante a lei. (Mises, 1995, 151p.)

Por conseguinte, o modelo jurídico alternativo não traria a confiança necessária e a paz social almejada para o progresso da sociedade aberta. A coletividade que considera um dado da natureza os diversos conflitos de interesses entre os membros não se pode organizar com base em uma característica estética, do tipo coletivista, porque a culpa já estaria definida antes mesmo de o ato ser praticado. Isto significa dizer que a desconfiança seria crescente e, por conseguinte, as relações sociais e comerciais se tornariam inseguras, o que reduziria o intercâmbio e a iniciativa entre os membros da sociedade.

A sociedade, para induzir a iniciativa e o progresso, necessita produzir segurança nas relações realizadas de boa-fé. Tal segurança somente pode consolidar-se quando o indivíduo é livre para buscar os fins que desejar, desde que obedeça aos padrões de conduta estipulados nos ordenamentos jurídicos.

A concepção de justiça como entendemos, qual seja, o princípio de tratar todos sob as mesmas regras, gradualmente emergiu no curso histórico; e então se tornou o guia numa progressiva aproximação à Sociedade Aberta de indivíduos livres e iguais perante a lei. (Hayek, 1976, 39p.)

Uma sociedade que pressupõe a independência do indivíduo para idealizar a ação que o levaria ao fim pretendido é a sociedade aberta. Tal sociedade somente teria existência se os indivíduos assumissem a responsabilidade pelos atos praticados, pois quem iria livremente comprometer-se caso não tivesse uma mínima garantia do Estado para obrigar a outra parte a ressarcir o acertado no acordo? A responsabilidade é a contrapartida necessária à liberdade dos indivíduos, a fim de criar a confiança necessária às futuras relações. A responsabilidade legal, portanto, é a garantia essencial para o progresso das relações dentro de uma sociedade heterogênea.

Os romanos, cujo senso prático é reconhecido, pontificaram o *“Pacta Sunt Servanda”*, ou seja, partindo do princípio de que os cidadãos romanos eram livres para estabelecer os planos que quisessem, uma vez formalizadas as vontades pretendidas, os contratantes ficariam vinculados aos termos do acordo assentado. Não haveria categorias estéticas que suplantassem a vontade livremente exercida pelo cidadão.

Ainda que existam exceções específicas, como a maioria das partes e a legalidade do objeto, a vontade livremente manifestada é o único requisito universal que o direito vigente exige para a ratificação do acordo. A vontade expressa no ato da formalização do contrato pressupõe que o indivíduo tem a capacidade moral e material para o cumprimento do acordo.

Se for considerado que, em uma sociedade coletivista, o indivíduo fica diluído no todo social, então pode-se deduzir que a

personalidade não se manifesta. Isto significa dizer que a vontade é contida pelo todo e, portanto, o indivíduo não pode agir livremente. No direito vigente, as situações em que a vontade não vincula a pessoa ao contrato ocorrem quando as partes são menores de idade ou insanas. No geral, o indivíduo é livre e soberano para tomar as decisões que julgar conveniente, desde que não fira os direitos alheios.

Entretanto, isso não é assegurado pelo dogma do Direito Alternativo. Uma das práticas jurídicas propostas pelo Direito Achado na Rua, a fim de promover a mudança da estruturação social, é uma atuação dialética na atividade jurisdicional que, rompendo o dogma da sistematização, preveja que a decisão possa ser *contra legem*.

“O Direito Achado na rua” (...) enquanto reflexão sobre a atuação jurídica dos novos sujeitos coletivos e das experiências por eles desenvolvidas de criação de direito e assim, como modelo atualizado de investigação: 1) **determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais** que enunciam **direitos ainda que contra legem**; 2) definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; (...) (Sousa Junior, 2002 51p.)

Ao propor a enunciação de direitos ainda que *contra legem*, ou seja, a previsão de “direitos” que são contrários à lei, a dogmática alternativa propõe que a justiça poderia contrariar a previsão legal para atender as demandas dos movimentos sociais.

Dentro de uma análise geral sobre a sociedade, isto implica na existência de uma multiplicidade de sistemas jurídicos, correspondentes aos diversos movimentos sociais. Isso não causaria maior problema se tal antagonismo legal ficasse confinado a uma mesma coletividade em um lugar. Essa jurisdição alternativa, se segregada do restante da sociedade,

passaria a ser, de fato, uma outra, o que invalidaria o pressuposto inicial, porque o novo direito posto seria legítimo, ainda que contrário ao restante da sociedade. Isso pode causar alguma contrariedade moral ao restante da sociedade, mas não maiores inseguranças porque o restante da sociedade teria previsão sobre como aquela comunidade específica se regula.

Entretanto, se a previsão *contra legem* for cabível dentro do mesmo território do restante da sociedade e a ela também cabível, isso implica duas situações.

A primeira seria de ordem social. O Direito Alternativo assumiria que aquele que veio a ser beneficiado por uma decisão *contra legem* não teria consciência do ato praticado. A sua vontade apresentaria um vício, tal qual aquele expresso por menores e dementes. O Direito Alternativo estaria, então, considerando que os indivíduos não teriam capacidade de responder pela vontade formalizada, isto é, o Estado assumiria que o indivíduo seria um ser indefeso por estar alienado a respeito da maneira de agir.

Isso pressupõe um estado de matriz totalitária porque, além de tratar de assuntos gerais da administração e da segurança do todo social, o Estado também se ocuparia de educar e mostrar o caminho do certo e do errado. A organização estatal ocuparia todos os espaços públicos e privados, onde, anteriormente, o indivíduo tinha liberdade de atuar. A pessoa seria então assimilada pelo todo social, não lhe sendo permitido a liberdade de escolher e de agir. Ele seria apenas uma parte orgânica do sistema social, cuja função seria apenas a de contribuir para o atingimento

dos objetivos da coletividade.

(...) Se o Estado dirigisse as ações individuais visando a atingir objetivos específicos, teria de agir com base em todas as circunstâncias do momento, e, portanto, suas ações seriam imprevisíveis. Daí o conhecido fato de que, quando mais o Estado “planeja”, mais difícil se torna para o indivíduo traçar seus próprios planos. (Hayek, 1994, 88p.)

A segunda situação, portanto, implica transmitir a impressão de insegurança jurídica em uma sociedade aberta. Dada a imprevisibilidade do que seria permitido ou proibido, em função da possibilidade de existirem sentenças que não se fundamentariam em normas formais ou que explicitamente se materializariam em razões *contra legem*, não haveria, portanto, o estabelecimento de relações comerciais ou obrigacionais confiáveis entre as pessoas. Isso se verifica porque as normas balizadoras de conduta deixariam de ser certas e previsíveis passando ser dependentes da concepção moral do magistrado que julgaria conforme o seu entendimento ideológico de bem.

IV-2 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste capítulo, foi tratado da estrutura política e ideológica do Direito Alternativo. A prática política dessa nova forma de direito se coadunaria com a teoria de Antonio Gramsci, que prevê o direito como instrumento para fazer incutir na sociedade outros costumes; costumes que seriam sintetizados com o objetivo de transformar o homem comum em um homem coletivo. Um homem que deixaria de exercer a própria individualidade ao ser absorvido pelo todo social.

Por conta da meta política de transformar o indivíduo em uma

célula do organismo social, foi analisada a ideologia do Direito Alternativo, cuja base viria dos ideais dos movimentos sociais voltados para valores. A partir dessa afirmação conceitual, o Direito Alternativo demonstraria que a sua pretensão não seria a de tratar igualmente todos perante a lei. O seu *modus operandi* dar-se-ia com a eleição apriorística daquele que estaria com o direito. Isto é, se uma parte da relação processual pertence à categoria dos movimentos sociais, então ele estaria com o direito.

Ao definir *a priori* quem estaria com o direito, o dogmatismo do Direito Alternativo seria a própria juridicidade do ideal coletivista. Se segmentos da sociedade contariam com esse privilégio, então a meta coletivista de que é bom aquilo que é do interesse de um grupo ou de uma tribo estaria confirmada.

Como apresentado, para o Direito Alternativo atingir a sua meta, deveria romper com o formalismo do direito vigente para estruturar a nova ordem que vai receber o novo homem coletivo.

Esta nova estrutura foi exemplificada pela sentença do juiz Reinaldo Tovani que considerou que, na cadeia, não pode permanecer quem cometeu um deslize de pequena monta, se estariam também livres autores de delitos maiores. A formalidade do direito vigente, para o qual todos são iguais perante a lei, foi categoricamente suplantada quando a justificativa do juiz assevera que no Brasil “a lei é para ” preto, pobre e puta.”

O Direito justifica a qualidade de alternativo quando propõe a “des-oficialização”, a “des-codificação” e a “deslegalização” de todo o direito vigente.

Foi ainda analisado outro aspecto mais prático do Direito Alternativo. Esse direito deixaria a meta final utópica de substituição de toda a estrutura do direito vigente como uma referência e proporia uma ação mais direta na prática judicial cotidiana. Foi apresentado que, no dia-a-dia da prática jurídica, o Direito Alternativo fundamentaria decisões, ainda que *contra legem*, para favorecer determinadas categorias sociais.

Ao categorizar que os ideais políticos de determinadas parcelas da sociedade estariam em acordo com a fundamentação doutrinária do Direito Alternativo, este iria transformar-se no instrumento de um Estado ético, ao estipular os fins que deveriam ser perseguidos por todos os membros da sociedade.

Se o juiz é a autoridade que vai dizer o que é bom para a sociedade, então a insegurança jurídica teria justificativa para surgir na sociedade, por que os parâmetros morais usados pelo juiz não podem ser conhecidos de todos.

V - INSEGURANÇA JURÍDICA DO DIREITO ALTERNATIVO

Este capítulo visa a analisar como que a ideologia do Direito Alternativo cria a percepção social de que a sua prática provoca insegurança jurídica na sociedade.

A insegurança jurídica, advinda da prática jurídica do Direito Alternativo, estaria associada a uma concepção moral que fundamenta o modo alternativo do direito. Isto é, como a fundamentação desta prática jurídica é fruto de um construtivismo jurídico de base ideológica, é factível vislumbrar que essa prática jurídica pode trazer risco aos empreendimentos privados, porque as sentenças não teriam a legitimidade de serem fundamentadas em regras promulgadas pelo sistema político tradicional. Isto é, como lhes falta a legitimidade legal, pressupõe-se que as regras que balizam as sentenças têm natureza moral e não jurídica.

Enquanto a norma jurídica tem um valor heterônomo, a moral possui um vínculo autônomo. Se o direito passa a vincular-se à moral da autoridade judiciária, então, a sentença do juiz adquire uma natureza personalíssima. Se as regras que fundamentam a sentença são personalíssimas, logo, não podem ser reconhecidas por todos, o que aumenta a probabilidade de existir insegurança nas relações humanas.

Partindo dessa hipótese, será trazida uma contraposição entre o sistema jurídico que permite o reconhecimento da segurança jurídica como consequência de regras heterônomas e o Estado que se organiza em valores morais autônomos.

A segurança jurídica seria manifesta em uma sociedade que

explicitasse normas, de maneira que fossem estáveis, certas, previsíveis e calculáveis. De outro lado, será demonstrada qual a natureza do Estado que se orienta por preceitos morais. Isto é, seria a contraposição entre um Estado democrático e um Estado totalitário.

Em um Estado moral, sem instituições que garantissem a segurança jurídica, as iniciativas pessoais que geram os empreendimentos humanos tenderiam a retroceder. Isto porque o processo interno que move o indivíduo é a perspectiva de alcançar um maior conforto, tal como conceituado por Ludwig Von Mises. Se a perspectiva de uma melhor condição pode vir a ser sustada pela insegurança que é causada pela ideologia própria do juiz, então, tudo ficaria estagnado.

Esta visão de mundo causaria uma perturbação na ação humana, conforme demonstram os dados auferidos dos questionários aplicados a empresários. Tal perturbação seria a insegurança da justiça.

Tabelas amostrais também serão apresentadas com dados extraídos de questionários submetidos aos juízes. Tais dados sinalizam a prevalência da função social da justiça independentemente da vontade das partes expressa nos contratos. A base ideológica da função social da justiça reforçaria a tese que pretende comprovar a hipótese de que a influência do coletivismo na justiça é um fator de insegurança jurídica.

V-1 - A INSEGURANÇA DO SISTEMA JURÍDICO

A principal característica da justiça alternativa, fora de uma análise política, é a percepção de que a sentença expedida foi feita a partir

de um julgamento moral. Isto é, tal qual o afirmado pelo Juiz David Diniz Dantas, há princípios morais que dão razão ao pedido do senhor. Se existem preceitos morais, a justiça alternativa seguiria o mesmo fundamento apresentado pelo juiz.

Considerando que a natureza coercitiva da moral é autônoma, somente o indivíduo que a reconhece é que se vincula ao valor por ela expresso. Por ser de natureza personalíssima, a norma moral não é reconhecida por toda coletividade. A natureza do valor moral, na maioria das vezes, impulsiona o indivíduo a agir de determinada forma, bem como, de outra, refreia a sua ação.

Isto é claramente percebido em questões que hoje estão em voga: o aborto. Ainda que o aborto fosse permitido, o médico poderia alegar um constrangimento moral e não realizar a intervenção cirúrgica para retirar o feto do ventre da mãe. A relação humana estabelecida entre o médico e a paciente não traz maiores inseguranças à sociedade porque a restrição ficaria claramente exposta entre as partes interessadas. O médico informaria à paciente que um princípio moral o impedia de executar o aborto. A paciente se quisesse levar até o fim a sua pretensão deveria, então, procurar outro médico que não possuísse tais restrições morais.

Percebe-se, pelo exemplo, que os vínculos morais somente poderiam ser reconhecidos em uma relação concreta de indivíduos concretos, tal como anteriormente citado por Popper. Isto é, numa família ou numa relação tal qual a de médico-paciente.

Tal relação concreta não ocorre, na maioria das vezes, em uma

sociedade aberta em termos econômicos. Quando o indivíduo estabelece uma relação comercial, o pressuposto moral para a validade do contrato é a vontade expressamente materializada durante a formalização do acordo. Ou seja, o pressuposto moral entra na relação comercial como um dado formal do contrato. A assinatura do contrato não obriga uma investigação sobre a capacidade de pagamento ou sobre a necessidade real do bem para a parte contratante. Para a economia e para o direito não cabe entrar no mérito sobre o porquê da decisão dos contratantes.

É verdade que a economia é uma ciência teórica e, como tal, se abstém de qualquer julgamento de valor. Não lhe cabe dizer que fins as pessoas deveriam almejar. É uma ciência dos meios a serem aplicados para atingir os fins escolhidos e não, certamente, uma ciência para escolha dos fins. (Mises, 1995, 10p.)

Tal como o direito, a economia não faz juízo de valor sobre a finalidade do negócio. Por entrar nas escolhas dos fins, que pode alcançar até as relações comerciais, é que o Direito Alternativo traz a sensação de insegurança jurídica para os agentes econômicos, em função de modificar acordos livremente assentados com base em princípios morais.

Em uma sociedade aberta, na qual a relação entre consumidores, vendedores e produtores é cada vez mais impessoal, as relações comerciais precisam de uma estrutura jurídica que dê segurança aos acordos realizados.

Afora a natural insegurança do negócio em um ambiente de concorrência, de subjetividade do consumidor e dos riscos interveniente como os meteorológicos, financeiros, etc., o agente econômico não pode assimilar o risco jurídico, por conta de uma doutrina jurídica que prevê a “deslegalização”, “des-oficialização” e, ainda, a aceitação de um julgamento

que contrarie a letra da lei.

A segurança jurídica é um princípio bem estabelecido no Direito, sendo seu objetivo facilitar a coordenação das interações humanas, inclusive econômicas, reduzindo a incerteza que as cerca. Esse princípio se inspira na confiança que deve ter o indivíduo de que seus atos, quando alicerçados na norma vigente, produzirão os efeitos jurídicos nela previstos. A segurança jurídica se traduz por uma norma jurídica estável, certa, prevista e calculável. (Pinheiro e Giambiagi, 2006,192p.)

A garantia da segurança jurídica é um pressuposto do estado, que teria sido expresso pelos contratualistas que, ao fazerem analogia aos contratos, estipularam que a organização política dos estados seria o resultado de um acordo estabelecido entre os membros da sociedade. A estabilidade das regras sociais e políticas seriam formalizadas tal qual um contrato, porque se fundamentaria exclusivamente na vontade das partes e perduraria enquanto os membros assim desejassem.

Este é o princípio estatal que é derogado pela dogmática do Direito Alternativo. As partes afeitas ao contrato comercial e financeiro, bem como os legisladores que implementam as normas que regulam essas interações sociais ou outras similares não foram chamados a opinar e decidir sobre a legitimidade de pretender-se a “des-oficialização”, a “des-codificação” e a “deslegalização” do sistema jurídico. O juiz singular, dentro da sua compreensão sobre a moralidade de uma conduta humana, decide no caso concreto, mas legislaria, indiretamente, em termos abstratos e gerais por força da jurisprudência.

Quando os resultados particulares são previstos na ocasião em que se faz uma lei, esta perde o caráter de simples instrumento a ser empregado pelo povo e converte-se num instrumento usado para controlar o povo. O Estado deixa de ser peça de um mecanismo utilitário destinado a auxiliar as pessoas a desenvolverem sua personalidade individual para tornar-se uma instituição “moral” – “moral” não em contraposição a imoral, mas no sentido de uma instituição que impõe aos que ela se acham

subordinados suas idéias sobre todas as questões morais, quer essas idéias sejam morais, quer altamente imorais. Nesse sentido, o Estado Nazista ou qualquer outro Estado coletivista é “moral” (...) (Hayek, 1994, 89p.)

Como a decisão judicial servirá de referência jurisprudencial para orientar outras, significa dizer que o juiz se arvorou em legislador ao contrariar uma norma estatuída pelos representantes do povo, sem a autorização legítima do sistema político. Como o sistema político brasileiro é organizado conforme as regras democráticas, que prevêm a participação popular periódica para o julgamento e, conseqüentemente, a escolha dos representantes políticos, qual o compromisso formal dos magistrados e dos promotores de justiça com a população se não são submetidos a ela, em nenhum momento, para um julgamento nos moldes do processo eleitoral?

Se de cada juiz se espera uma decisão sobre a conduta alheia apenas focada na sua concepção moral, significa dizer que a sociedade teria vários entendimentos sobre a correta conduta humana, em função de existirem diversos padrões morais. Vários entendimentos sobre coisas similares geram insegurança na sociedade, por inexistir, claramente, o que é permitido. Tal insegurança provocaria a retração da iniciativa entre os agentes econômicos.

Como já apresentado, uma sociedade aberta, em que todos são livres para decidir sobre o que melhor lhes aprouverem, precisa de normas estáveis, certas, previstas e calculáveis, para que os indivíduos possam saber quais os limites legais, dentro dos quais podem empreender atividades que já carregam outros riscos embutidos.

Isto porque a insegurança jurídica provoca nos indivíduos

retração em agir. “*Ação humana é comportamento propositado. Também podemos dizer: ação é vontade posta em funcionamento, transformada em força motriz (...) (Mises, 1995, 12p.)*” Como a ação humana é um comportamento propositado, o indivíduo age por algum motivo. O motivo que o impele é a perspectiva de melhorar a sua situação.

Chamamos contentamento ou satisfação àquele estado de um ser humano que não resulta, nem pode resultar, em alguma ação. O agente homem está ansioso para substituir uma situação menos satisfatória por outra mais satisfatória. Sua mente imagina situações que lhe são mais propícias, e sua ação procura realizar esta situação desejada. O incentivo que impele o homem à ação é sempre algum desconforto. (Mises, 1995, 14p.)

Se o agente homem age em busca de uma situação que lhe proporcionar maior conforto, então, *a contrario sensu*, esse agente não vai tomar iniciativa se perceber que a conseqüência de sua ação pode gerar algum desconforto. Portanto, a insegurança jurídica influencia no comportamento do agente homem porque lhe transmite a dúvida se determinado negócio jurídico, que poderia lhe trazer um conforto maior, terá previsão de permanecer existindo. Ação, então requer, por parte do agente homem, o estabelecimento de um raciocínio que implique uma relação de causalidade. Se a causa que motiva a ação traz um efeito de maior conforto, então o agente homem seria compelido a agir.

O homem tem condições de agir porque tem a capacidade de descobrir relações causais que determinam mudanças e transformações no universo. Ação requer e pressupõe a existência da causalidade. Só pode agir o homem que percebe o mundo à luz da causalidade. Neste sentido é que podemos dizer que a causalidade é um requisito da ação. A categoria meios e fins pressupõe a categoria causa e efeito. Num mundo sem causalidade e sem regularidade dos fenômenos, não haveria campo para o raciocínio humano nem para a ação humana. Um mundo assim seria o caos no qual o homem estaria perdido e não encontraria orientação ou guia. (Mises, 1995, 23/24p.)

Realizando um raciocínio com base nas relações de causa e

efeito, a respeito da confiança em estabelecer um contrato, pode-se deduzir que o fundamento lógico seria o seguinte: a segurança jurídica seria a causa que vai ter influência sobre a decisão de formalizar um contrato. Quando a sociologia do Direito Alternativo prevê a possibilidade de, no geral, invalidar todo o direito formal e, no particular, de decidir contra a norma estatuída, qual segurança jurídica podem perceber os membros de uma sociedade, que são livres para escolher o caminho em direção a uma situação de maior conforto?

Se não existir o direito formal a dar parâmetros para a ação do homem livre, então, a única possibilidade contra o caos vislumbrado seria a transformação da sociedade aberta em uma sociedade fechada ou coletivista. Isto porque, neste tipo de organização política, a iniciativa individual, realizada segundo os parâmetros delimitados pelas leis e costumes, seria substituída pela obediência a uma ordem superior.

O universalismo e o coletivismo são necessariamente sistemas de governo teocrático. A característica comum de todas as suas variantes é a postulação de uma entidade sobre-humana à qual os indivíduos devem obediência. (Mises, 1995, 150p.)

Partindo desse princípio, percebe-se claramente que a doutrina do Direito Alternativo segue precisamente a estratégia traçada por Gramsci, no sentido de fazer do direito um mecanismo de transformação cultural da sociedade para permitir surgir o novo sujeito coletivo, conhecedor e provedor de todas as necessidades da sociedade. Não sobraria espaço para a manifestação da personalidade do indivíduo.

Se a sociedade, ou o Estado, é uma entidade dotada de vontade e intenção e de todas as outras qualidades que lhe são atribuídas pela doutrina coletivista, então é simplesmente absurdo confrontar as aspirações triviais do pobre indivíduo com seus majestosos desígnios. (Mises, 1995, 151p.)

Ocorre que a sociedade ocidental, como já apresentado, desde os gregos antigos, não está culturalmente formada sob preceitos de um modelo teocrático, em que os indivíduos, absorvidos pelo todo social, condicionadamente devem obediência a uma entidade sobre-humana. Nesta parte do mundo, o pré-requisito para a organização social é o indivíduo e a sua liberdade de decisão. Liberdade que consiste em fazer uso da razão para ponderar sobre os fatos apresentados e finalmente decidir. Se a ele é dado o direito de escolher também lhe é cobrada a responsabilidade sobre a decisão.

Se o indivíduo, propriamente, tem a liberdade e a incumbência de escolher o caminho a trilhar, assumindo a responsabilidade pelo resultado alcançado, então o Estado precisa formalizar garantias de que o meio escolhido é estável desde o início até o fim. Se a estrada não transmite a segurança necessária, então é muito provável, e a prudência recomenda, que os planos de viagem sejam mudados.

Em um Estado organizado sobre as prerrogativas de uma sociedade aberta, o controle social exercido sobre os indivíduos é feito sobre o meio escolhido e não sobre o fim idealizado. Se o estado não garantir a clareza e a estabilidade dos meios legais escolhidos, haverá considerável aumento do risco para a ação humana ser tentada, fora aqueles intrínsecos de qualquer empreendimento.

É claro que a ação pode ser desenvolvida em vários campos da criatividade humana, mas é, principalmente, no econômico que o risco jurídico de tornar o empreendimento não rentável implica prejuízo financeiro

e, conseqüentemente, falta de investimento futuro, o que vai causar menor desenvolvimento para a sociedade.

(...) o risco regulatório resulta da capacidade de o Estado mudar as regras “**no meio do jogo**”. O jogo em questão pode ser assim sintetizado: em um momento inicial se estabelece um conjunto de regras; com base nele, um agente privado decide se um investimento é ou não rentável; se o investimento é feito, o agente privado fica em certo grau preso a ele e não pode voltar atrás sem sofrer alguma perda; sabedor disso, o Estado pode mudar as regras, ex post, a seu favor, abocanhando um pedaço maior do excedente gerado pelo investimento, o agente privado não investe, ou o faz de forma ineficiente. (Castelar e Giambiagi, 2006, 191p.)

Uma das maneiras de o Estado mudar as regras no meio do jogo se dá por intermédio da atuação do Poder Judiciário. Isto porque o Poder Legislativo, ainda que modifique uma regra estabelecida, nunca o faz no meio do jogo, estritamente falando, porque os atos praticados com base na norma anterior continuam a ter validade no tempo futuro. Somente aqueles, praticados após a publicação da norma nova, é que serão por esta regulados.

Os atos praticados, ao tempo de validade da norma antiga, se dizem que são juridicamente perfeitos. Entretanto, quem vai decretar que um ato é juridicamente perfeito é o poder judiciário se for instigado a opinar a respeito.

Partindo do pressuposto que a sociedade ocidental é organizada segundo o modelo de sociedade aberta, é justamente na hora em que o judiciário é chamado a decidir, que a ideologia coletivista, se for esta a visão de mundo dos magistrados e dos operadores do direito, pode influenciar. O magistrado, coerente com a ideologia, modifica um procedimento que à luz da norma expressa teria a garantia de um ato

juridicamente perfeito.

O conceito de ideologia é menos amplo do que o de visão de mundo. Ao nos referirmos a ideologia, temos em mente apenas a ação humana e a cooperação social. (...) Não são apenas teorias científicas, mas também doutrinas acerca do que deveria ser, isto é, acerca dos fins últimos que o homem deveria pretender atingir nas suas preocupações terrenas. (Mises, 1995, 178p.)

Se possuidor de uma ideologia que pressupõe a sociedade, como hoje organizada, propicia benefícios a uns em detrimentos dos outros e que essa injustiça se materializa pela diferença de renda e de prestígio social, o magistrado sacrificaria a imparcialidade formal da profissão e atuaria como um agente público em favor daqueles que lhe parecem mais prejudicados.

De acordo com essa visão, o magistrado não consideraria como pressuposto fundamental do contrato a manifestação da vontade individual. O indivíduo seria alienado por estar influenciado pelo pensamento imposto pela categoria dominante. Não teria vontade própria porque não saberia medir as conseqüências de sua vontade.

O contrato, um negócio jurídico de natureza comutativa, isto é, que pressupõe obrigações para as partes contratantes, seria modificado pelo judiciário com base na ideologia que identifica a parte inadimplente como jurídica e socialmente alienada para medir as conseqüências do ato formalmente realizado.

A decisão do indivíduo, portanto, não seria capaz de justificar a máxima romana: *Pacta Sunt Servanda*. O pacto não vincularia porque a vontade do indivíduo não existiria. Alienação feriria a essência vinculante do pacto, porque não permitiria a expressão da vontade própria. Alienação faria

o indivíduo não decidir por si mesmo, no interesse de seu grupo.

O indivíduo comum não seria, então, um ser próprio, mas uma célula de um organismo social, cuja categoria estaria pré-determinada a cumprir um papel social.

O homem comum não especula sobre os grandes problemas. Ampara-se na autoridade de outras pessoas, comporta-se como “um sujeito decente deve comportar-se”, como um cordeiro no rebanho. É precisamente esta inércia intelectual que caracteriza um homem como um ser comum. Entretanto, apesar disso, **o homem comum efetivamente escolhe**. Prefere adotar padrões tradicionais ou padrões adotados por outras pessoas porque está convencido de que esse procedimento é o mais adequado para atingir o seu bem-estar. E está apto a mudar sua ideologia e, conseqüentemente, o seu modo de ação, sempre que estiver convencido de que a mudança servirá melhor a seus interesses. (Mises, 1995, 49p.)

Por mais que o homem esteja envolvido em uma “teia de dependência” em que determinados comportamentos são esperados e até rotineiros, não se pode ampliar que a permanência na teia possa ter um caráter determinístico absoluto. Se o homem comum não especula sobre os grandes problemas, não significa dizer que os problemas que se apresentam no cotidiano da existência sejam sempre de grandes dimensões. Para estas situações corriqueiras da vida, o homem analisa a situação e decide com base no seu conhecimento prático da vida.

A decisão sobre a tomada de um empréstimo não pode ser igualada aos grandes problemas. O indivíduo responsável decide pelo empréstimo depois de avaliar a sua real capacidade de financeira. Esta decisão não pode ser considerada um problema em que o indivíduo não possa escolher um outro caminho. Embora a dívida possa vir a tornar-se um motivo de preocupação para ser amortizada, não é necessária uma análise científica para conhecer a verdadeira capacidade de pagamento. Portanto,

não se pode dizer que o indivíduo responsável estaria alienado ao decidir tomar um empréstimo. Fez porque achou que o pagamento não seria um problema.

É justamente essa visão do cotidiano vulgar da vida que faz a diferença entre uma concepção coletivista da sociedade e uma individualista. Para a primeira, o indivíduo comum que toma um empréstimo ou que se compromete em um contrato o faz sem condições maduras para analisar as conseqüências do seu ato.

Uma sociedade assim organizada, em que a capacidade de decisão do homem comum não é considerada, seria do tipo de solidariedade mecânica, ou coletivista. Isto porque se o indivíduo, por mais desprovido de recursos, não é capaz de decidir, então essa atribuição vai caber a uma elite que vai decidir por todos.

Do alto da sabedoria da elite dirigente, os juízes, alegando razões de justiça social, isto é, uma justiça que tenha um caráter distributivista dos bens produzidos pelo conjunto de indivíduos, interferem no âmbito próprio da decisão individual e modificam o acordo juridicamente perfeito.

A demanda por justiça social é endereçada não a indivíduos, mas à sociedade – ainda sociedade, em stritu sensu, deve ser distinguida do aparato governamental - é incapaz de agir para um propósito específico, e a demanda por justiça social, posteriormente, se transforma em uma demanda pela qual os **membros da sociedade devem organizar-se para fazer possível assegurar divisões** do produto da sociedade para diferentes indivíduos ou grupos. (Hayek, 1978, 64p.)

Como a demanda em favor da justiça social é direcionada à sociedade, o juiz, como membro dela e conhecedor do seu poder de modificar um ato jurídico, entenderia que teria condições de interferir em um

acordo livremente estabelecido para promover uma maior distribuição de bens. Nesse caso, o juiz, de acordo com a doutrina do Direito Alternativo, modificaria um acordo juridicamente perfeito, em prol de um idealismo político que visaria a uma mudança social.

Para dimensionar o quanto que uma ideologia coletivista tem capacidade de influenciar o juiz sobre a decisão formalizada na sentença, a tabela a seguir aborda a questão sobre o entendimento que os juízes fazem a respeito da formalidade dos contratos.

<p>“Na aplicação da lei, existe frequentemente uma tensão entre contratos, que precisam ser observados, e os interesses de segmentos sociais menos privilegiados, que precisam ser atendidos. Considerando o conflito que surge nesses casos entre esses dois objetivos, duas posições opostas têm sido defendidas: A. Os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais; B. O juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos. Com qual das duas posições o (a) senhor (a) concorda mais?”</p>		
	Frequência	%
Concorda mais com a primeira (A)	146	19,7
Concorda mais com a segunda (B)	542	73,1
Não sabe / Sem opinião	21	2,8
Não respondeu	32	4,3

Fonte: Castelar, 2003, 192p.

Considerando o alto índice de juizes que decidem em favor do um papel social a cumprir, é factível perceber que tal postura ideológica já tenha sido percebida pelos agentes econômicos. Como é natural que esses agentes atuem de acordo com a concepção da ação racional, então é presumível que alguma medida já tenha sido efetivada para fazer frente a essa situação de desconforto.

Um dos setores da economia mais sensível ao risco da insegurança jurídica é o de crédito. *Ocorre, porém, que, nos setores mais*

sensíveis, a reação natural à falta de segurança jurídica é a elevação dos preços. (Castelar & Giambiagi, 2006, 194p.) Isso pode explicar o porquê do custo do dinheiro ser tão elevado no Brasil. Embora isso ainda não tenha sido percebido pelo homem comum, que reclama dos juros e de outros encargos bancários, vale considerar que a elevação do custo de transação sofre influência direta da insegurança jurídica.

Para Lula, mito da desonestidade emperra o país: Na Folha: "Dois dias após a divulgação, pela revista Veja, de uma denúncia de que ele e outros integrantes de seu governo manteriam contas bancárias no exterior, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva disse que **'no Brasil nós temos uma cultura disseminada na cabeça de todo mundo de que todos são desonestos até prova em contrário'**. O presidente Lula lançou a indireta ontem à noite, quando falava sobre as dificuldades que as cooperativas têm de conseguir crédito oficial, durante evento voltado para a área. Segundo o presidente, até quando o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) estuda aumentar os recursos para as cooperativas, 'há sempre essa dúvida'. Ainda segundo o presidente, em geral não se parte do princípio oposto: 'A gente não pensa diferente: todos são honestos até prova em contrário', afirmou. **'Se a gente parte do pressuposto de que as pessoas não vão pagar e exige garantias que as pessoas não podem dar antes de fazer o financiamento, fica tudo parado'**, disse." (www.primeiraleitura.com.br, capturado em 16/05/2006)

O efeito diagnosticado pelo Exmo. Sr. Presidente da República pode paralelamente retratar a conseqüência de uma decisão judicial baseada não numa norma estável e certa, mas em uma visão de mundo que venha a ser antagônica à liberdade individual de decidir. Isto é, se o Poder Judiciário, visando à justiça social, interfere na decisão individual das partes, a fim favorecer aquela que considera mais frágil, o custo transacional terá de ser recompensado de outra forma. Uma delas seria a exigência de apresentar maiores garantias, o que pode inviabilizar os negócios futuros.

Se o empresário não percebe segurança em receber a sua contrapartida expressa no contrato, seja em função da desonestidade da

outra parte contratante, seja em função da decisão judicial ideológica, então o preço a ser pago pelo dinheiro ou por qualquer outro bem posto à disposição para venda tenderá a subir até um ponto em que o negócio ficaria inviabilizado. A partir de então, toda a sociedade perderia porque o consumidor seria impedido de satisfazer a sua necessidade, o empresário de promover a atividade econômica e o restante da sociedade de não experimentar um desenvolvimento econômico que traria progresso a todos.

A causa para o arrefecimento do desenvolvimento econômico é a perda de um bem fundamental para o funcionamento de uma sociedade aberta. **A confiança.** A sociedade ocidental, dentro de uma visão sociológica pode ser denominada como uma sociedade aberta; dentro de uma visão jurídica, como a sociedade dos contratos e dentro de uma visão psicológica como a sociedade de confiança.

É justamente a confiança que permite existir a relação contratual, que vai redundar na formação de uma sociedade aberta em que a posição social não está previamente determinada por relações concretas de indivíduos concretos. É a confiança um bem coletivo que permite a um indivíduo estabelecer relações como um outro que nunca tenha visto. Enquanto que numa família ou numa tribo as relações de confiança se estabelecem por meio do relacionamento concreto de indivíduos concretos, numa sociedade aberta, em que cada um é capaz de estipular o fim a ser buscado para a sua vida, as relações de confiança se estabelecem por meio do mercado.

Mercado, para uma sociedade aberta, seria mais do que um

mecanismo para facilitar o intercâmbio econômico. É o meio para justamente permitir que indivíduos, que não se conhecem, possam estabelecer relações sociais. É o mercado que permite a um indivíduo do interior do Brasil manter relações com um outro que nunca viu do outro lado do mundo. Para que esse relacionamento possa ser concretizado é necessária a confiança.

Nas sociedades de grandes massas, a estrutura organizacional revela-se eminentemente fria e abstrata. O relacionamento econômico racional proporciona a divisão do trabalho, a invenção da moeda e uma troca, um comércio, uma comunhão de interesses sob o império da Lei que sublima o benefício pessoal imediato em proveito de um Bem Comum abstrato a longo prazo. É assim que se consolida o ordenamento jurídico. (Meira Penna, 2002, 70p.)

Numa sociedade concreta de indivíduos concretos, a confiança é estabelecida em decorrência da vigilância que todos fazem sobre todos. Disso decorre uma consciência interna que informa ao membro da comunidade que todos agiram conforme o esperado. Numa sociedade aberta, na qual os indivíduos não estabelecem relações concretas entre os membros, a confiança necessária para o estabelecimento de relações interpessoais somente pode ser garantida por algo formal e assentado em uma ordem espontânea, que transmite legitimidade ao que está estipulado.

A confiança necessária para permitir o progresso das relações impessoais, que se formaliza pelo contrato, é garantida pelo ordenamento jurídico, por intermédio de normas jurídicas estáveis, certas, previsíveis e calculáveis. É a confiança no valor que a sociedade dá a essas regras que permite ao indivíduo dispor de seu capital financeiro e intelectual para ser usado em seu proveito imediato, o que, de maneira geral, repercute em progresso para a sociedade.

A confiança é, portanto, um sentimento captado pelo indivíduo

em função do comportamento demonstrado pelos outros. A confiança não seria um pré-requisito decretado pelo estado. Ela é uma instituição que se cria e se fortalece espontaneamente, a partir do comportamento médio expressado pela sociedade. Se as pessoas agem, na maioria das vezes, movidas pela boa-fé, então a confiança é irradiada pela sociedade.

Tanto o direito comercial quanto o direito de clientela incluem um conceito muito importante para o desenvolvimento jurídico ulterior: a *fides*. Esta abrange, de maneira peculiar, por um lado, os deveres que resultam de relações de piedade e, por outro, como *fides bona*, a boa-fé e a probidade das relações puramente comerciais. (...) Os princípios da *fides*, apesar de seu caráter informal, não representavam de modo algum vagos produtos sentimentais (...) Toda a série de contratos nitidamente elaborados, em cujo caráter peculiar se fundamenta substancialmente o direito romano que conhecemos, foi desenvolvida sobre o fundamento dos princípios da *fides*. (Weber, 1999, 43/44p.)

A boa-fé seria o principal fundamento para a existência de relações humanas em uma sociedade aberta. Afinal, não havendo vínculos concretos entre os agentes, somente a confiança entre as partes pode gerar um ambiente propício para que os negócios jurídicos sejam praticados.

Somente a confiança pessoal não é capaz de garantir a segurança necessária para o encadeamento dos negócios. Como a confiança é um vínculo moral que é estabelecido entre as partes, ela pode vir a ser traída com facilidade. Por ser um atributo moral, que vincula somente o indivíduo para consigo mesmo, a confiança precisa ser garantida por uma legislação jurídica que obrigue as partes ao que livremente acordaram, a fim de garantir a ampliação das relações humanas. Ter confiança na boa-fé da contraparte e segurança no ordenamento jurídico é a essência para o progresso das relações sociais em uma sociedade aberta.

O nível de confiança alcançado em uma sociedade é captado

subjetivamente pelos indivíduos, por intermédio de sinais que indicam como que os fundamentos jurídicos e sociais garantem relações socioeconômicas seguras. Indicações essas que podem ser transmitidas pela retórica política ou jurídica dos tribunais, ao sinalizarem a maneira de como as regras do ordenamento jurídico estão sendo cumpridas.

Com o objetivo de sondar a confiança dos agentes econômicos, foi aplicado um questionário a empresários da região centro-sul do Brasil, de diversas atividades econômicas.

Os questionários visaram a estabelecer uma sondagem de caráter indutivo-exploratório, no sentido de aquilatar qualitativamente a visão de empresários, acerca da politização das decisões judiciais. O grupo de empresários pesquisados pelo questionário não foi escolhido com base em nenhum desenho amostral rigoroso. Visou apenas a sublinhar os achados da pesquisa do economista Armando Castelar Pinheiro que se fundamentou em amostras que tratam da frequência que concepções políticas interferem na formulação das sentenças dos juízes

Procurou-se fazer a sondagem no centro-sul do Brasil por ser a região de maior atividade econômica, de maior concentração populacional, bem como de maior nível educacional do País. A região, com essas características, leva-nos a considerar que os indivíduos que lá exercem a atividade empresarial convivem em um ambiente, onde a organização social seria mais formalmente compatível com a sociedade aberta.

Considerando que é o ordenamento que garante a segurança jurídica quando a norma é estável, certa, previsível e calculável, foi

perguntado aos empresários se a visão política dos juízes interfere na fundamentação da sentença.

Percepção dos empresários se as decisões dos magistrados refletem um viés político

Na sua visão, os juízes, quando decidem sobre questões contratuais, consideram mais a própria concepção política do que o acordo expresso no contrato ou na lei?		
	Frequência	%
freqüentemente	7	26
ocasionalmente	7	26
raramente	8	30
nunca	1	0
não sabe / sem opinião	4	18

Opinião dos magistrados sobre o viés político das decisões

Argumenta-se que também o Judiciário se “politizou” muito nos últimos anos, o que faz com que por vezes as decisões sejam baseadas mais nas visões políticas do juiz do que em uma leitura rigorosa da lei. Na sua opinião, com que freqüência isso ocorre?		
	Frequência	%
Muito freqüentemente	29	3,9
freqüentemente	150	20,2
ocasionalmente	372	50,2
raramente	148	20,0
nunca	14	1,9
não sabe / sem opinião	12	1,6
Não respondeu	16	2,2

Fonte: Castelar, 2003, 170p.

Considerando que a opinião dos magistrados não reflete uma percepção sobre os fatos, mas uma opinião fundamentada em um verdadeiro conhecimento em virtude da profissão, a comparação com os dados levantados sobre os agentes econômicos leva a induzir o quanto da percepção dos agentes econômicos corresponde à realidade.

Segundo os dados dos agentes econômicos, 52% acreditam

que a visão política dos juízes, com regularidade, interfere na formulação da sentença, enquanto 74, 3% dos juízes afirmam o mesmo.

A existência de uma diferença de aproximadamente 18% entre as impressões dos empresários e as dos magistrados permite sondar que a impressão ou o sentimento dos empresários a respeito da segurança jurídica corresponde à realidade. Se a segurança jurídica se traduz por normas jurídicas certas, estáveis, previsíveis e calculáveis, a visão política dos juízes, quando aplicada às sentenças, é um fator que nega esse princípio. Como a visão política dos juízes reflete um juízo de valor próprio, então, a insegurança jurídica se manifestaria porque a norma deixaria de ser certa e estável, já que não contaria com a estabilidade, que implica ser aplicada em diversas situações futuras.

A visão política dos juízes, quando manifestada na sentença, formaliza a própria legislação moral que Kant apontou. Como seria possível calcular os riscos de um negócio se não é possível saber se o próprio negócio seria legítimo? Ninguém iria sentir-se seguro quando, aos riscos inerentes ao negócio, vem somar-se outro de natureza judicial que não tem possibilidade de cálculo. Isto é, o empreendedor não poderia calcular os custos transacionais em relação à justiça, porque o fundamento da lógica judicial estaria baseado em uma concepção moral, que não é válida e conhecida por todos.

A tabela seguinte procura medir o quanto que a concepção moral do juiz interfere nos negócios privados, a ponto de invalidar contratos.

Percepção dos empresários sobre o comportamento dos juizes

Em sua opinião, o juiz tende a concordar com quais das afirmativas abaixo:		
a) os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais;		
b) o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos.		
	Frequência	%
O juiz tende a concordar mais com a letra (A)	8	30
O juiz tende a concordar mais com a letra (B)	17	63
não sabe / sem opinião	2	7

Comparando os dados de sondagem desta tabela, com os da tabela, anteriormente apresentada, que destaca o testemunho dos próprios juizes a respeito do princípio romano *Pacta Sunt Servanda*, mais uma vez, indutivamente, pode-se captar que a impressão dos empresários não está distante da realidade praticada pelo judiciário. Enquanto 63% dos empresários percebem que os juizes se atribuem um papel social em que a busca pela justiça social justifica decisões que violem os contratos, 73% dos juizes demonstram concepções políticas pessoais que ratificam essa impressão.

A justiça social, como anteriormente abordada, representa a *praxis* de um viés distributivista. Isto é, a obrigação gerada pelo direito é transferida para a parcela da sociedade mais bem aquinhoadada, não importando o que teria sido previsto no contrato acertado entre as partes. Desse modo, o direito garantido pela justiça social geraria mais insegurança jurídica, porque os vínculos contratuais, previamente acordados, deixariam de ser certos e previsíveis para as partes contratantes.

Em seguida, são trazidos dados que demonstram a percepção dos empresários sobre a tendência que a visão política dos juizes está

tomando em relação aos contratos e à letra da lei, quando estes elaboram as sentenças judiciais.

Visão dos empresários

Em sua opinião, a influência da visão política dos juízes para decidir uma questão é um fenômeno:		
	Frequência	%
crescente	19	70
decrecente	2	8
irrelevante	3	11
não sabe / sem opinião	3	11

As sondagens, apresentadas sobre a tendência que a visão política dos juízes estaria tomando, destacam que 70% dos empresários acreditam que esse fenômeno é crescente.

Em se comparando os dados desta com os extraídos das tabelas que abordam a visão dos juízes, deduz-se que a percepção de crescimento que os empresários têm sobre a visão política dos juízes para decidir uma sentença indicaria uma compreensão correta do fenômeno.

Nas tabelas anteriores, a porcentagem de juízes que afirma que a visão política e a justiça social fundamentariam as decisões é maior do que a porcentagem dos empresários sobre o mesmo tema. Se a percepção dos empresários sobre os fatos presentes é inferior ao que é assegurado pelos juízes, então a opinião de que visão política dos juízes para decidir uma questão é um fenômeno crescente representa coerência. Se a porcentagem dos que agem efetivamente no órgão judiciário é maior do que a impressão dos que sofrem os efeitos, então a consciência dos empresários de que o fenômeno é crescente guarda uma relação lógica, de maneira que,

a grosso modo, a diferença entre os dados das duas primeiras tabelas representaria o espaço de crescimento que a impressão dos empresários pode experimentar.

A seguir, a tabela apresenta a sondagem da percepção de segurança jurídica que a visão política dos juízes pode causar nos indivíduos que se relacionam em uma sociedade aberta.

Visão dos empresários

Em sua opinião, a visão política dos juízes quando influencia a sentença é um fator que causa insegurança jurídica?		
	Frequência	%
Concorda plenamente	21	77
Concorda parcialmente	5	19
Discorda parcialmente	-	0
Discorda plenamente	-	0
não sabe / sem opinião	1	4

A tabela destaca que praticamente a totalidade dos empresários entrevistados identifica que a concepção política ou a ideologia dos juízes, quando interfere nos negócios privados, por meio da sentença, é capaz de gerar insegurança jurídica.

Esses dados induzem a confirmar que a segurança jurídica é captada por sinais percebidos das relações sociais. É uma sensação. A maioria dos empresários percebe que juízes, para exercerem a função social, desconsideram o compromisso livremente assumido pelas partes no contrato. A sondagem indica que ainda que muitos não tenham enfrentado um tribunal, a simples percepção de que concepções políticas ou morais dos juízes podem modificar o que livremente foi estabelecido é capaz de gerar

uma sensação de insegurança jurídica.

O alto índice de Insegurança jurídica demonstra que os empresários receiam que os negócios possam ser prejudicados pela interferência política do Judiciário. Isso confirma que os negócios para serem livremente empreendidos precisam de um ambiente institucional de segurança e de regularidade.

A segurança jurídica se torna praticamente imperiosa quando o país é carente de investimento direto e que tem uma massa de pessoas que dependem da expansão do mercado de trabalho. Isso se traduz da realidade brasileira, porque no país existem parcelas da população que, por falta de empregos que ofereçam melhores e maiores garantias, vivem com um poder aquisitivo pequeno ou são dependentes da caridade oficial.

Seria, portanto, uma atribuição da instituição política a busca por políticas públicas que favorecessem a criação e a manutenção de um nível de desenvolvimento que contribuísse para o alargamento da capacidade de decisão das pessoas, a fim de elas próprias possam fazer uso da liberdade para escolher o que mais apropriado para desenvolver.

Nesse sentido, a segurança jurídica aos negócios é uma condição fundamental para o desenvolvimento do mercado de trabalho. Com o mercado de trabalho desenvolvido, mais consumo é apresentado e, por conseguinte, mais opções de emprego são postas à disposição das pessoas, o que implica mais liberdade de escolha.

Com mais liberdade de escolha, a renda das famílias obviamente cresce, porque isso favorece à maior parcela da população,

conforme pode ser comprovado pela análise simples da lei de oferta e procura. Se aumentar a demanda por empregados, em virtude de os empresários terem mais segurança para o investimento, o preço a ser pago pelo trabalho realizado por aqueles aumenta, o que permite que as gerações futuras tenham outro patamar mínimo para iniciar o desenvolvimento humano. Desenvolvimento esse que proporciona maiores oportunidades para os indivíduos decidirem.

Liberdade, decisão e responsabilidade. São os atributos que moldaram as bases da civilização ocidental. Civilização que foi idealizada pelos antigos gregos, que deram início a prerrogativa do indivíduo frente ao coletivo, ao afirmarem que, embora as políticas sejam elaboradas por poucos, todos teriam o direito de criticá-las. Civilização que foi garantida pelos romanos ao instituírem que *Pacta Sunt Servanda* as relações interpessoais.

Liberdade e responsabilidade é o legado dos antigos que mantém esta civilização em constante progresso, seja no campo das artes, da ciência e da economia. O progresso até aqui alcançado é uma etapa iniciada há mais dois séculos em favor da liberdade. A liberdade de decidir. A liberdade de ser único. A liberdade de ser um indivíduo, senhor da própria vontade.

VI - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste capítulo, foi destacada a insegurança jurídica como consequência da prática do Direito Alternativo. Como apresentado, se o

Estado é a entidade responsável pela aplicação da coerção social, a maneira de estipular parâmetros corretos de conduta é por meio de normas certas, estáveis, previsíveis e calculáveis.

Como visto, tais condições normativas somente são cabíveis em um Estado que regule as condutas-meio dos indivíduos, que não estipula os fins a serem buscados. Se de cada juiz se supõe uma decisão baseada em seu entendimento moral sobre qual o fim deve ser perseguido, a segurança jurídica não existiria.

A ação humana, como visto, é propositada com o objetivo de alcançar uma situação futura de maior conforto. Se o indivíduo não tem segurança sobre o fim que pretende alcançar, por que ele agiria?

É justamente a ação finalista do Estado, por meio da chamada justiça social, que faz o indivíduo perceber a insegurança que existe em empreender. Neste estudo, a insegurança materializar-se-ia quando os juízes, atuando com base na própria moral, decidiriam contra o que legalmente foi acordado.

Para medir o nível da atuação moral dos juízes, foram apresentadas pesquisas empíricas realizadas pelo professor Armando Castelar. Tais pesquisas, de caráter amostral, indicaram que a maioria dos juízes considera romper o contrato estabelecido, a fim de cumprir o seu papel social.

Do mesmo modo foram realizadas sondagens com diversos empresários do centro-sul do Brasil, a fim de vislumbrar o nível de confiança dos empresários na justiça.

Do confronto qualitativo entre as duas bases de dados, foi possível inferir que os empresários tendem em não confiar na justiça, na medida em que as convicções políticas podem influenciar as decisões dos juízes, ainda que a norma seja clara.

Tal hipótese foi medida pela sondagem e quase a totalidade dos empresários entrevistados percebe que a insegurança jurídica é um dado real, por conta das convicções políticas e que isso é um fator que pesa na decisão de empreender.

VII - CONCLUSÃO

O que é justiça? O método foi o de avaliar se o que é justo encontra posicionamentos antagônicos no âmbito do Poder Judiciário. O antagonismo encontrado ocorre entre a doutrina formadora do direito vigente e a doutrina do Direito Alternativo.

Foi apresentado que o método do direito vigente se baseia em um conjunto cultural formado, ao longo de 25 séculos, pela civilização ocidental, enquanto o do Direito Alternativo parte de um pressuposto ideológico que não encontraria mais fundamentos culturais consistentes no mundo ocidental. Seria uma concepção ideológica que rompe a matriz do direito vigente, que é o indivíduo como sujeito de direito, para fundamentar um Direito Alternativo vai buscar sustento na coletividade.

A análise partiu de uma interpretação sociológica sobre como a sociedade ocidental se desenvolveu. Primeiramente, foi destacado que a sociedade ocidental se organizou juridicamente com base nos sistemas romano e inglês.

A partir da análise dos sistemas jurídicos, foi demonstrado, partindo da premissa de Durkheim, que estes indicam qual tipo de solidariedade organizou a vida social. A solidariedade orgânica se manifestaria em uma sociedade aberta, cujo sistema jurídico predominante teria o caráter retributivo, tal qual o romano e o inglês. A solidariedade mecânica, característica das sociedades fechadas ou coletivistas, teria, no direito repressivo, o meio de controle social.

Como base nessa dicotomia de organização social, foi visto que os principais filósofos gregos idealizavam a organização social sob a forma do coletivismo. Popper assim sintetizou o pensamento coletivista existente no passado: é bom o que é do interesse da minha tribo, do meu estado.

Não havia espaço para a categoria individual. Entretanto, foi o senso prático romano que sentenciou *Pacta Sunt Servanda*, que veio a ser a síntese de todo o direito civil contemporâneo. Enquanto foi apresentado que a idéia dos gregos priorizava a sociedade ao indivíduo, o direito romano vai por outro caminho e prioriza o indivíduo na sua dogmática.

Fazendo um paralelo entre a dogmática apresentada por Platão e por Marx, foi destacado que o atavismo da ideologia coletivista atual tem raízes na maneira de compreender a organização social com prevalência do corpo social sobre o indivíduo.

Em seguida, foi apresentado como que o coletivismo vem hoje apresentar-se na dogmática jurídica. O coletivismo surgiria na dogmática jurídica por intermédio do Direito Alternativo. Essa nova visão do direito propõe a superação de todo o sistema legal, a fim de estabelecer a justiça por meio de uma concepção jurídica de transformação social.

Foi apresentado que a nova concepção jurídica previa a “deslegalização”, a “des-codificação” e a “desoficialização” de todo o sistema jurídico, por considerá-lo excessivamente formal e distante das necessidades dos grupos sociais.

Em seguida, foi apresentado como que essa concepção do direito vai trazer insegurança jurídica para os agentes econômicos. Foi argumentado que as relações econômicas, em uma sociedade aberta, necessitam de normas claras, certas e previsíveis, a fim de trazer segurança jurídica. A segurança jurídica seria a garantia que as relações econômicas, baseadas na confiança, teriam para permanecerem em progresso.

Em favor de demonstrar que a segurança jurídica tem um papel preponderante nas relações comerciais, foi apresentado uma pesquisa, realizada por Antônio Castelar, a respeito do comportamento dos juízes em relação às normas estatuídas. Em paralelo, foi feita uma comparação entre esses dados e os levantados por este autor a respeito da percepção dos empresários sobre o mesmo tema.

Foi constatado, empiricamente, que a percepção dos empresários sobre o cumprimento estrito das normas legais é inferior ao testemunhado pelos juízes sobre o mesmo tema. Isso significou que a percepção de insegurança ainda disporia de um bom espaço para crescer, em virtude de os juízes testemunharem, verdadeiramente, que a visão política interfere na formulação da sentença. Isso foi constatado pela pesquisa, ao comprovar que quase a totalidade dos empresários acredita que a postura política dos juízes cria a sensação de insegurança jurídica.

Por fim, destaca-se que a comprovação da percepção de insegurança veio a confirmar a hipótese levantada de que a ideologia, quando interfere nos procedimentos judiciais, é um fator de insegurança jurídica.

VIII – ANEXO**ANEXO 1****QUESTIONÁRIO SOBRE O COMPORTAMENTO DO JUDICIÁRIO PÚBLICO ENTREVISTADO: EMPRESÁRIOS**

EMPRESA:

CARGO:

- 1 Na sua visão, os juízes, quando decidem sobre questões contratuais, consideram mais a própria concepção política do que o acordo expresso no contrato ou na lei?
 - a) frequentemente
 - b) ocasionalmente
 - c) raramente
 - d) nunca
 - e) não sabe / sem opinião

- 2) Em sua opinião, o juiz tende a concordar com quais das afirmativas abaixo:
 - a) os contratos devem ser sempre respeitados, independentemente de suas repercussões sociais;
 - b) o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos.
 - i. O juiz tende a concordar mais com a letra (A);
 - ii. O juiz tende a concordar mais com a letra (B);
 - iii. não sabe / sem opinião

- 3) Em sua opinião, a influência da visão política dos juízes para decidir uma questão é um fenômeno:
 - a) crescente
 - b) decrescente
 - c) irrelevante
 - d) não sabe / sem opinião

- 4) Em sua opinião, a visão política dos juízes quando interfere na sentença é um fator que causa insegurança jurídica?
 - a) concorda plenamente
 - b) concorda parcialmente
 - c) discorda parcialmente
 - d) discorda plenamente
 - e) não sabe / sem opinião

Foi utilizado um método bastante simples para tabular os dados obtidos pelos questionários. Primeiramente, considerou-se a totalidade dos questionários respondidos (27) como 100%. A partir de então, calculou-se qual a porcentagem, em relação ao total de votos, que cada opção recebeu.

A seguir será apresentada uma tabela contendo os dados pessoais e funcionais dos empresários entrevistados.

	NOME	EMPRESA	CARGO
1	NÃO IDENTIFICADO	MICROAR AUTOMAÇÃO	DIRETOR
2	OTAVIO BOCCHINO	COMMUNICATION ITELLIGENCE	DIRETOR
3	DOUGLAS TRAVALON	DOUGLAS IND. COM. PLÁSTICOS	DIRETOR
4	NÃO IDENTIFICADO	MOVEIS FORTALEZA	DIRETOR
5	VITOR CELESTINO	EADS BRASIL LTDA	DIRETOR
6	REGIS ROMANO	POZZI & ROMANO DOCUMENTOS	DIRETOR
7	RICARDO SAAD	MRA SERVIÇOS AMBIENTAIS	DIRETOR
8	NÃO IDENTIFICADO	GRUPO TAQ IND & COM LTDA	DIRETOR
9	JULIO CESAR DA SILVA	AÇOS VIC - LTDA	GERENTE
10	LARISSA BOECHAT	TBWA BRASIL	GERENTE
11	CHRISTIANE LEANDRO	MIX MARKETING ESTRATÉGICO	DIRETORA
12	OSWALDO RAMOS	NÃO IDENTIFICADO	NÃO
13	ALEXANDRE PANTOJA	ORGANIZAÇÃO CONTÁBIL GLOBO	CHEFE DEP JUR
14	NÃO IDENTIFICADO	GALMIX EQUIP LTDA	ADMINISTRADOR
15	NÃO IDENTIFICADO	TEC PARTS DO BRASIL	PROPRIETÁRIO
16	LUIZ CASTRO	KODAK BRASILEIRA	GERENTE
17	ANTONY ROVER BATISTA	CRANSTON TRANSPORTES LTDA	DIRETOR
18	CARLOS E. FERREIRA	NETFLORES.COM	PRESIDENTE
19	ALFREDO SHULTHAIS	ELIPNET TEC. DA INFORMAÇÃO	DIRETOR TÉCNICO
20	ROGÉRIO OLEGÁRIO	PROSPERARE FINANÇAS PESSOAIS	PROPRIETÁRIO
21	ANDREA CABRERA	VISUPLAC PROJETOS LTDA	DIRETORA
22	GILBERTO C. MACHADO	HONEYWELL DO BRASIL LTDA	DIRETOR COM

	NOME	EMPRESA	CARGO
23	VICTOR J. P. NEVES	AEROELETRÔNICA	DIRETOR
24	MIRIAM	R. P. MÍDIA e PUBLICIDADE LTDA	SÓCIA-DIRETORA
25	FLÁVIA FLAMÍNIO	ESPM	SÓCIA-DIRETORA
26	RICHARD	ESPM	DIRETOR
27	MARLI FERREIRA	NÃO IDENTIFICADO	GERENTE

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- BOBBIO, Norberto et al - *Dicionário de Política*, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997.
- BOUDON, Raymond et BOURRICAUD, François - *Dicionário Crítico de Sociologia*, Editora Ática, São Paulo, 2002.
- FIÚZA, César - *Direito Civil: Curso Completo*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- GRAMSCI, Antonio - *Cadernos do Cárcere, vol. 3*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002.
- IANNI, Octavio - Org. - *Karl Marx Sociologia*, Ed. Ática, São Paulo, 1982
- HAYEK, Friedrich August – *Law. Legislation and Liberty*, The University of Chicago Press, London, 1976.
- _____, - *New Studies in Philosophy, Politics, - Economics and The History of Ideas*, Routledge and Kegan, London, 1978.
- _____, - *O Caminho da Servidão*, - Biblioteca do Exército Editora; Rio de Janeiro; 1994.
- KANT, Emmanuel - *Doutrina do Direito*, Ícone Editora, São Paulo, 1993.
- MEIRA PENNA, José Osvaldo de - *Da Moral em Economia*, UniverCidade Editora, Rio de Janeiro, 2002.
- MISES, Ludwig Von - *A Ação Humana*, Instituto Liberal, Rio de Janeiro, 1995.
- PEDREIRA DE CASTRO, Frei João José – Rev. - *Bíblia Sagrada*, Editora Ave-Maria Ltda, São Paulo, 1998.

PINHEIRO, Armando Castelar et Tal – *Reforma do Judiciário*, IDESP, São Paulo, 2003

_____, et GIAMBIAGI, Fábio – *Rompendo o Marasmo*, Editora Campus/Elsevier, Rio de Janeiro, 2006.

POPPER, Karl Raymund – *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, Editora Itatiaia, Belo Horizonte, 1987.

RODRIGUES, José Albertino, Org. - *Pareto, Coleção Grandes Cientistas Sociais*, Editora Ática, 1984.

ROJO, Raul Enrique e AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de - *Sociedade, direito, justiça. Relações conflituosas, relações harmoniosas?*; Sociologias, Porto Alegre, ano 7, nº 13, 2005 - <http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23555.pdf>, capturado em 04/maio/2005.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de – *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002.

WEBER, Max – *Economia e Sociedade*, vol. 2, Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1999.

YOUNG, Iris Marion – *Political Theory: An Overview*, pág 479-502, em Robert E. Goodin e Hans-Dieter Klingemann, *A New Handbook of Political Science*, Oxford University Press, Oxford, 1996.