

Ano VI Nº 1  
2014

# REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DO CEARÁ



## DIREITO ALTERNATIVO: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA NA HERMENÊUTICA DO JUDICIÁRIO

Dorabel Santiago dos Santos Freire\*

### RESUMO

O presente artigo realiza considerações a respeito da evolução da hermenêutica jurídica. Em um momento inicial será feita uma breve exposição sobre o conceito de Direito positivo e sua relação com o valor justiça, bem como sobre a forma tradicional que esse Direito vinha sendo interpretado e aplicado pelos juristas. Em seguida será analisada a evolução da hermenêutica, destacando-se a importância do movimento do Direito Alternativo para a afirmação de um Direito menos dogmático, mais principiológico e envolvido nas problematizações sociais. Procura-se, neste estudo, demonstrar a necessidade da afirmação dessa nova hermenêutica para a promoção da justiça material no Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Hermenêutica, Poder Judiciário, Direito Alternativo.

### INTRODUÇÃO

Por longo período, o ideal de juiz justo era aquele que aplicava fielmente a lei. Ao sentenciar, deveria ele observar o caso e enquadrá-lo em um dos artigos do rol normativo sem perder-se em elementos outros que não estivessem contemplados na lei. Pronto! O dever de realizar a justiça estava cumprido, vez que o justo (que nas palavras de Ulpiano consistia em dar a cada um o que é seu direito) era a lei que tratava a todos de maneira isonômica. O culto demasiado à norma positiva, fez do juiz apenas a “boca da lei”.

Esse papel assumido pelo Poder Judiciário foi fundamental no contexto do Estado Liberal, contudo, ele não se justifica no atual Estado Democrático de Direito. A noção de Estado Democrático de Direito requer uma reavaliação do papel destinado ao Poder Judiciário, uma vez que, diante do florescimento das demandas envolvendo direitos difusos e coletivos, bem como diante da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, ele assume o dever de promover a justiça no plano material.

---

\* Dorabel Santiago dos Santos Freire.

Pós-graduanda em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Advogada.  
dorabelfreire@hotmail.com

Por essa razão, o presente estudo tem como escopo ressaltar a importância do comprometimento dos operadores do Direito na afirmação de uma hermenêutica principiológica, comprometida com a realização da justiça material e atenta às questões sociais.

## **1 DIREITO POSITIVO *VERSUS* JUSTIÇA**

Lastimavelmente, nos tempos hodiernos a noção de Direito ainda é concebida por alguns de maneira desvinculada da concepção de justiça e atrelada à noção de Direito positivo. Nas várias definições de direito projetadas pela doutrina ainda encontra-se, de certa forma, uma influência do Código Civil de 1804: a redução do direito à lei.

A palavra Direito ganhou diversas acepções na doutrina, mas de uma maneira geral define-se como um conjunto de normas ou regras gerais, abstratas e imperativas editadas por um Estado e impostas coercitivamente com o objetivo de regular a vida social.

Depreende-se dessa definição geral que a noção de justiça material (aqui entendida como aquela que se perpetra no caso concreto, mediante atividade hermenêutica, onde se atenta para as especificidades de cada caso, o contexto social e político, dentre outras coisas) não é um atributo do direito positivo, já que o fim último do conjunto normativo editado pelo Estado seria (é) o controle social.

Apesar da justiça não ser um apanágio da lei, o positivismo tutela a ideia de que a lei é 'justa' na medida em que é racional e assegura uma igualdade de todos a ela subordinados. É o que assinala Salgado (1996, p.350) ao reproduzir os ensinamentos de Hegel:

O conteúdo da lei há de ser justo, racional. Por isso mesmo, Hegel está sempre procurando mostrar o aspecto mais ou menos justo da lei, segundo seja mais ou menos racional o seu conteúdo.[...]. A lei oferece a segurança jurídica que o súdito deve ter quanto à conduta por ela regulada, de modo que, sabendo seu conteúdo e como o fato será julgado, não se exponha nem à vingança privada, nem ao arbítrio ou à subjetividade de quem a aplica, pois a aplicação da lei é feita por indivíduos submetidos às contingências e à particularidade das opiniões. A justiça é, assim, antes de tudo, o universal que oferece a lei ou a neutralização das contingências do tribunal.(HEGEL, 1971 apud 1996, p.350)

Data vênia ainda seja seguida essa doutrina por uma parcela de juristas, ela não mais se justifica na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito que vivenciamos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. A justiça formal que trata todos isonomicamente face à lei não satisfaz mais os anseios da sociedade. O direito positivo, como expressão do atual Estado Democrático de Direito, tem o dever de assegurar que o valor igualdade seja um objetivo a ser perseguido através da efetivação de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Assim, a lei passará a ser um instrumento de ação concreta do Estado (MORAES 2001 apud STRECK 2005, p.37). Mais do que isso, a lei passará a ser instrumento de concretização da justiça.

Contudo, para que a lei se torne um instrumento de ação do Estado e de concretização da justiça, a simples atividade de subsunção na aplicação do direito ao caso concreto não será suficiente. Será imprescindível, pois, que a aplicação da lei atente para o contexto social, para os princípios normativos, bem como para os valores moral e justiça. Para tanto, “a participação subjetiva do juiz, como julgado e como ser humano preocupado com a realização da justiça” (SOUZA FILHO, 2008, p. 274) será fundamental. Isso é o que tutela o ‘nova hermenêutica’.

## **2 JUIZ “BOCA DA LEI”: A TRADIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.**

A célebre expressão “juiz boca da lei” de Montesquieu remonta historicamente ao início do século XIX, mais especificamente à Revolução Francesa e à edição do Código de Napoleão. É nesse momento que surge a escola da exegese, que atribui ao juiz o papel de mero aplicador da lei (TOSTA, 2008, p.8). Dessa forma, sua atuação se resumia ao silogismo: comparação de uma premissa maior (lei) a uma premissa menos (caso posto em juízo).

Gomes e Mazzuoli explicam que esse movimento legalista foi impulsionado pela atividade legislativa decorrente da ascensão da burguesia. Destarte, o juiz nada mais deveria fazer, a não ser aplicar a lei, que representava positivação dos direitos daquela classe dominante:

Com a ascensão da burguesia ao poder impulsionou-se ainda mais a atividade de legislar, quando então surgem as grandes codificações, notadamente (e inicialmente) na França (v.g., a publicação dos Códigos de Napoleão). Entendia-se que a positividade da vida social em códigos impedia o arbítrio dos interpretes, vez que agora o direito se encontraria em textos autenticados pelo Estado. Leis e códigos: nisso consistia o direito dessa época. (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p.27)

Tosta (2008, p.8) explica que o culto à norma nessa época se deve a uma reação ao período anteriormente vivido pelos franceses denominado de *Ancien Régime*, onde a atuação do judiciário era vista com grande desconfiança:

A desconfiança que havia quanto à magistratura da época fez com que se passasse a preferir a rigidez das normas legais a qualquer espécie de liberdade que pudesse caber ao juiz. Certamente tal rigidez tinha por escopo a preservação dos interesses da burguesia. A legalidade, enquanto garantidora da liberdade dos indivíduos - liberdades formais- prospera não apenas no sentido de prover a sua defesa contra o arbítrio do Estado, mas instrumenta também a defesa de cada indivíduo titular de propriedade contra a ação dos não-proprietários.(TOSTA, 2008, p.8)

O Estado Liberal dessa época era pautado pela produção de um direito voltado para a resolução dos conflitos em âmbito individual, bem como pela intervenção mínima do Poder Judiciário. Destarte, em atendimento a esse modelo legalista- positivista, o juiz ao sentenciar não possuía a liberdade de apreciar as particularidades de cada caso concreto. Era um ser inanimado, estava fadado, pois, a uma atividade de silogismo, onde sua função resumia-se a julgar atendendo exclusivamente à lei. Aqui, não havia espaço para interpretações ou valoração do justo. A lei devia se aplicada não por ser justa àquela situação posta em juízo, mas por ser a vontade imperativa do Estado.

### **3 MUDANÇA DE PARADIGMA E O DIREITO ALTERNATIVO.**

Não obstante o modo de produção do direito brasileiro ainda carregue a tradição legalista-positivista (o que se percebe claramente nos cursos de direito, cuja matriz curricular “continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítido em nossos Códigos”, apesar da sociedade estar repleta de conflitos transindividuais (STRECK, 2005, p.35) o Judiciário brasileiro vem, já há algum tempo, abandonando essa tradição meramente legalista em função de uma postura mais ativa e criadora do direito.

A mudança do paradigma legalista começou a ser gestada no Brasil entre as décadas de 40 e 70, onde os conflitos coletivos passaram a fazer parte da sociedade daquela época. Para a resolução desses conflitos, a sociedade clamava por um Judiciário mais ativo, surgindo assim, a necessidade de revisão da sua atuação. Contudo, somente com a transição para o regime democrático em 1985, é que o Judiciário passa a “decidir de modo cada vez mais contundente contra um Executivo crescentemente intervencionista, obrigado a assumir funções inéditas e por vezes incompatíveis com a estrutura jurídico-política típica do Estado liberal” (FARIA, 2010, p.54-55).

Nesse contexto de metamorfose do Poder Judiciário brasileiro, merece destaque um movimento, que foi de suma importância para a transformação da hermenêutica dos tribunais, iniciado pelos Magistrados do Rio Grande do Sul no período pós-ditadura e titulado DIREITO ALTERNATIVO. Tal movimento tinha como bandeira uma conduta mais atuante do Poder Judiciário. Pastana (2009, p.236) descreve um pouco desse movimento histórico para o Judiciário brasileiro:

No final do anos de 1980, quando o Brasil ainda se recuperava da ressaca cívica promovida pela abertura política, “um grupo gaúcho de juízes começou a tomar decisões que surpreenderam e geraram perplexidade no meio jurídico, agitando-o em sua morna inércia criativa”(Nassif, 2001, p.50). Em agosto de 1990, um jornal paulista publicou um artigo intitulado “Juízes gaúchos colocam Direito acima da Lei”, representando a primeira grande investida de hostilidade a esse incipiente movimento reformador que surgia no campo jurídico. (PASTANA, 2009, apud NASSIF, 2001, p.50, BORGES FILHO & ARRUDA JÚNIOR, 1995, p.127)

Tal cenário marcou o limiar de uma nova hermenêutica. Uma hermenêutica menos dogmática e mais principiológica, “comprometida com a inclusão social, pautada pelo reconhecimento das inúmeras contradições sociais existentes no Brasil” (PASTANA, 2009, p.238).

#### **4 A NOVA HERMENÊUTICA.**

A partir do Movimento Alternativo, o direito passou a ser analisado com ênfase em uma nova hermenêutica. Anteriormente, o juiz, como mero reproduzidor da vontade da lei, se limitava a aplicar o direito positivo ao caso concreto, não cabendo a ele, na ocasião, valorar questões alheias ao que estava disposto legalmente. Por ocasião de eventual lacuna, o juiz dispunha apenas dos métodos tradicionais de hermenêutica (gramatical, teleológico, sistemático, histórico), já que não lhe era permitido eximir-se de sentenciar.

Hodiernamente, fala-se em uma nova hermenêutica, em uma hermenêutica que transcende os clássicos métodos de interpretação para uma valorização dos princípios explícitos e implícitos do direito. O Direito, que agora é concebido não só como um conjunto de norma, passou a conhecer a Constituição Federal como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, bem como a conferir caráter normativo aos princípios e ainda atribuir especial importância às jurisprudências dos tribunais, como bem acentua Gomes e Mazzuoli :

[...] nos séculos XIX e XX, para se saber o direito, bastava conhecer a lei e os códigos. Depois do constitucionalismo, é preciso conhecer leis, códigos, Constituição e jurisprudência interna do País (especialmente do STF). Todos são fontes do direito. E quem não conhece a jurisprudência interna não sabe o que está válido ou não. Essa é uma das sérias dificuldades do acadêmico de direito ou do profissional da área jurídica, na atualidade: muita gente lê um texto legal vigente, sem saber que já não é mais válido. Muitas leis se transformaram em “lixo” (mas se o leitor não sabe disso, muitos problemas ocorrem). (GOMES; MAZZOULI, 2010, p. 72)

Nesse prisma, diante do processo de afirmação do direito alternativo, a interpretação da lei pelos juristas não mais se atém aos métodos clássicos de hermenêutica. É vital agora que o juiz tenha a consciência da problematização social, que valorize e efetive os princípios e que busque valores éticos e morais para perfazer a justiça no plano material.

Em suma, a figura do juiz legalista não mais se justifica no contexto do Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil. Contudo, entende-se que, comedido, o juiz ainda seja a boca da lei, até porque além de democrático, o Brasil também é um Estado de Direito; e a lei, bem como o atendimento ao devido processo legal, continua a representar uma garantia do indivíduo. Todavia, agora o juiz “não fala como um papagaio que palra sem pensar; muito pelo contrário, ele atua criativamente, embora tal criatividade se manifeste menos na criação e mais na interpretação do direito” (HÖFFE, 2003, p.155).

Assim,

O Direito não seria um fim e sim um meio para a realização da justiça social e atualmente, no Estado Democrático de Direito, a postura dos operadores (advogado, juiz e promotor de justiça) é postular pela recriação da proposta legislativa e fazer dela uma efetiva e legítima possibilidade de justiça material. O juiz é um cidadão, tem compromisso com o seu povo. Não é um autônomo, um robô ou um geômetra isolado mundo que pretende regular com suas decisões sentenciasais (SOUZA FILHO, 2007, p.176)

## CONCLUSÃO

Sabemos que, no ambiente dos operadores do Direito, ainda existem aqueles que se declaram legalistas e colocam a lei acima de todas as outras fontes do Direito.

Contudo, constata-se no meio jurídico um momento de afirmação de um 'novo Direito': um Direito mais comprometido com os anseios da sociedade, mais consciente da problematização social, mais justo e humanitário. Nesse contexto decorrente do Estado Democrático de Direito, o juiz é peça fundamental na efetivação dos direitos e na garantia da justiça.

Entende-se que, sem preterir princípios como o da Imparcialidade e o do Devido Processo Legal, o Juiz deve analisar cada caso concreto com uma 'pitada de subjetividade', atentando também para as especificidades de cada caso, para o contexto dos fatos sociais, para os princípios humanistas, dentre outras coisas, como o fim último de promover a justiça material, evitando as injustiças que por diversas vezes são perpetradas na lei, bem como de efetivar os direitos fundamentais à sociedade, que quase sempre carecem de eficiência frente à inércia do Poder Público.

Por fim, há que se concluir que essa é atuação ideal a ser perseguida pelo Poder Judiciário. Um Judiciário (e de modo geral, todos os operadores do Direito) mais ativo, mais atento às questões sociais e engajado na 'criação de um novo Direito' é condição *sine qua non* para a vivificação do Direito como um instrumento provedor da justiça.

## ALTERNATIVE LAW: A PARADIGM SHIFT IN THE JUDICIARY HERMENEUTICS

### ABSTRACT

This article presents considerations regarding the evolution of legal interpretation. In an initial stage will be a brief presentation on the concept of positive law and its relationship with the justice value, as well as the traditional way that this law was being interpreted and applied by jurists. Then we will analyze the evolution of hermeneutics, highlighting the importance of the movement of the Alternative Law for the affirmation of a more principiológico less dogmatic law and involved in social problems found. The aim in this study demonstrate the need for affirmation of this new hermeneutic for the promotion of justice in materials democratic state.

**Keywords:** Hermeneutics, Judiciary, Alternative Law.



## REFERÊNCIAS

- FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, Direitos sociais e Justiça**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HÖFFE, Otfried. **O que é justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. Coleção filosofia.
- PASTANA, Débora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária**. São Paulo: Ed. UNESP, 2009.
- SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- SOUZA FILHO, Oscar d'Alva e . **Ensaio de filosofia do Direito** (temas gregos, medievais, modernos e atuais). Fortaleza: ABC Editora, 2007
- SOUZA FILHO, Oscar d'Alva e. **A ideologia do Direito Natural**. 2.ed. Fortaleza: ABC Editora, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- TOSTA, Jorge. **Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.